



Universitatea
„NICOLAE TITULESCU”
BUCUREȘTI

Universitatea
din MISKOLC
UNGARIA



CONFERINȚA STUDENȚEASCĂ ANUALĂ

„CONSTANT”
2013

Universitatea „Nicolae Titulescu”

București, 19-20 aprilie 2013, ediția a III-a

COMITETUL ȘTIINȚIFIC INTERNAȚIONAL

prof. univ. dr. **Ion Neagu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof. univ. dr. **Viorel Cornescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; conf. univ. dr. **Erika Róth**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Gabriel Boro**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof.univ.dr. **Éva Erdos** Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Nicolae Popa**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof. univ. dr. **Vasile Dobrinoiu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof.univ.dr.**Anita Nagy**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Augustin Fuerea**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; profesor univ. dr. **Rita RÁCZ**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Traian Dima**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof.univ.dr. **Eszter Kirs**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; prof. univ. dr. **Ioan Chiș**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof. univ. dr. **Nicoleta Jula**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist. univ. dr. **Zoltán Varga**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; conf. univ. dr. **Mircea Damaschin**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof.univ. dr. **Zoltán Nagy**, Universitatea din Miskolc, Ungaria Ungaria, prof. univ. dr. Viorel Roș, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; conf. univ. dr. **Mirela Gorunescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; conf.univ.dr.**Julia Boghirnea**, **Universitatea din** Pitesti; conf. univ. dr. **Elena Nedelcu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof.univ.dr. **István Olajos**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; conf. univ. dr. **Bogdan Micu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; Conf. univ. dr. **Costică Păun**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof.univ.dr. **Réka Pusztahelyi**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; conf. univ. dr. **Maria Zenovia Grigore**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; conf. univ. dr. **Sandra Cezarina Teodorescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; conf. univ. dr. **Constantin Bragaru**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof.univ.dr. **Raisz Anikó**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; lect. univ. dr. **Elena Mărgulescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof.univ.dr. **István Olajos**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; conf. univ. dr. **Costel Stanciu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prof.univ.dr. **Erika Váradi**, Universitatea din Miskolc, Ungaria; lect. univ. dr. **Mirela-Cristina Voicu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lect. univ. dr. **Mihaela Sudacevski**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lect. univ. dr. **Luminița Tuleașcă**, Universitatea Româno-Americană, București; lect. univ. dr. **Nicolae-Marius Jula**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lect. univ. dr. **Nicoleta Cristina Matei**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lect. univ. dr. **Aurelian Gabriel Uluitu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist.univ. **Simona Tache**, Universitatea Româno-Americană; conf. univ. dr. **Marta Claudia Cliza**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist. univ. dr. **Elena Emilia Ștefan**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prep. univ. drd. **Lamy Diana Al-Kawadri**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; lect.univ.drd. **Catrinel Brumar**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lect. univ. dr. **Ion Dragne**, Universitatea „Nicolae Titulescu”; lect. univ. dr. **Mihaela Sudacevski**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; conf.univ. dr. **Beatrice Florentina Onica Jarka**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lect. univ. dr. **Paula Andreea Dumitru**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lect. univ. dr. **Liviu George Radu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lect. univ. drd. **Irina Diana Deleanu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lect. univ. dr. **Anca Gheorghe**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; conf.univ.dr. **Ilioara Genoiu**, Universitatea Valahia, Târgoviste; conf. univ. dr. **Vasile Nemeș**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lect. univ. dr. **Valentin Quintus Nicolescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lect. univ. dr. **Elena Mihaela Iliescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist. univ. dr. **Cristina Alexandra Jipa**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist. univ. dr. **Alexandru Sitaru**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist. univ. drd. **Mircea Constantin Sinescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist. univ. drd. **Bogdan Nazat**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist. univ. drd. **Mircea Constantin Sinescu**, Universitatea „Nicolae

Titulescu” din București; asist.univ.drd. **Radu Slăvoiu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist.univ.drd. **Paul Comsa**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; lector univ.dr. **Roxana Mariana Popescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București, prep. univ. drd. **Sorana Pop**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist. univ. dr. **Diana Elena Neaga**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist. univ. dr. **Mihai Novac**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist.univ.dr. **Monica Popa**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; asist. univ. drd. **Andrei Sebastian Lucian Diamandescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prep. univ. drd. **Otilia-Elena Platon**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; prep. univ. drd. **Maria Loredana Popescu**, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București.

COMITETUL DE ORGANIZARE

Cătălin Vlad (președinte ASUNT); **Ramona Băjănar** (Drept penal); **Cristina Eremia** (Drept privat); **Claudia Baba** (Drept public); **Alexandru Anghel** (Economie generală, Finanțe și contabilitate); **Mădălina Alecu** (Management și Marketing; Relații internaționale și studii europene, Administrație publică).

Din partea cadrelor didactice, **CONSTANT 2013** este sprijinit, în ceea ce privește organizarea de către: **prof. univ. dr. Ion Neagu**; **prof. univ. dr. Viorel Cornescu**; **conf. univ. dr. Erika Róth** (Universitatea din Miskolc); **prof. univ. dr. Gabriel Boro**; **prof. dr. Zoltán Varga** (Universitatea din Miskolc); **conf. univ. dr. Mircea Damaschin**; **asist. univ. dr. Elena Ștefan (manager)**; **ing. IT Ștefan Ciucu**; **asist. univ. drd. Lamya Diana Al-Kawadri**; **analist IT Cristian Istrate**; **Nicolae Cîrstea** (Grupul Editorial “Universul Juridic-Pro Universitaria”); **Dan Mărculescu** (Grupul Editorial “Universul Juridic-Pro Universitaria”); **Ciprian Radu** (Grupul Editorial “Universul Juridic-Pro Universitaria”); **Andrei Poenariu** (Grupul Editorial “Universul Juridic-Pro Universitaria”).

DECLARAȚIILE MARTORILOR - MIJLOC DE PROBĂ ESENȚIAL ÎN PRACTICA JUDICIARĂ ROMÂNĂ ȘI INTERNAȚIONALĂ

Cătălina DINCĂ*

Abstract

Nu este destul a ști care sunt infracțiunile și pedepsele lor, trebuie să cunoaștem și modul cum de la infracțiune se ajunge la pedeapsă, arătând autoritățile competente de a judeca, precum și modul lor și al justițiabililor de a procedea - acestea sunt obiectul procedurii penale. Carrara spunea că judecata penală e o serie de acte solemne cu care, o persoana legitim autorizată la acestea, observând o certă ordine și formă determinată a legii, cercetează infracțiunea și pe autorii lor, în scopul în care pedeapsa se depărtează de la cei nevinovați și dă celor vinovați.¹

Lucrarea de față își propune să descopere auditoriului o parte - cheie din procesul probațiunii din fața instanțelor de pretutindeni- proba cu martori.

Cuvinte cheie: martor, mărturie, proba testimonială, protecția martorilor, cooperare judiciară internațională

1. Introducere

Obiectivul acestui studiu este de a analiza și de a arăta importanța unei anumite piese din mecanismul probațiunii din fața instanței penale.

Elementul de diversitate al lucrării constă în faptul că își propune să aducă în atenția auditoriului un contrast între procedura penală română în domeniul probei cu martori și anumite surse externe.

Autorul își propune să încerce o decantare originală a surselor din doctrina judiciară și își rezervă dreptul de a selecta din numeroase lucrări de elită în domeniu, detaliile care consideră că sunt ilustrative pentru mesajul transmis. Mesajul este simplu: Un apel la mai multă deschidere spre soluții noi, la probleme vechi ale sistemului, sistem care este singurul vinovat în viziunea românului pentru nedreptățile care consideră că i se aduc, ca și cetățean.

De ce să învinovățim și să nu încercăm să adaptăm? este întrebarea. Prea mult timp am fost țara formelor fără fond, suficient de mult pentru a ne accepta fondul sedimentat în urma proceselor istorice și politice. Nu putem schimba istoria, legiuitorii vin și pleacă- ne rămâne, ca oameni ai legilor, să fim martori ai transhumanței infracțiunilor pe plaiurile natale și să vedem utilitatea materiei prime oferite de legiuitor, fapt pe care prezenta lucrare încearcă să-l lămurească.

Modalitatea prin care se răspunde obiectivelor asumate va fi simplă și concisă.

Dacă debutul lucrării este determinat de explicația noțiunii de martor, aceasta se continuă cu enunțarea drepturilor și obligațiilor martorilor în procesul penal, cu accent pe infracțiunea de mărturie mincinoasă și procedeele de ascultare cât și unele considerații pertinente cu privire la importanța declarațiilor martorilor în procesul penal și noile orientări în materie de protecția martorilor. Ultimul capitol imprimă o tentă specială lucrării: examinarea unor surse externe pot fi, așa cum am menționat anterior, izvoare de inovație pe plan intern.

* Student, anul III, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București;
e-mail: dinca.catalina@gmail.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Damaschin Mircea.

¹ Citat de I. Tanoviceanu în „Curs de procedura penală” - Fr. Carrara: Programma del corso di diritto criminale-1897.

ȘI. Cine este martorul?

1. Definiția martorului

Spre deosebire de materia dreptului procesual civil, unde martorul este persoana străină de proces, care însă a receptat și memorizat fapte care sunt concludente în rezolvarea unui proces civil și pe care le relatează instanței de judecată, ajutând-o la stabilirea adevărului, în materia dreptului procesual penal - este persoana care are cunoștință despre o faptă sau o împrejurare de natură să servească la aflarea adevărului în procesul penal, având obligația de a se prezenta la chemarea organelor judiciare, de a depune mărturie și de a relata adevărul și numai adevărul.¹²

2. Persoane care nu pot fi ascultate ca martor

Nu poate fi ascultată ca martor în cadrul unui proces penal:

- Persoana obligată să păstreze secretul profesional;
- Persoana vătămată care se constituie parte civilă sau participă în proces ca parte vătămată;

Persoana obligată să păstreze secretul profesional, potrivit art.79 C.pr.pen., nu poate fi ascultată ca martor cu privire la faptele și împrejurările de care a luat cunoștință în exercițiul profesiei.

Din această categorie fac parte toți cei care, în exercițiul atribuțiilor lor de serviciu, devin deținători de secrete care, dacă ar fi divulgate, ar produce prejudicii materiale și morale unei persoane fizice sau juridice.

Potrivit art.79, alin. (1) C.pr.pen., obligația păstrării secretului profesional poate fi înlăturată în cazul în care persoana fizică sau organizația față de care există această obligație încuvințează divulgarea secretului respectiv, cei ce dețin acel secret putând fi ascultați ca martori.

Dacă avocatul devenit apărător sau reprezentat al uneia dintre părți a cunoscut anumite fapte sau împrejurări înainte de a avea această calitate, el nu-și mai poate îndeplini mandatul deoarece, potrivit art.79, alin.(2) C.pr.pen., calitatea de martor are întâietate față de calitatea de apărător.³

Potrivit art.80 C.proc. pen., soțul și rudele apropiate ale învinutului sau inculpatului nu sunt obligate să depună ca martori în procesul penal.

O problemă supusă discuției cu privire la aplicarea acestor dispoziții legale a constatat în reținerea sau nu a infracțiunii de mărturie mincinoasă în cazul în care soțul sau ruda apropiată depun ca martor într-o cauză penală. S-a considerat că dacă există acceptul persoanei aflate în asemenea situație, de a face declarație ca martor, dacă se constată comiterea infracțiunii de mărturie mincinoasă, aceasta poate fi subiect activ al infracțiunii, cu posibilitatea aplicării sancțiunii prevăzute de lege.⁴

ȘII. Drepturile și obligațiile martorilor

1. Drepturile și obligațiile martorilor în România

Drepturile care decurg din calitatea procesuală de martor sunt următoarele:

- dreptul de a depune liber;
- dreptul de a cenzura întrebările care i se pun;
- dreptul de a solicita consemnarea exactă și completă a declarației făcute;
- drepturi de ordin patrimonial, vizând cheltuielile de judecată.⁵

Din examinarea art. 83 C. proc. Pen., rezultă că martorul are obligația de prezentare, constând în înfățișarea sa la locul, ziua, ora arătate în citație și obligația să declare tot ce știe cu privire la

¹ Conform C. Pr. Pen., art. 78 - Martorul, Secțiunea a III-a Declarațiile martorilor: *Persoana care are cunoștință despre vreo faptă sau despre vreo împrejurare de natură să servească la aflarea adevărului în procesul penal poate fi ascultată în calitate de martor.*

² http://www.advocate.ro/cabinet_avocat_cuvant_Martor.

³ Mircea Damaschin, *Drept Procesual Penal*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p.203.

⁴ Anastasiu Crișu, „*Drept Procesual Penal*”, Editia a III-a, Ed. Hamangiu, București, 2011, p.244.

⁵ Mircea Damaschin, *idem*, p.205.

faptele cauzei. Este sancționată lipsa nejustificată a martorului legal citat, în cursul procesului penal, cu amendă judiciară de la 250 RON la 300 RON.

S-a simțit nevoia protejării martorilor prin mijloace procesuale penale. Astfel, potrivit art. 86C. pr. pen, dacă există probe care indică temeinic că prin declararea identității reale a martorului sau a localității acestuia de domiciliu ori reședință ar fi periclitată viața, integritatea corporală sau libertatea lui sau a altei persoane, martorului i se poate încuviința să nu declare aceste date, atribuindu-se o altă identitate sub care urmează să apară în fața organului judiciar. Măsura poate fi dispusă de procuror în faza urmăririi penale și de instanță în cazul judecății, la cererea procurorului sau a oricărei persoane îndreptățite.

În ideea protecției martorului, pentru aceleași motive ca și în cazul protecției datelor de identificare ale acestuia, procurorul sau, după caz, instanța, poate încuviința ca martorul să fie ascultat fără a fi prezent fizic la locul unde se află organul de urmărire penală sau instanța (art.86 C.pr. p.). Pot fi audiați ca martori cărora li s-a atribuit o altă identitate și investigatorii sub acoperire.¹

Se amintesc și unele excepții de la regulile audierii martorilor. Prima categorie este constituită din persoanele prevăzute la art.79 C.pr.pen., adică persoanele care sunt obligate să păstreze secretul profesional. Acestea sunt obligate să păstreze secretul profesional, neputând declara date cu privire la faptele și împrejurările de care au luat cunoștință în exercitarea profesiei.

Legea instituie totuși excepții în aceste cazuri și cum aceste persoane pot fi audiate ca martor dacă există încuviințarea persoanei juridice sau organizației față de care sunt obligate să păstreze secretul.

De asemenea, nu poate fi ascultat ca martor partea vătămată sau partea civilă.²

2. Infrațiunea de mărturie mincinoasă

Potrivit art.260 (1) C. pen., mărturia mincinoasă este fapta martorului care într-o cauză penală, civilă, disciplinară sau în orice altă cauză în care se ascultă martori, face afirmații mincinoase, ori nu spune tot ce știe privitor la împrejurările esențiale asupra cărora a fost întrebat(art.260, alin.(1)C.pen.)³

A. Condiții preexistente

1.1. Obiectul infrațiunii

a). Obiectul juridic special. Infrațiunea de mărturie mincinoasă are ca obiect juridic special relațiile sociale privitoare la buna înfăptuire a justiției. Infrațiunea poate avea și un obiect juridic secundar, constând în relațiile sociale privitoare la anumite atribute esențiale ale persoanei (demnitatea, libertatea) sau în relațiile sociale cu caracter patrimonial, deoarece prin săvârșirea faptei pot fi încălcate și aceste relații sociale.

Este de remarcat faptul că persoanele care participă în calitate de martori, experți sau interpreți la soluționarea unei cauze de natură judiciară au o contribuție foarte importantă la aflarea adevărului și la pronunțarea unor soluții temeinice și legale, motiv pentru care denaturarea adevărului de către martori, experți ori interpreți prezintă un adevărat pericol social pentru buna înfăptuire a justiției și pentru apărarea unor drepturi și interese ale cetățenilor.

b). Obiectul material. Infrațiunea de mărturie mincinoasă nu are un obiect material, întrucât acțiunea care constituie elementul material al infrațiunii nu se îndreaptă asupra unui lucru (bun sau persoană).

¹ C.E.D.O., cauza Kostovski c. Olandei, Hot. 20 noi.1989, citată de Anastasiu Crisu, în „Drept Procesual Penal”, Editia a III-a, Ed. Hamangiu, București.

² Anastasiu Crișu, op. cit., p. 242 și urm.

³ Conform art. 260 (1) C. Pen.:

Fapta martorului care într-o cauză penală, civilă, disciplinară sau în orice altă cauză în care se ascultă martori, face afirmații mincinoase, ori nu spune tot ce știe privitor la împrejurările esențiale asupra cărora a fost întrebat, se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani.

1.2. Subiecții infracțiunii

a). Subiectul activ (autor) al infracțiunii de mărturie mincinoasă este calificat, în sensul că acesta nu poate fi decât cel care are calitatea de martor, expert sau interpret.

În conformitate cu prevederile legislației în vigoare, martorul este persoana care, având cunoștința despre anumite fapte, date sau împrejurări de natură să ajute la aflarea adevărului într-un proces judiciar, este chemată pentru a fi ascultată.

Nu dobândesc calitatea de martor și ca atare, nu pot fi subiecți activi ai faptei de mărturie mincinoasă persoanele care nu sunt părți în proces.¹

Legiutorul a instituit incompatibilitatea între calitatea de parte în proces și calitatea de martor, considerând că, din moment ce părțile pot fi ascultate în această calitate, iar declarațiile lor constituie mijloace de probă, cumularea calității de parte în proces cu cea de martor nu-și poate găsi justificarea²

Dacă o persoană pierde sau renunță la calitatea de parte în proces, ea poate fi ascultată ca martor. Astfel, persoana vătămată poate fi ascultată ca martor dacă nu este constituită ca parte civilă sau nu participă în proces ca parte vătămată. Persoana vătămată poate fi ascultată ca martor și în cazul în care, după ce s-a constituit ca parte civilă sau a participat în proces ca parte vătămată, renunță definitiv la calitatea de parte în proces.

b). Subiectul pasiv. Subiect pasiv principal este statul, pentru că în esență justiția este atributul statului. Alături de stat, ca subiect pasiv secundar, este persoana fizică sau juridică, parte în proces, ale cărei interese și drepturi sunt lezate sau vătămate prin săvârșirea infracțiunii.

B. Conținutul constitutiv

Latura obiectivă

a). Elementul material. Latura obiectivă se realizează sub aspectul elementului material prin două modalități alternative: fie se fac afirmații mincinoase, fie nu se spune tot ce știe asupra împrejurărilor esențiale într-o cauză în care se ascultă martori, fiind vorba de o manifestare de natură a induce în eroare organele judiciare.³

b). Urmarea imediată.

În cazul infracțiunii de mărturie mincinoasă se creează o stare de pericol pentru buna desfășurare a activității de îndeplinire a justiției, întrucât s-ar putea ajunge la pronunțarea unor soluții netemeinice și nelegale prin săvârșirea faptei, vătămându-se o serie de valori ce privesc persoana, drepturile și interesele acesteia. Este vorba deci, de periclitarea desfășurării în bune condițiuni a operei de îndeplinire a justiției.

c). Raportul de cauzalitate.

Între fapta comisă și urmarea imediată, concretizată într-o stare de pericol, trebuie să existe întotdeauna o legătura de cauzalitate, această legătura rezultând din însăși materialitatea faptei săvârșite în condițiile prevăzute de art.260 C.pen.

C.Latura subiectivă

În cazul infracțiunii de mărturie mincinoasă, forma de vinovăție necesară pentru existența faptei analizate este intenția care poate fi directă sau indirectă(eventuală)., Existența intenției (directe sau indirecte) presupune ca martorul, expertul sau interpretul, dându-și seama de semnificația

¹ C. Ap. Brașov, secția penală, decizia nr. 198/A/2000, www.ctce.ro citat de - Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept penal, partea specială -Teorie și practica judiciară, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, pg.507.

² Cr. Theodorou, *Tratat de drept procesual*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p.371, citat de Vasile Dobrinou, Norel Neagu, *Drept penal, partea specială -Teorie și practica judiciară*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, pg.507.

³ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, *Drept penal, partea specială-Teorie și practica judiciară*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p.510.

împrejurărilor, a situațiilor pe care trebuie să le explice, cu buna știință le denaturează, urmărind sau acceptând un act de injustiție.¹

Organele judiciare trebuie să analizeze cu toată grija și răspunderea afirmațiile martorului (expertului, interpretului), întrucât neconcordanța depozițiilor acestora cu realitatea își poate găsi explicația nu în reaua credință, ci în anumite erori de percepere sau de memorie datorită unor cauze (de pildă, deficiențe psihice), aspecte ce duc la înlăturarea caracterului penal al faptei.²

§III. Importanța declarațiilor martorilor, ca mijloc de probă

1. Declarațiilor martorilor ca mijloc de probă

Declarațiile martorilor sunt mijloace de probă dintre cele mai des întâlnite în cadrul procesului penal, ceea ce le conferă o deosebită importanță în cunoașterea împrejurărilor săvârșirii infracțiunilor. Evident, nu toate cauzele penale presupun în mod necesar folosirea declarațiilor de martor, existând procese în care aflarea adevărului se realizează prin probe administrate cu ajutorul altor mijloace de probă.

Dobândirea calității procesuale de martor, presupune îndeplinirea în mod cumulativ a următoarelor condiții.

- Existența unui proces penal în curs de desfășurare;
- Existența unei persoane fizice care cunoaște fapte și împrejurări de natura sa contribuie la aflarea adevărului în procesul penal respectiv;
- Ascultarea acelei persoane de către organele judiciare cu privire la faptele și împrejurările pe care le cunoaște.

Alături de părți, la judecarea cauzelor în primă instanță, pot participa și alte persoane, martori, experți sau interpreți.³

Participarea în calitate de martor reprezintă o îndatorire cu caracter general, în sensul că orice persoană fizică, fără deosebire de sex, vârstă, religie, cetățenie, situație socială, dacă este chemată în fața organelor judiciare pentru a fi ascultată în această calitate, trebuie să răspundă acestei chemări.⁴

Martorii trebuie să depună de ce au văzut și auzit ei înșiși, iar nu de spusele altora, fiindcă această probă, pe care dreptul englez și american o interzice, este foarte periculoasă. Relativ la forma depoziției, curtea de casațiune franceză face distincțiune, procedura trebuind să fie orală, se interzice orice fel de citire de depoziții de martori, înaintea depozițiilor orale, chiar dacă martorul nu e prezent, din contră, la tribunalele corecționale acesta e permis- acolo procedura nu este esențial și exclusiv orală.⁵

2. Evaluarea forței probante a mărturiei

Operațiunea de apreciere a declarațiilor martorului este un proces dificil și laborios, deoarece informațiile obținute din declarația martorului sunt comparate cu informațiile și datele obținute din tot restul ansamblului probator. O interpretare unilaterală duce, în majoritatea cazurilor, la deformarea realității și soluționarea greșită a cauzei.

Pentru a putea realiza o analiză cât mai complexă a martorului și a mărturiei se au în vedere următoarele elemente:

- a). Testimoniabilitatea – evenimentul judiciar să poată forma, din punct de vedere legal, obiectul probațiunii;
- b). Memorabilitatea- capacitatea martorului de a fi memorat evenimentul;

¹ idem, p.513.

² idem, pg.507.

³ Gheorghică Mateuț, *Procedură penală- Partea Specială*, V.II, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p.60.

⁴ Mircea Damaschin, op.cit. pg.202.

⁵ I.Tanoviceanu, *Curs de procedură penală român*, Atelierele grafice, București, 1913, p.376-377.

c). Fidelitatea- Capacitatea martorului de a-și aminti în totalitate și exact, pe cât posibil evenimentul;

d). Sinceritatea:- Disponibilitatea subiectivă a martorului de a spune adevărul cu privire la cele observate.¹

Din reglementarea instituției declarațiilor martorilor în procesul penal, reiese o diferență față de celelalte declarații prevăzute ca mijloace de probă în procesul penal.

De aici rezultă importanța acestora, prezente parcă fără excepție în cauzele penale, spre deosebire de cauzele civile, unde declarațiile martorilor sunt prezente mai rar.²

ȘIV. Cum se ascultă un martor - procedura specială de ascultare

1. Consemnarea activității

Procedura de ascultare a martorilor cuprinde două etape: În cadrul primei etape, se procedează la stabilirea identității martorului , acesta fiind întrebăat despre nume, prenume, adresă, vârstă, ocupație.³

Ascultarea în instanță a martorilor, experților și interpreților este reglementată prin dispozițiile din art. 327-329 C. Pe. Pen. Desigur, la efectuarea acestei activități, procesele își găsesc aplicare și regulile generale cuprinse în art. 78 și urm. C.pr. pen, fiindcă nu se poate proceda la ascultarea martorilor, experților și interpreților decât după ce au fost îndeplinite măsurile premergătoare la aceștia.

În privința martorilor prezenți, potrivit art. 319, al.1 C. Pr.pen, președintele ia măsura îndepărtării acestora din sala de ședință cu invitația de a reveni în sală atunci când vor fi chemați. O asemenea măsură se explică prin necesitatea protejării martorilor de posibile influențe, din partea celor discutate ori declarate în ședință înainte de ascultare.⁴

Declarațiile anterioare pot fi citite, în întregime sau în parte, atunci când martorul nu-și poate aminti unele fapte sau împrejurări . De asemenea, declarațiile anterioare ale martorului se citesc în întregime în ședința de judecată, atunci când există contradicții între acele declarații și cele date de el în fața instanței(art. 327, al.4, C. pr.pen.)

Ca și inculpatul și celelalte părți, martorilor chiar mai mult decât celor dintâi, li se pot pune întrebări de către membrii completului de judecată, de procuror, de părți și de apărătorii acestora.

Dispoziția art. 327, al.1, tez.I, C.pr. pen., prevede că întrebările pot fi adresate martorului mai înainte de către instanță, apoi de către procuror după, martorul poate fi întrebăat de partea care l-a propus și numai la urmă de celelalte părți.⁵

A doua etapă este consacrată ascultării propriu-zise a martorului. Potrivit art. 86, alin.(1) C. pr. Pen., mai întâi martorului i se aduce la cunoștință obiectul cauzei și i se arată care sunt faptele și împrejurările pentru dovedirea cărora a fost propus ca martor, cerându-i-se să declare tot ce știe în legătură cu aceasta.

Ascultarea martorilor se face separat, aceștia neputând prezenta ori citi declarații scrise de mai înainte; pot folosi , însă, însemnări asupra elementelor greu de reținut.

Eventualele reveniri, completări, rectificări sau precizări făcute de martor în cursul ascultării vor fi consemnate, după care martorul va semna din nou.⁶

¹ Cristian Miheș, „Criminalistica. Ascultarea martorului”, Lumina Lex, București, 2008, p.216.

² Anastasiu Crisu, „Drept Procesual Penal”, Editia a III-a, Ed. Hamangiu, București, 2011, p.245.

³ Damaschin, op. cit. , p.205.

⁴ Gheorghiu Mateuț, *Procedură penală- Partea Specială*, V.II, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p.71,72.

⁵ Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, G.Antoniou, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stănoiu, „Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român”, Ed. Academiei Române, Editura All Beck, București, 2003.

⁶ Trib. București, secția a II-a penală, decizia nr. 643 din 1993, in CXXIII, p.156 citata de Mircea Damaschin în Drept procesual penal, op. cit.

Parcurgind aceasta etapa, organul de urmarire penala, pe linga faptul ca isi indeplineste obligatiile prevazute de legea procesuala penala, are posibilitatea sa studieze martorii, sa urmareasca modul in care reactioneaza fata de situatia in care se afla, sa desprinda concluzii pretioase pentru adoptarea tacticii de ascultare.

A doua etapa incepe prin adresarea unei intrebari generale, denumita intrebare tema - de natura a da posibilitatea martorilor sa declare tot ceea ce stiu in legatura cu faptele sau imprejurarile pentru a caror lamurire au fost solicitati sa depuna.¹

Potrivit art.86, alin.(1) C.pr.pen., se poate încuviința martorului să nu-și declare identitatea reală. Concomitent cu atribuirea unei identități false, se procedează la conservarea datelor privind identitatea reală. În acest sens, se va întocmi un proces-verbal conținând aceste date și semnat de cel care a înaintat cererea, precum și de cel care a dispus măsura.

Procesul -verbal va fi păstrat în plic sigilat, în condiții de maximă siguranță, după caz:

-la sediul parchetului care a efectuat sau a supravegheat efectuarea urmăririi penale;

-la sediul instanței.²

În cazul lipsei unuia sau mai multor martori, legea prevede că instanța poate decide, motivat, fie continuarea judecării, fie amânarea cauzei (art.327, al.5, C.pr.pen.).

În legătură cu ascultarea martorilor în cursul cercetării judiciare, legea prevede facultatea , pentru procuror și pentru părți de a renunța la martorii pe care i-au propus (art.329, al 1 C.pr.pen.), dispoziția se referă la martorii propuși de instanță, pentru dispozițiile art.320 C. pr.pen.³

2. Sursa mărturiei

Sursa mărturiei este deosebit de importantă din prisma evaluării mărturiei. Martorii care au luat cunoștință în mod nemijlocit de circumstanțele evenimentului judiciar sunt cei mai importanți și cei mai căutați de organele judiciare din cauza faptului că ei oferă informațiile recepționate prin intermediul propriilor simțuri.⁴

Sursele mediate de informație- martorii care au aflat date de la alte persoane - trebuie analizate cu toată atenția. Mărturia „din auzite” este cea mai puțin productivă datorită faptului că este susceptibilă de a fi eronată într-o măsură foarte mare.⁵

Martorii propuși de una din părți nu pot fi înlăturați doar prin acest fapt, dar în faza discuțiilor prealabile, se va lămurii natura relațiilor în care martorul se afla cu părțile, interesul pe care îl are în cauză, dacă s-a încercat influențarea martorului, precum și orice alt aspect legat de persoana acestuia care ar putea fi util aprecierii mărturiei sale.

Victima infracțiunii poate fi ascultată în calitate de martor în anumite condiții. Persoana vătămată poate fi audiată, dacă nu se constituie parte civilă în procesul penal.⁶

Credibilitatea martorului reprezintă o problemă extrem de sensibilă a practicii judiciare penală. În cadrul altor legislații, în special în sistemul common law, există posibilitatea ca să se cerceteze în mod direct credibilitatea unui martor și , ulterior să poată să fie înlăturată depoziția sa pe baza acestui motiv, prin procedura „impeachment” .⁷

În schimb, legislația română nu prevede în mod expres o asemenea posibilitate, deși în literatura de specialitate s-a afirmat că dacă există motive temeinice care pun sub semnul îndoielii credibilitatea martorului, operația de apreciere va trebui să înceteze, iar mărturia înlăturată total sau parțial.⁸

¹ <http://www.avocatura.com/academica/referat129-modul-de-audiere-a-martorilor.html>.

² Damaschin, idem, p.205.

³ Vintilă Dongoroz și colectivul, op. cit. , p.182 si urm.

⁴ Cristian Miheș, „Criminalistica. Ascultarea martorului”, Lumina Lex, Bucuresti, 2008, p.217.

⁵ idem, p.216.

⁶ Ibidem, p.219.

⁷ Jack B. Weinstein, John M. Mansfield, Norman Abrams, Margaret A. Berger, *Evidence(Rules, Statuteand Case Supplement)*, The Foundation Press, Inc., Westbury, New York, 1989, p.320 și urm. citat de Cristian Miheș, „Criminalistica. Ascultarea martorului”, Lumina Lex, Buc., 2008.

⁸ Ibidem, p.220.

În privința sancțiunilor procesuale, vom sublinia faptul că în aprecierea declarațiilor se pornește de la buna-credință a acestora, iar atunci când acestea se coroborează și cu alte mijloace de probă pot conduce la aflarea adevărului și la o justă soluționare a cauzelor.¹

§V. Aspecte privind practica judiciară autohtonă și internațională în materia probațiunii

În numeroase infracțiuni, dar în special în categoria celor îndreptate împotriva persoanei, se întâlnesc destul de frecvent situații aparent clare, dar care sunt menite doar să ascundă realitatea.

Într-o dimineață devreme, poliția dintr-o localitate rurală a fost sesizată că pe o stradă a fost găsit mort un tânăr. Din primele constatări a rezultat că tânărul a fost ucis cu lovituri de cuțit și că în seara precedentă consumase băuturi alcoolice la bufet, unde se bătuse cu un consătean.

Doi martori s-au prezentat la postul de poliție și l-au denunțat pe autorul omorului, precizând că l-au văzut săvârșind fapta. Un alt martor a declarat că l-a întâlnit pe bănuț în timp ce acesta se îndreptă spre locuința sa și că, la scurt timp, a găsit victima decedată pe strada.

Fără de aceste declarații atât de categorice, lucrătorii postului de poliție din comună, însoțiti de câțiva martori asistenți, s-au deplasat la locuința bănuțului pentru cercetări. Aflat într-o avansată stare de ebrietate, bănuțul se culcase cu hainele de zi, care erau murdare de sânge. Lângă patul pe care dormea s-a găsit un cuțit care, de asemenea, prezenta urme de sânge.

Numai că administrarea și aprecierea probelor este o activitate mult mai profundă și mai complexă. Ea nu se limitează doar la un minimum de dovezi, chiar și atunci când persoanele suspecte recunosc săvârșirea faptelor pentru care sunt cercetate. Valorificarea tuturor urmelor, administrarea tuturor dovezilor posibile, constituie un principiu de bază aplicabil și în cazurile cele mai simple.

În final, s-a dovedit că cei doi tineri care au atacat victima nu erau alții decât martorii care au sesizat primii organele de poliție și l-au prezentat ca autor pe bănuț. Ei au lovit victima confundându-l cu alt tânăr, care purta o îmbrăcăminte asemănătoare, și pe care îl urmăreau după ce au plecat de la bufet. După ce au săvârșit fapta și dându-și seama de confuzia făcută, s-au înțeles cum să arunce răspunderea asupra banuțului, care trecuse și el, cu puțin timp înainte, prin același loc.

Dacă s-ar fi ținut seama numai de declarațiile lor ca martori oculari, dacă organele de anchetă nu ar fi aprofundat cercetările sub toate aspectele, ne putem imagina ce soartă ar fi avut bănuțul.²

Expertiza cu martori în dreptul penal internațional, la prima vedere, în ceea ce privește subiectele de drept în dreptul penal internațional, sunt la fel de demodate ca și practica cu martori, verificarea, revizuirea unui probe din partea unui martor, pregătirea martorului pentru mărturia acestuia. Expertiza, deși a fost mult timp acceptată-chiar încurajată ca și practică înainte, cu toate acestea, subliniem faptul că tribunalele penale internaționale nu sunt un monolit pentru o procedură approach.

Într-adevăr, divergența recentă pe această temă este o reminiscență a ciocnirii dintre abordările contradictorii și inchișitorial văzute în primele zile ale tribunalelor ad hoc. Mai mult decât atât, conform Curții Penale Internaționale (CPI), prima decizie ce a abordat proba cu martori este diametral opusă față de abordările luate de Tribunalul Penal Internațional pentru Rwanda (TPIR) și Tribunalul Special pentru Sierra Leone (SCSL)- diferentă ce evidențiază un domeniu de extindere al procedurii de divergență.³

Într-o anumită măsură, trecerea de la modelul napoleonian a luat forma de împrumut încă niște idei suplimentare din tradiția dreptului comun. Astfel, Germania, influențată de scriitori, cum ar

¹ Petre Dungău, Tiberiu Medeanu, Viorel Pașca, „Drept penal. Partea specială- prezentare comparativă a Noului Cod penal și a Codului penal din 1968, Ed. Universul Juridic, București 2012, p.470

² Ion Argeșeanu, *Enigmele anchetelor judiciare-din însemnările unui procuror criminalist*, Editura Editis, București, 1992, p.20 și urm.

³ Bill Don Taylor III, *Witness Proofing in International Criminal Law: Is Widening Procedural Divergence in International Criminal Tribunals a Cause for Concern?* in <http://www.isrcl.org/>.

fi Anselm Feuerbach și von Mittermaier Carl, a împrumutat ideea că instanța de judecată trebuie să audă mereu dovezi de la martorii-cheie oral, iar în 1988 Italia a adoptat noțiunea fundamentală pentru dreptul comun al probelor, dar străină la tradiția franceză- declarațiile scrise luate de la martori în cursul anchetei nu trebuie să fie tratate de către instanța de judecată ca dovadă, împreună cu o alta noțiune străină pentru practica franceză.¹

Caracterul de bază al procedurii penale, în orice țară determină poziția martorului expert. În aceste trei țări continentale : Franța, Germania și Italia , un judecător de instrucție desfășoară o anchetă imparțială judiciară în cauzele penale cele mai importante, și le pregătește pentru proces.

Nevoia de experți apare foarte frecvent în cauzele penale de pe continent. Apărarea care necesită intervenția medicilor psihiatri în cazurile în care apare nebunia este la fel de populară atât la inculpații europeni cât și la cei americani. Medicii care s-au specializat în medicina legală își prezintă opiniile cu privire la cauzele de deces, natura și gravitatea rănilor. Într-un caz recent în doctrina franceză, fizicienii - experți au fost folosiți pentru a testa cererea unui inventator polonez care a obținut sume considerabile de bani pe o descoperire care a realizat visul alchimistilor : de a transforma metale comune în aur.²

Un expert, martor sau expert judiciar profesionist este un martor, care, prin virtutea educației, formării, calificării sau experienței , se crede că au cunoștințe de specialitate într-un anumit subiect dincolo de cele ale unei persoane cu cunoștințe medii, suficient ca alții să se poată oficial baza în mod legal, pe decalările martorului de specialitate (științifice, tehnice sau de altă natură) sau pe avizul cu privire la o problemă sau dovezi ce intră în sfera de aplicare a expertizei sale.³

Dacă în ceea ce privește probațiunea în spațiul juridic de common law, originile acesteia sunt legate de o serie de practici informale apărute în cadrul sistemului de justiție penală, ca urmare a flexibilității sistemului judiciar și al puterilor foarte mari care erau conferite judecătorilor, în spațiul juridic continental apariția și dezvoltarea probațiunii avea să se bazeze pe instituția suspendării executării pedepsei închisorii.⁴

Modelul american de procedură în sfera penală, spre exemplu, se poate constata că , înainte să înceapă oficial un proces penal, în aproape 10% din cazurile privind infracțiuni grave, avocații completează moțiuni înainte de proces. O moțiune este o cerere depusă la tribunal care solicită judecătorului să ordone o anumită acțiune. De asemenea, se pot realiza moțiuni atât în timpul, cât și după proces. Moțiunile obișnuite dinaintea procesului sunt înaintate pentru a obține dezvăluirea dovezilor acuzării, precum și pentru a elimina unele dintre dovezile acesteia, precum și pentru a elimina unele dintre dovezile acesteia (de exemplu, să dea decizia de a considera o dispoziție inadmisibilă datorită încălcării legii Miranda). După ce juriul a fost ales (când cazul este judecat în fața unui juriu) și funcționarul tribunalului a citit reclamația penală, acuzarea începe procesul printr-o declarație de deschidere, subliniind cazul său . Urmează apoi declarația de deschidere a apărării. Totuși, declarația de deschidere nu este obligatoriu să fie făcută în acest moment. În unele jurisdicții, apărării îi este permis să-și amâne declarația de deschidere până după ce acuzarea își prezintă cazul. Rareori se fac declarațiile de deschidere în procesele magistraturii.

Apoi acuzarea prezintă dovezile sale și își audiază martorii. Dacă apărarea consideră că acuzarea n-a reușit să-și susțină cazul, atunci poate alege să-și încheie pledoaria, adică să nu se apere împotriva acuzației sau acuzațiilor.⁵

¹ Mireille Delmas- Marty and J.R. Spencer, *European Criminal Procedures*, Ed. Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, p.12.

² Morris Ploscowe, *The expert witness in Criminal cases in France, Germany and Italy in Law and contemporan problems*, pg.504-505.

³ http://en.wikipedia.org/wiki/Expert_witness.

⁴ Gabriel Oancea, *Probațiunea în România, Evaluari normative și sociologice, cu referiri la N.C.Penal*, Ed. C.H. Beck, Bucuresti, 2012, p. 48 .

⁵ Robert M. Bohm, Keith N. Haley, *Justiția penală-o viziune asupra modelului american*, Ed.Expert, București, 2002, pg. 350 și urm..

Cooperarea judiciară în materie penală reprezintă un domeniu tradițional al relațiilor internaționale. Amenințările contemporane la adresa ordinii juridice existente, intensificarea și diversificarea domeniilor criminalității organizate și dobândirea de către acesta, din ce în ce mai mult , a unui caracter internațional, sunt tot atâtea probleme pe care acest domeniu al colaborării între state trebuie să-l rezolve . Tendința, pe plan internațional, este aceea a simplificării metodelor de cooperare, în scopul accelerării tragerii la răspundere penală a infractorilor care încearcă să profite de ușurința deplasării pe teritoriul diferitelor state. În acest scop, fie în cadrul organizațiilor internaționale, fie în relațiile bilaterale, cooperarea judiciară în materie penală face obiectul a unui număr din ce în ce mai mare de convenții și acorduri.

La nivelul Uniunii Europene, acest tip de cooperare reprezintă o preocupare relativ recentă, realizarea cadrului juridic în materie avându-și originea în dispozițiile tratatului de la Maastricht, semnat la 7 februarie 1992 și intrat în vigoare la 1 noiembrie 1993. Instituirea celui de-al treilea Pilon –Justiție și afaceri interne- a constituit debutul unui proces cu o dezvoltare spectaculoasă.

De altfel, cooperarea în domeniul justiției și afacerilor interne a devenit, după adoptarea Tratatului de la Amsterdam, un element al atingerii, la nivelul Uniunii Europene, a obiectivului realizării unui spațiu de libertate, securitate și justiție , care să ofere cetățenilor un nivel ridicat de protecție.¹

Concluzii

La finalul scurtei incursiuni în materia declarațiilor martorilor în procesul penal se pot contura rezultatele preconizate la începutul său.

După ce i-au fost prezentate starea de fapt a sistemului românesc în materie de drept procesual penal și regulile după care se desfășoară această segment al procesului penal, auditoriul poate măsura după propriile considerații dacă și unde trebuie aplicată soluția dezechilibrului din practica judiciară.

Lucrarea are un final deschis, nu își permite să propună deziderate sau soluții puerile, pur și simplu, supune viitoarelor dezbateri un subiect interesant. De ce interesant?

Pentru că, în mod sigur , chiar în acest moment, într-un proces din țară în curs de desfășurare se folosește o declarație a martorului care va schimba soarta Hotărârii din final sau în același fel, poate să se înfăptuiască o infracțiune din clasa celor care împiedică înfăptuirea justiției: mărturia mincinoasă.

Declarațiile martorilor sunt o problemă de actualitate în practică- nota bene pentru rezistența în sistem , având în vedere vechimea sa istorică. Deși denigrată în unele opinii, ca fiind un mijloc de probă îndoielnic, s-a dovedit că folosirea lui este indispensabilă. Dacă în cazul celorlalte mijloace de probă, știința evoluează, psihologia umană și capacitatea de a spune adevărul sau de a minți este aceeași de mii de ani, la fel putem spune că omul este un mecanism mult mai accesibil de înțeles de către semenul său.

De asemenea, conștiința este o valoare comună a tuturor, astfel încât prin mărturia sa, cel citat în proces este vocea societății însăși, care funcționează în spirit democratic.

Referințe bibliografice:

Doctrină românească

- Anastasiu Crișu , „Drept Procesual Penal”, Editia a III-a, Ed. Hamangiu, București, 2011.
- Argeșeanu Ion , Enigmele anchetelor judiciare-din însemnările unui procuror criminalist, Editura Editis, București, 1992.

¹A se vedea : „Aspecte generale privind evoluția instrumentelor juridice ale Uniunii Europene specifice domeniului cooperării judiciare în materie penală” Elena Cismaru, în Buletin de informare legislativă nr.2/2012.

- Cismaru Elena , Aspecte generale privind evoluția instrumentelor juridice ale Uniunii Europene specifice domeniului cooperării judiciare în materie penală”, în Buletin de informare legislativă nr.2/2012.
- Damaschin Mircea , Drept Procesual Penal, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010.
- Dongoroz Vintilă, Kahane Siegfried, G.Antoniou, Bulai Constantin, N. Iliescu, Stănoiu Rodica, „Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român”, Ed. Academiei Române, Editura All Beck, București, 2003.
- Dungău Petre , Medeanu Tiberiu, Pașca Viorel, „Drept penal. Partea specială- prezentare comparativă a Noului Cod penal și a Codului penal din 1968, Ed. Universul Juridic, București 2012.
- Gheorghită P., Mateuț, Protecția martorilor, utilizarea martorilor anonimi în fața organelor procesului penal, Ed. Lumina Lex, București, 2003.
- Oancea Gabriel, Probațiunea în România, Evaluari normative și sociologice, cu referiri la N.C.Penal, Ed. C.H. Beck, Bucuresti, 2012.
- Tanoviceanu I. , Curs de procedură penală român, Atelierele grafice, București, 1913.
- Theodoroiu Cr., Tratat de drept procesual, Ed. Hamangiu, Bucuresti, 2007.
- Dobrinoiu Vasile, Neagu Norel, Drept penal, partea specială -Teorie si practica judiciara, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008.
- Mateuț Gheorghită, Procedură penală- Partea Specială, V.II, Ed. Lumina Lex, București, 1998.
- Miheș Cristian, „Criminalistica. Ascultarea martorului”, Lumina Lex, Bucuresti, 2008.

Doctrină străină

- Carrara Fr.: Programma del corso di diritto criminale-1897.
- Weinstein Jack B., Mansfield John M., Abrams Norman, Margaret A. Berger, Evidence(Rules, Statuteand Case Supplement),The Foundation Press, Inc., Westbury, New York, 1989.
- Taylor III Bill Don, Witness Proofing in International Criminal Law: Is Widening Procedural Divergence in International Criminal Tribunals a Cause for Concern? in <http://www.isrcl.org/>.
- Mireille Delmas- Marty and J.R. Spencer, European Criminal Procedures, Ed. Cambridge University Press, United Kingdom, 2002.
- Morris Ploscowe, The expert witness in Criminal cases in France, Germany and Italy in Law and contemporan problems.
- Robert M. Bohm, Keith N. Haley, Justiția penală-o viziune asupra modelului american, Ed.Expert, București, 2002.

Practică judiciară

- C. Ap. Brașov, secția penală, decizia nr. 198/A/2000.
- C.E.D.O., cauza Kostovski c. Olandei, Hot. 20 noi.1989.
- Trib. București, secția a II-a penală, decizia nr. 643 din 1993, in CXXXIII.
- C.E.D.O. , Hotărârea din 20 noiembrie 1989, Cauza Kostovski contra Țările de Jos, în Revue Trimestrielle des droits de l’homme, nr.3/1990.

Resurse Internet

- http://www.advocate.ro/cabinet_avocat_cuvant_Martor.
- http://en.wikipedia.org/wiki/Expert_witness.
- <http://www.isrcl.org/>.
- <http://www.avocatura.com/academica/referat129-modul-de-audiere-a-martorilor.html>.
- <http://www.ctce.ro>.

Legislație

- Codul de Procedură Penală al României , art. 78 , republicat, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, până la până la 12 februarie 2013.
- Codul Penal al României, republicat, publicat în Monitorul Oficial al României, partea I, până la 31 ianuarie 2013.

ÎNȘELĂCIUNEA ÎN CONVENȚII PRIN FOLSIREA DE MIJLOACE FRAUDULOASE

Diana-Alexandra DUMITRU¹

Abstract

Problema consimțământului viciat se impune a fi abordată atât din perspectivă civilă, ca element care poate duce la anularea contractului, cât și din perspectiva dreptului penal, ca element constitutiv al incriminării înșelăciunii în convenții. În cazul infracțiunii de înșelăciune trebuie cercetat dacă vicierea consimțământului are loc în modalitățile prevăzute de 215 alin. (3) C. pen., în sensul că trebuie analizat modul în care legiuitorul stabilește prin însăși norma de incriminare limitele în care consimțământul viciat determină intervenția dreptului penal.

Cuvinte cheie: *consimțământ viciat, înșelăciunea în convenții, mijloace frauduloase, dol, art.215 alin (3) Cod Penal.*

1. Introducere

1.1 Terminologie

Infrațiunea de înșelăciune are originea în dreptul roman, unde era cunoscută sub denumirea ‘stellionatus’.

Înșelăciunea (escrocheria) este infracțiunea ce face parte din grupul infracțiunilor contra patrimoniului privat sau public, prevăzută în art.215 Cod penal și constă în inducerea în eroare a unei persoane, prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate, în scopul de a obține pentru sine ori pentru altul un folos material injust și dacă s-a pricinuit o pagubă. Înșelăciunea savârșită prin folosirea de nume sau calități mincinoase ori de alte mijloace frauduloase reprezintă varianta agravată a infracțiunii. Dacă mijlocul fraudulos folosit pentru săvârșirea înșelăciunii constituie prin el însuși o infracțiune, se aplică regulile privind concursul de infracțiuni. Inducerea sau menținerea în eroare a unei persoane, cu prilejul încheierii sau executării unui contract, savârșită în așa fel încât fără această eroare cel înșelat nu ar fi încheiat sau executat contractul în condițiile stipulate reprezintă varianta specială a infracțiunii.

1.2 Apariție și evoluție istorică

Codul penal din 1864 sancționa infracțiunea de înșelăciune în mai multe articole, grupate în secțiunea V, cap. II din titlul IV. Astfel, art. 332 stabilea că este culpabil de înșelăciune acela care determină o amăgire în paguba averii altuia, sau prezintă fapte mincinoase pentru a obține un folos.

Codul penal român de la 1936 numit “Noul cod penal Carol II”, intrat în vigoare la data de 1 ianuarie 1937, cuprindea această materie în Cartea II, Titlul XIV intitulat “Crime și delictе contra patrimoniului” (art. 524-573).

În art. 553 din Codul penal “Carol al II-lea”, inclus în Titlul XIV – “Crime și delictе contra patrimoniului”, Secțiunea VII, era incriminată înșelăciunea prin cecuri ale cărei forme ale actului de executare erau inspirate din art. 84 pct. 2 din Legea nr. 59/1934 asupra cecului.

Atât în timpul cât a fost în vigoare Codul penal de la 1864, cât și sub imperiul Codului de la 1936 au existat anumite infracțiuni contra patrimoniului care erau prevăzute în legi speciale, ca de pildă, în Codul Justiției Militare, în Codul comercial, în Codul silvic, în Codul Marinei comerciale, ș.a. .

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: dianadumitru91@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. univ. drd. Sinescu Mircea Constantin (mircea.sinescu@sinescu-nazat.ro)

În perioada anilor 1944-1989 sau produs unele schimbări importante, legislative, în toate domeniile dreptului, dar mai ales în cel al dreptului penal, în conformitate cu ideologia vremii, și cu modul de a concepe existența proprietății. Astfel a fost adoptat Decretul nr. 192/1950 în conținutul căruia s-a definit noțiunea de “obștesc” și aceea de “avut obștesc”. Prin acest act normativ a fost introdus în Titlul XIV al Codului Penal din 1936 un nou capitol cu denumirea “Unele infracțiuni contra avutului obștesc”, căruia, ulterior, i s-a adus modificări, mai ales în privința agravării pedepselor. Acest decret a marcat momentul în care apare pentru prima oară o ocrotire discriminatorie a patrimoniului după cum acesta era considerat “particular” sau “obștesc”.

Autorii Codului penal de la 1968 n-au făcut și nici nu puteau să facă altfel, decât să consacre mai departe această concepție de ocrotire diferențiată a patrimoniului. De aceea, în Titlul III au fost prevăzute infracțiuni contra avutului particular, iar în Titlul IV, infracțiuni contra avutului public sau obștesc.

După 1989, pornind de la necesitatea punerii de acord a legii penale atât cu principiile constituționale, cât și cu realitățile de astăzi ale societății românești, s-au adus numeroase modificări Codului penal. Cea mai importantă fiind realizată prin adoptarea Legii nr. 140/1996 de modificare și completare a Codului penal, prin care pe lângă alte modificări substanțiale, se prevede o reglementare nouă în materia infracțiunilor contra patrimoniului, s-a modificat și completat art. 215 C. pen. cu alin. 4 și 5. Astfel, s-a modificat denumirea Titlului III din “Infracțiuni contra patrimoniului”, iar Titlul IV “Infracțiuni contra avutului obștesc”, a fost abrogat în întregime.

Din toate timpurile și în toate orânduirile sociale, legislațiile penale au incriminat și sancționat sever infracțiunile săvârșite împotriva proprietății particulare, deosebirile datorându-se perioadei istorice și particularităților proprii unei societăți sau alteia.

Fapta de înșelăciune era considerată în vechile legiuri ca un delict civil, și lăsa loc fie unei acțiuni de anulare a actului juridic pentru viciu de consimțământ, fie de reparare a pagubei.

În sistemul de drept penal modern, înșelăciunea, mai întâi sub formă calificată a escrocheriei, apoi și sub formă simplă, a fost incriminată ca infracțiune patrimonială, pentru ca în secolul al XIX-lea și al XX-lea să fie incriminată prin asimilarea cu înșelăciunea, anumite fapte în săvârșirea cărora amăgirea constituia factorul determinant. Codul penal de la 1864, prevedea infracțiunea de înșelăciune simplă în dispozițiile cuprinse în art. 332 – 333, pedeapsa era închisoare de la o lună la un an, respectiv amendă și înșelăciunea calificată în dispozițiile din art. 334 alin 1 și 2, pedepsibilă cu închisoare de la 6 luni până la 2 ani și amendă.

În Codul penal din 1936, înșelăciunea simplă și cea agravată erau prevăzute în dispozițiile art. 549 Cod penal, pedeapsa fiind închisoare de la 3 luni la 2 ani pentru modalitatea simplă și de la 1 an la 3 ani pentru modalitatea agravată. În art. 551 Cod penal era prevăzută modalitatea înșelăciunii în convenții, sancționată la fel ca și înșelăciunea simplă, iar în art. 552 – 555 erau incriminate faptele asimilate cu înșelăciunea (înșelăciunea în emigrare, înșelăciunea prin cecuri, înșelăciunea contra asiguratorului, înșelăciunea privind dreptul de autor).

Sub raportul conținutului infracțiunii de înșelăciune există unele deosebiri între incriminarea prevăzută în Codul penal de la 1936 și cea prevăzută în Codul penal actual. Astfel, cuprinsul art.215 Cod penal a fost modificat și completat prin Legea 140/1996, fiind majorate pedepsele prevăzute în alineatele 1 și 2 și introdus unui nou alineat. Prin completarea art.215 Cod penal cu un nou alineat (respectiv alineatul 4 – înșelăciunea prin cecuri) s-a ajuns la crearea unei infracțiuni complexe, oarecum similară cu delictul de înșelăciune prin cecuri, reglementat în art. 553 Cod penal din 1936. Constituția României, adoptată la 21 noiembrie 1991, referindu-se la proprietate, arată în art. 135 alin 2, că aceasta este publică sau privată, iar în art. 41 alin 2, că proprietatea privată este ocrotită în mod egal de lege indiferent de titular. Luând în considerare această accepțiune, patrimoniul este ocrotit, printr-un întreg ansamblu de mijloace juridice extrapenale, civile și de altă natură. În ceea ce privește infracțiunea de înșelăciune, literatura de specialitate a încadrat-o în categoria faptelor de fraudă alături de abuzul de încredere, gestiune frauduloasă și însușirea bunului găsit.

Codul penal din anul 1864 sancționa înșelăciunea de înșelăciune în mai multe articole, grupate în Secțiunea V, Capitolul II din Titlul IV. Astfel art.332 stabilea că este culpabil de înșelăciune acela care determină o amăgire în paguba averii altuia sau prezintă fapte mincinoase pentru a obține un folos. Articolul 334 pedepsea pentru înșelăciune pe cei care exercitau manopere frauduloase pentru a-i determina pe alții să creadă într-o întreprindere mincinoasă sau credit nereal ori pentru a-i determina să le dea bani, mobile, obligatiuni, bilete, chitanțe sau înscrisuri de valoare.¹

Codul penal Carol al II-lea din anul 1937 sancționa înșelăciunea de înșelăciune în Titlul XIV, Capitolul III, Secțiunea aVII-a, în art.549-555. Articolul 549 stabilea că delictul de înșelăciune se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani, cu amendă și interdicție corecțională și constă în prezentarea ca adevărată a unor fapte mincinoase sau ca mincinoase a unor fapte adevărate, dacă prin aceasta se cauzează o pagubă materială unei persoane. Dacă infractorul întrebuița nume, calități mincinoase sau alte mijloace frauduloase, pedeapsa era închisoarea corecțională de la 1 la 3 ani.²

În art.551 era incriminată varianta înșelăciunii în convenții însă odată cu intrarea în vigoare a codului penal din anul 1968 înșelăciunea de înșelăciune a fost încadrată în Titlul III, intitulat „Infracțiuni contra patrimoniului”.³

Această infracțiune a fost încadrată în categoria celor care vizează patrimoniul, pentru că prin comiterea ei se urmărește a se obține un folos material injust, prin folosirea de mijloace frauduloase, pentru sine ori pentru altul, cauzându-i-se, astfel, o pagubă sau un prejudiciu unei persoane fizice sau juridice.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

2.1 Cadrul actual de reglementare și Noul Cod Penal

În actualul Cod penal s-a incriminat în mod rezumativ această infracțiune, într-un singur articol, spre deosebire de codurile penale anterioare, în care se regăseau articole distincte pentru formele speciale ale infracțiunii de înșelăciune.

Actuala reglementare, prin art.215 face referire la infracțiunea de înșelăciune prin prezentarea în fiecare alineat a detaliilor privitoare această infracțiune, modalitățile prin care aceasta poate fi săvârșită, precum și sancțiunile aplicabile în caz de încălcare. Astfel primul alineat face referire la elementele constitutive ale infracțiunii de bază. Alineatul (2) reprezintă forma agravată a infracțiunii, săvârșită prin folosirea de nume sau calități mincinoase sau de alte mijloace frauduloase. Alineatul (3) sancționează înșelăciunea comisă cu prilejul încheierii sau executării unui contract, săvârșită în așa fel încât, fără această eroare, cel înșelat nu ar fi încheiat sau executat contractul în condițiile stipulate. Alineatul (4) face referire la o modalitate mai specială de comitere a acestei infracțiuni și anume prin emiterea cec-urilor specifice domeniului comercial în scop fraudulos și contrar legii. Alineatul (5) sancționează înșelăciunea care a avut consecințe deosebit de grave, prin raportare cu definirea acestora la art. 146.

¹ Codul Penal Comentat. Vol.II. Partea specială, Matei Basarab, Viorel Pașca, Editura Hamangiu, București, 2008

² Codul penal român din 1937(M.Of. nr. 65 din 18 martie 1936), art.549: „Acela care, în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material injust, face să se treacă drept adevărate fapte mincinoase sau prezintă ca mincinoase fapte adevărate și prin aceasta cauzează o pagubă materială unei persoane comite delictul de înșelăciune și se pedepsește cu închisoare corecțională de la unu la 2 ani. Cu aceeași pedeapsă se va pedepsi și acela care, în scopul de a obține pentru sine ori pentru altul un folos material, practică în mod obișnuit ghicitul, chiromația, prezicerea viitorului sau vrăjitoria.

Când, pentru comiterea faptului de la primul alineat al prezentului articol, infractorul a întrebuițat nume, calități mincinoase sau alte mijloace frauduloase, pedeapsa este închisoarea corecțională de la 1 la 3 ani și interdicția corecțională de la unu la 3 ani.,

³ Codul Penal al României (publicat în B. Of. nr. 79 din 21 iunie 1968, republicat în B. Of. nr. 55 din 23 aprilie 1973 și în M. Of. nr. 65 din 16 aprilie 1997).

Înșelaciunea prevăzută de art. 215 Cod penal sancționează fapte care aduc atingere patrimoniului și care se caracterizează prin aceea că sunt comise cu viclenie.

Această caracteristică generală a înșelăciunii presupune unele particularități de ordin criminologic, atât în ceea ce privește tipologia faptuitorului cât și cea a victimei. Astfel, pe de o parte, autorii unor astfel de infracțiuni dovedesc, de regulă, abilitate, inventivitate și o deosebită capacitate de persuasiune. Pe de altă parte, de cele mai multe ori, comiterea unei înșelăciuni este posibilă printr-o „colaborare,, a victimei, care dovedește neglijență sau naivitate în ceea ce privește relațiile interumane.¹

A prezenta „ca adevărată o faptă mincinoasă” înseamnă a inventa, a scorni, a face să se creadă ca fiind existent ceva (o anumită stare, o situație, o întâmplare, un lucru, o persoană etc.) care în realitate nu există, iar a prezenta „ca mincinoasă o faptă adevărată” înseamnă a ascunde adevărul, a disimula, face să se creadă că nu există ceva care în realitate există.²

Prezentarea frauduloasă, denaturată sau alterată a realității trebuie să fie aptă de a inspira încrederea victimei și de a o induce în eroare, de a o amăgi sau de a o menține în eroarea produsă anterior.³

Însă în Noul Cod penal, legiuitorul a ținut să circumscrie această sferă a infracțiunii de înșelăciune tuturor acelor fapte care presupun inducerea în eroare a unei persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate, în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos patrimonial injust, cu imediată consecință a păgubirii acestei persoane.

Opțiunea legiuitorului⁴ a fost aceea de a renunța la incriminarea în mod separat în cadrul articolului 215 atât a formei speciale de înșelăciune în convenții (art. 215 alin. 3) cât și a înșelăciunii prin emiterea de cecuri fără acoperire (art. 215 alin. 4) existente în actuala reglementare. Prin această opțiune a legiuitorului, apreciez, că nu trebuie să se înțeleagă că aceste forme speciale și-au pierdut din importanță sau actualitate, ci se revine astfel la modelul îmbrățișat de Codul penal de la 1968, în forma sa inițial adoptată, potrivit căruia infracțiunea de înșelăciune prin cecuri, nu a mai fost prevăzută în mod separat, considerându-se că ea constituie o înșelăciune și poate fi sancționată ca atare.

Însă spre deosebire de situația actuală, în dispozițiile articolului 244 din Noul Cod Penal este menținută, ca formă agravată, doar înșelăciunea săvârșită prin folosirea de nume sau calități mincinoase ori de alte mijloace frauduloase, renunțându-se la forma agravată a infracțiunii din art. 215 alin. 5 din actuala reglementare- fapta de înșelăciune care a avut consecințe deosebit de grave. În același timp, ca element de noutate sub aspect procesual, în cazul infracțiunii de înșelăciune s-a prevăzut că împăcarea înlătură răspunderea penală, aspect care se regăsește și în cazul înșelăciunii privind asigurările.

2.2 Înșelaciunea în convenții prin modalități agravate

2.2.1 Înșelaciunea săvârșită prin folosirea de nume, calități mincinoase sau alte mijloace frauduloase.

Infracțiunea în varianta agravată constă în înșelăciunea săvârșită prin folosirea de nume sau calități mincinoase ori alte mijloace frauduloase.

¹ Valerian Cioclei, Drept penal. Partea specială. Infracțiuni contra patrimoniului., Editura C.H.Beck, București, 2011.

² Ilie Pascu, Mirela Gorunescu, Drept penal. Partea specială, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2008.

³ Gheorghe Nistoreanu, Alexandru Boroș, Drept penal. Partea specială, Ediția a II-a, Editura All Beck, București, 2002.

⁴ A se vedea-M.C.Iacob, Reglementarea infracțiunii de înșelăciune în Noul Cod Penal, în contextul unor aspecte de drept comparat, Analele Științifice ale Universității Al.I.Cuza , Iași, Vol.V, Juridice , 2009 ,p.68

Folosirea de nume mincinoase presupune utilizarea unui nume care aparține unei alte persoane decât făptuitorul. Acest nume mincinos fie că este unul inventat, imaginar ori „împrumutat” de la o altă persoană în locul căreia făptuitorul se recomandă, afirmând că este acea persoană, pentru a-si ascunde, în acest fel, adevărata identitate.

Folosirea de calități mincinoase presupune utilizarea de titluri, funcții etc. pe care făptuitorul nu le are în realitate (de exemplu, se prezintă ofițer de poliție, procuror etc.).

Prin mijloc fraudulos trebuie înțeles acel mijloc care este veridic și în mod obișnuit, inspiră încredere, dar care în realitate, este mincinos.¹

Articolul 215 alin. (2) Cod Penal sancționează mult mai sever, înșelăciunea săvârșită prin unul din mijloacele prevăzute în acest secund alineat, cu închisoarea de la 3 la 15 ani. Unele mijloace frauduloase constituie, întotdeauna prin ele însele infracțiuni fiind sancționate distinct de către legea penală cum ar fi folosirea unui fals în înscris, uzurparea de calități oficiale, exercitarea fara drept a unei profesii, etc.

Au existat și încă mai există dificultăți privind stabilirea existenței mijlocului fraudulos sa a calității mincinoase, fiind divergente soluțiile pronunțate de instanțe. S-a apreciat uneori că nu este relevantă inducerea în eroare prin atribuirea de calități mincinoase de reprezentant al unei societăți comerciale care se ocupa de plasarea forței de muncă în străinătate², în timp ce alte instanțe sunt de părere că această inducere în eroare a avut relevanță în momentul perfectării convenției de racolare a forței de muncă.³

Fapta inculpatului care, folosind acte de identitate false, le inducea în eroare pe părțile vătămate, vânzându-le apartamente care nu îi aparțineau, falsificând, în acest scop, copii ale actelor de proprietate obținute cu ocazia încheierii unor contracte de închiriere fictive cu privire la imobilele în cauză întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de înșelăciune în convenții, per a contrario fapta inculpatului de a conveni cu partea vătămată să-i vândă o locuință sens în care a primit de la acesta un autoturism și o sumă de bani în condițiile în care partea vătămată a cunoscut cu certitudine în momentul încheierii convenției faptul că inculpatul nu este proprietarul acelei locuințe nu constituie infracțiunea prevăzută de art. 215 alin. (1) și (3) C.Pen., întrucât lipsește elementul subiectiv, respectiv intenția de a induce în eroare partea vătămată cu privire la calitatea de proprietar.⁴

Fapta inculpatului care, în calitate de administrator al unei societăți comerciale, a achiziționat cupoane pentru agricultură sub prețul nominal și le-a decontat la bănci la valoarea nominală, trecând în facturile prezentate date nereale, constituie infracțiunea de înșelăciune. Prejudiciul produs constă în echivalentul cupoanelor decontate la bănci, și nu numai în echivalentul profitului realizat, deoarece suma de bani încasată de inculpat de la unitățile bancare i-a fost plătită din bugetul de stat, pentru care paguba constă în suma plătită în întregime, și nu doar în limita profitului realizat după scăderea cheltuielilor făcute pentru procurarea cupoanelor.⁵

2.2.2 Înșelăciunea săvârșită cu prilejul încheierii sau executării unui contract.

Articolul 215 alin.(3) incriminează o formă specială de infracțiunii de înșelăciune, comisă cu prilejul încheierii sau executării unui contract.

Prin sintagma „cu prilejul încheierii unui contract” se înțelege perioada purtării tratativelor până când se stabilește acordul de voință al celor două părți iar expresia „cu prilejul executării unui

¹ Dobrinioiu, Vasile; Pascu, Ilie; Hotca Mihai Adrian Noul Cod penal comentat. Vol. 2: Partea speciala Universul Juridic; Bucuresti, 2012.

² Jud. Câmpulung, sentința penală nr. 54/1990, nepublicată.

³ C.S.J., Secția penală, decizia nr. 526/2000, în B.J. 2000, p. 297.

⁴ C.Apel București, Secția a II-a penală, decizia nr.807/2000, în C.P.J.P 2000, Ed. Rosetti,București,2002, p. 91-93.

⁵ I.C.C.J., Secția penală, decizia nr.5418/2004, în R.D.P. Studii și practică judiciară (1994-2006), Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 443-444.

contract ” constă în intervalul de timp în care obligațiile contractuale se află în faza de aducere la îndeplinire până la definitivarea lor executare.

În cadrul acestei forme a infracțiunii este asimilată și activitatea de inducere sau menținere în eroare cu ocazia rezilierii unui contract.

Elementul care deosebește fundamental această modalitate de comitere de forma de baza a infracțiunii prevăzută la alineatul (1) este pricinuirea unei pagube.

Termenul de eroare din art. 215 alin. 3 C. pen. păstrează înțelesul originar, din dreptul civil, al acestei instituții numai când se referă la menținerea în eroare, cu prilejul încheierii contractelor, a unei părți contractante, întrucât falsa reprezentare a unei situații de fapt în legătură cu încheierea unui contract cunoscută numai de una din părțile contractante, poate constitui o manoperă frauduloasă în sensul dispozițiilor acestui articol deoarece această parte nu acționează cu loialitate în mod conștient. Expresia de „inducere în eroare” folosită în art. 215 alin.(3) C. pen. se apropie de înțelesul consacrat dolului în Codul civil, ca eroare provocată, concretizată în totalitatea manoperelor frauduloase (mincinoase) pe care una din părți le întrebuițează cu prilejul încheierii unui contract pentru a forma o falsă reprezentare asupra realității a părții contractante, cu caracter determinant în încheierea contractelor.¹

Determinarea acțiunii de inducere în eroare trebuie să se realizeze în funcție de particularitățile fiecărui caz, pornind de la principiul libertății contractuale prevăzută de art. 969 alin.(1) C. Civ., dar și de la reglementările privind eroarea, dolul, violența ca vicii ale consimțământului. Conform art.960 C.Civ., dolul constituie o cauză de nulitate a convenției cand mijloacele viclene întrebuițate de una din părți sunt întrebuițate în așa fel încât este evident că fără aceste mașinațiuni cealaltă parte nu ar fi contractat.

În domeniul comercial este tolerată varianta dolului mai puțin grav (dolus bonus), considerându-se că acesta se încadrează în limitele publicității excesive și a negocierii contractului între profesioniști. Dacă această formă a dolului se transformă însă în fraudă, actul va putea fi anulat și vor fi aplicabile prevederile legii penale.²

Delimitarea între dolus bonus și fraudă trebuie să se facă prin luarea în considerare a elementele esențiale ale contractului, principiul bunei-credințe din dreptul comercial, intenția manoperele viclene. Frauda specifică dreptului penal este determinată de orice viclenie, manoperă frauduloasă sau inducere în eroare, comisă cu intenție directă sau indirectă fara care subiectul pasiv nu ar fi acceptat încheierea sau derularea sau derularea convenției. Acest aspect a fost reținut de unele instanțe, cu motivarea că inculpații au realizat manopere dolosive și au determinat inducerea în eroare prin oferirea unei dobânzi deosebit de mari, în absența căreia părțile vătămate nu ar fi încheiat convenția.³

Nu orice inducere în eroare ori nerespectarea clauzelor contractuale determină existența infracțiunii de înșelăciune în convenții. Spre exemplu nu s-a reținut nicio infracțiune în situația în care învinuții au motivat că sunt în imposibilitate de a efectua plățile pentru marfa livrată, deoarece a fost confiscată de Garda Financiară, propunând compensarea datoriei cu alte materiale.⁴

Deși delimitarea dintre dolul civil și infracțiunea de înșelăciune în convenții este aparent indisolubilă întrucât în ambele situații voința părții contractante indusă în eroare este aproape în totalitate distrusă, totuși gradățiile în exercitarea manoperelor viclene conduc la distincția între manoperele viclene, ca vicii de consimțământ și acțiunile frauduloase care capătă caracter penal.

În sensul dispozițiilor art. 215 alin. 3 C. pen., acțiunile de fraudare a consimțământului sunt

¹ Ioan-Dorel Romosan, Vinovăția în dreptul civil român, Editura All Beck, Bucuresti, 1999.

² Codul Penal Comentat. Vol.II. Partea specială, Matei Basarab, Viorel Pașca, Editura Hamangiu, București, 2008

³ C.A. Cluj-Napoca, decizia penală nr. 270/2001, în B.J. 2001 p. 527

⁴ Parchetul de pe lângă Tribunalul Hunedoara, rezoluția nr. 396/P/2003.

circumscrise principiilor de drept penal, condițiilor generale de existență a infracțiunii între care un rol important îl constituie gradul de pericol social.¹

O problemă apreciată în literatura de specialitate neunitar privește potențiala similitudine dintre dolul reticent și infracțiunea de înșelăciune comisă prin inacțiune (omisiune), opinia majoritară fiind în sensul că dolul reticent nu poate avea caracter penal, contrazisă de cei care susțin că reticența poate fi constitutivă de infracțiune.²

În cazul dolului prin reticență - tăcerea ca modalitate de viciere a consimțământului - nu este vorba despre o eroare provocată ci, mai degrabă, despre o eroare menținută. În principiu, obligația de a atrage atenția cu privire la eroare există atunci când eroarea planează asupra unuia din elementele esențiale ale valorii sociale (natura intervenției, rezultatul etc). Cel care cunoaște existența erorii, iar în ciuda acestui fapt acționează folosind ca paravan consimțământul viciat, nu se putea sustrage răspunderii penale, ci, dimpotrivă, va răspunde pentru o infracțiune intenționată. În cazul unor schimburi de natură patrimonială, în situația în care agentul se folosește de acest consimțământ viciat, cunoscând, dar neînlăturând eroarea în care se află cealaltă parte, agentul nu va putea invoca beneficiul erorii invincibile în ceea ce-l privește, cât timp prin ipoteză el cunoștea eroarea pe care a și menținut-o. Mai mult, textul de la înșelăciunea în convenții vorbește despre inducerea sau menținerea în eroare, ceea ce ar putea sugera că în acest context, menținerea în eroare are întotdeauna semnificație penală.³

În practica judiciară s-a reținut că săvârșește infracțiunea de înșelăciune acela care omite să comunice părții cocontractante că, deși este proprietarul terenului pe care dorea să-l înstrăineze, cu privire la acesta exista un proces civil ce viza însăși stabilirea persoanei care ar fi putut fi titular al dreptului de proprietate.⁴ Tot astfel, s-au reținut ca infracțiuni de înșelăciune obținerea unui credit bancar pentru finanțarea societății al cărei administrator era, urmată de schimbarea destinației banilor pentru transferarea de îndată într-un cont personal purtător de dobânzi mai mari.⁵

Ca urmare, pentru a reține existența infracțiunii de înșelăciune, instanța trebuie să constate în ce constă inducerea în eroare și dacă datorită acestei erori, partea vătămată a săvârșit vreo acțiune sau omisiune de pe urma căreia a suferit vreo pagubă materială.

O altă situație o întâlnim atunci când prin fapta inculpaților de a induce în eroare părțile vătămate cu prilejul încheierii unui contract de vânzare-cumpărare ce are ca obiect un imobil, afirmând că sunt proprietarii acestuia în condițiile în care îl înstrăinaseră anterior altei persoane, încasând prețul, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de înșelăciune prevăzută de art.215 alin. (1) și (3) C.Pen. Sub aspectul laturii subiective, inculpații au acționat cu intenție directă, dându-și seama că desfășoară o activitate de inducere în eroare și că pricinuesc o pagubă urmărind producerea acesteia.⁶

2.2.3 Aspecte de drept comparat privind infracțiunea prevăzută în art.215 Cod Penal

Infracțiunile din Titlul III din Codul Penal, intitulat “Infracțiuni contra patrimoniului” sunt acele infracțiuni care au ca obiect juridic relații sociale de ordin patrimonial, dintre acestea făcând parte și infracțiunea de înșelăciune. Desfășurarea normală a acestor relații constituie o condiție de existență a societății, de aceea faptele prin care se vatămă ori se pun în pericol aceste relații sunt fapte socialmente periculoase, împotriva cărora este necesară acțiunea represivă. Legea penală apără, în

¹ Ioan-Dorel Romoșan, *Vinovăția în dreptul civil român*, Editura All Beck, București, 1999.

² I. F. Pop, *op. cit.*

³ D. A. Serban, *op. cit.*

⁴ T. București, s. I pen., dec. nr. 307/2005, în A. Stoica, *op. cit.*, p. 206.

⁵ C.S.J., s. Pen., dec. nr.2801/2002, în A. Stoica, *op. cit.*, p.247.

⁶ Georgiana Tudor, *Înșelăciunea în convenții - practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2007

general, toate relațiile de ordin patrimonial, incriminând și sancționând faptele împotriva acestora, prevăzând un regim sancționator sever.

Din toate timpurile și în toate orânduirile sociale, legislațiile penale au incriminat și sancționat sever infracțiunile săvârșite împotriva proprietății particulare, deosebirile datorându-se perioadei istorice și particularităților proprii unei societăți sau alteia. Normele penale din orânduirile cu exploatare de clasă nu au incriminat, însă, niciodată faptele prin care minoritatea exploatare spoliază fără cruțare munca celor exploatați.

Potrivit art. 640 din Codul penal italian, înșelăciunea constă în fapta aceuia care prin diferite manopere frauduloase induce pe altul în eroare pentru a-și procura lui sau altuia un profit injust, producând o daună altei persoane. Doctrina italiană¹ subliniază că tendința legislației moderne este de a apropia înșelăciunea cu relevanță penală de cea civilă (care ar putea exista chiar prin simpla minciună a făptuitorului sau prin orice mijloc de a amăgi victima); instanțele italiene admit în prezent că există infracțiunea de înșelăciune² chiar cu privire la orice acte de natură să inducă în eroare sau să surprindă buna-credință a altuia, fiind suficientă simpla minciună înșelătoare sprijinită pe argumente adecvate. Nu este suficientă însă o simplă tăcere, chiar dacă făptuitorul avea obligația juridică de a informa, nici exploatarea unei stări anterioare de eroare, nici o minciună neînsoțită de argumente înșelătoare.

Potrivit legii penale franceze³, comite infracțiunea de înșelăciune ("escroquerie") acela care, fie prin folosirea unui nume fals sau a unei calități false, fie abuzând de o calitate adevărată, fie prin folosirea de manopere frauduloase, înșeală o persoană fizică sau juridică determinând-o ca, în prejudiciul său ori al unui terț, să remită bani, valori sau un bun, oricare ar fi, să-i presteze un serviciu sau să consimtă la un act referitor la o obligație sau o descărcare. În viziunea doctrinei franceze, art. 313 din noul Cod penal care incriminează înșelăciunea în forma simplă, deși nu mai reproduce ipotezele existente în reglementarea anterioară (art. 405), acestea sunt subînțelese ca scopuri ale acțiunii de înșelăciune și anume, pentru a convinge victima asupra existenței unei întreprinderi care în realitate nu există, pentru a convinge victima asupra existenței unor puteri sau a unui credit imaginar, sau pentru a face să se nască speranța unui succes sau teama de un accident sau producerea oricărui alt eveniment himeric.

Potrivit art. 263 din legea penală germană, comite infracțiunea de înșelăciune acela care, în scopul obținerii pentru sine sau altul a unui folos patrimonial ilicit, prejudiciază patrimoniul altuia inducându-l sau menținându-l în eroare prin crearea unor reprezentări false sau prin denaturarea și nesocotirea faptelor reale, iar pedeapsa este închisoarea până la 5 ani sau amendă⁴.

3. Concluzii

3.1 Concluzii și propuneri de lege ferenda

Procesul amplu de prevenire și combatere a criminalității reprezintă o componentă majoră în viața oricărei societăți clădită pe un sistem de drept.

Patrimoniul reprezintă un ansamblu de drepturi și obligații ale unei persoane, privite ca o universalitate de bunuri. În dreptul penal noțiunea de patrimoniu în legătură cu infracțiunea care se

¹ A se vedea- George Antoniu, *Ocroțirea penală a patrimoniului în dreptul comparat*, Revista de drept penal nr.2/2001, p.125.

² Capitolul II intitulat „delicte împotriva patrimoniului prin înșelăciune” din Titlul XIII din Codul penal italian include următoarele fapte: înșelăciunea; înșelăciunea calificată pentru obținerea de alocații publice; înșelăciunea informatică; insolabilitatea frauduloasă; distrugerea frauduloasă a bunului propriu și mutilarea frauduloasă a propriei persoane în scopul obținerii prețului unei asigurări; înșelăciunea asupra persoanelor incapabile; camătă; camătă improprie; fraudă de emigrație; abuzul de încredere; însușirea bunurilor pierdute sau ajunse din greșeală sau caz fortuit la făptuitor; tănuirea; spălarea banilor și folosirea banilor, bunurilor sau foloaselor de proveniență ilicită.

³ A se vedea-G.Antoniu- *op.cit.*, p.135.

⁴ A se vedea-G.Antoniu-*op.cit.*, p.155.

comite împotriva acestuia are un interes mai restrâns și se referă la bunuri nu ca la o universalitate, fiind privite în individualitatea lor, susceptibile de a fi apropiate, însușite de făptuitor prin mijloace frauduloase, ori de a fi gestionate fraudulos.

Infrațiunea nu ar putea astfel să se îndrepte împotriva patrimoniului ca universalitate de bunuri pentru că acesta va exista întotdeauna, chiar dacă valoarea bunurilor componente ale acestuia este mică sau chiar dacă subiectul pasiv nu posedă decât datorii, deoarece o persoană nu poate fi lipsită de patrimoniu, ci numai de bunuri sau numai de unul din bunurile care alcătuiesc patrimoniul.

În această ordine de idei, mai corect ar fi ca aceste infrațiuni să fie denumite infrațiuni îndreptate contra bunurilor care fac parte din patrimoniu, pentru faptul că infrațiunea nu se poate îndrepta contra unui bun patrimonial care este parte componentă a activului patrimonial al unei persoane. Pasivul patrimonial respectiv, datoriile unei persoane nu pot constitui obiect al infrațiunii deoarece, logic vorbind, nimeni nu-și dorește datoriile cuiva.

Făcând o scurtă trimitere către Noul Cod penal ce urează a intra în vigoare, înlocuind, astfel, actuala reglementare țin să precizez elementele de noutate, ce își vor găsi aplicabilitatea odată cu intrarea acestuia în vigoare, și anume legiuitorul a ținut să circumscrie această sferă a infrațiunii de înșelăciune tuturor acelor fapte care presupun inducerea în eroare a unei persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate, în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos patrimonial injust, cu imediata consecință a păgubirii acestei persoane.

Opțiunea legiuitorului a fost aceea de a renunța la incriminarea în mod separat în cadrul articolului 215 atât a formei speciale de înșelăciune în convenții (art. 215 alin. 3) cât și a înșelăciunii prin emiterea de cecuri fără acoperire (art. 215 alin. 4) existente în actuala reglementare. Prin această opțiune a legiuitorului nu trebuie să se înțeleagă că aceste forme speciale și-au pierdut din importanță sau actualitate, ci se revine astfel la modelul îmbrățișat de Codul penal de la 1968, în forma sa inițial adoptată, potrivit căruia infrațiunea de înșelăciune prin cecuri, nu a mai fost prevăzută în mod separat, considerându-se că ea constituie o înșelăciune și poate fi sancționată ca atare.

Un argument în plus spre deosebire de situația actuală, în dispozițiile articolului 244 din Noul Cod penal este menținută, ca formă agravată, doar înșelăciunea săvârșită prin folosirea de nume sau calități mincinoase ori de alte mijloace frauduloase, renunțându-se la forma agravată a infrațiunii din art. 215 alin. 5 din actuala reglementare- fapta de înșelăciune care a avut consecințe deosebit de grave. În același timp, ca element de noutate sub aspect procesual, în cazul infrațiunii de înșelăciune s-a prevăzut că împăcarea înlătură răspunderea penală, aspect care se regăsește și în cazul înșelăciunii privind asigurările.

De lege ferenda, s-ar putea avea în vedere următoarele precizări referitoare la viitoarea reglementare a înșelăciunii:

- Orientarea legiuitorului spre limite mai puțin „drastice” privind pedeapsa privării de libertate. Argumentul pe care îl aduc în sprijinul acestei propuneri este acela că înșelăciunea este o infracțiune îndreptată împotriva patrimoniului ca valoare socială supremă. Scopul pedepsei trebuie să fie acela de restaurare a relațiilor sociale încălcate, obiectiv care sunt de părere că, în cazul înșelăciunii, doar în ultimă instanță poate fi atins prin aplicarea unei pedepse privative de libertate. Cred, totuși, că pedeapsa închisorii ar trebui menținută, dar limitele speciale să fie reduse. În aceasta ordine de idei sunt de părere că abordarea din Noul Cod Penal este mai potrivită.

Cred însă că s-ar impune ca pe viitor legiuitorul să ofere ca soluție cumularea închisorii cu pedeapsa amenzii, instanțele putând să le aplice pe oricare dintre ele sau cumulativ în funcție de circumstanțele concrete ale săvârșirii faptei.

- Introducerea măsurii confiscării speciale credem că se impune tot în ideea susținerii unei sancțiuni pecuniare care să fie aplicată pentru înșelăciune, dar ca mijloc de protecție a victimei având ca finalitate supremă restabilirea relațiilor patrimoniale încălcate. Cred că această măsură poate fi introdusă de legiuitor în viitoarea reglementare a înșelăciunii și pentru motivul că varianta tip a

înșelăciunii impune, sub aspectul laturii subiective, ca acțiunea de „înșelare” să se facă în scopul dobândirii unui folos patrimonial.

- Consider că ar fi de folos precizarea de către legiuitor pe viitor a noțiunilor de „nume și calități mincinoase” precum și a „mijloacelor frauduloase”. Această soluție se impune în contextul alinierii legislației române la legislația europeană. Orice lege, mai ales cele care au o importanță deosebită, cum este și cazul Codului Penal, trebuie să precizeze înțelesul termenilor cu care operează. Prin acest procedeu se limitează și eventualele interpretări contradictorii oferite de soluțiile jurisprudenței, în contextul în care România se confruntă cu problema practicii judiciare neuniforme.

Dincolo de orice discutii referitoare la propuneri de lege ferenda ce s-ar putea face în legătură cu infracțiunea de înșelăciune, achiesez la soluțiile impuse de noile reglementări introduse prin noua legislație, respectiv prin Noul Cod penal, deoarece, sunt de părere că, în actualul stadiu de democrație a societății românești, care se vrea a fi la curent cu practicile europene, aceste soluții reprezintă modul de realizare a armonizării legislației interne cu legislația europeană pentru a se înlătura astfel divergențele de jurisprudență neuniformă.

Referințe bibliografice

- Vasile Dobrinou, Ilie Pascu, Mihai Adrian Hotca, Noul Cod penal comentat. Vol. II, Partea specială, Universul Juridic, București, 2012
- Tudor, Georgiana Înșelăciunea în convenții, Editura Hamangiu; București, 2007
- Ilie Pascu, Mirela Gorunescu, Drept penal. Partea specială, Editura Hamangiu, București, 2008
- Gheorghe Nistoreanu, Alexandru Boroi, Drept penal. Partea specială, Ediția a II-a, Editura All Beck, București, 2002
- Toader Tudorel, Drept Penal Român, Partea Specială, Ediția a V-a, revizuită și actualizată, Editura Hamangiu, 2011
- Horațius Dumbravă, Infracțiunea de înșelăciune. Controverse., R.D.P. Nr4/1998, București
- Cioclei Valerian. Drept Penal. Partea Specială. Infracțiuni contra patrimoniului. Editura C.H.Beck, 2011

DELIMITĂRI ÎNTRE INFRAȚIUNEA DE LUARE DE MITĂ ȘI INFRAȚIUNEA DE TRAFIC DE INFLUENȚĂ

Claudia BABA și Alexandru Bogdan OINAC*

Abstract

Această lucrare are la bază studierea fenomenului de corupție în societate, atât la nivel național cât și internațional, descriind pe scurt factorii și cauzele care o generează, efectele și măsurile de prevenire și combatere ce pot fi întreprinse. Esența studiului o constituie surprinderea elementelor ce caracterizează cele două mari infracțiuni, luarea de mită și traficul de influență, infracțiuni ce conturează ceea ce numim corupție. Cele două infracțiuni analizate includ faptele și actele unor indivizi care, profitând de funcția și de poziția lor socială, acționează pentru obținerea unor avantaje personale prin mijloace ilicite.

Cuvinte cheie: corupție, luare de mită, trafic de influență, poziție socială, mijloace ilicite.

I. Aspecte generale privind corupția

1. Concept

Corupția reprezintă “folosirea abuzivă a puterii încredințate, fie în sectorul public, fie în cel privat, în scopul satisfacerii unor interese personale sau de grup”¹.

Corupția îmbracă forma unui fenomen deosebit de grav, capabil să submineze structurile de putere ale statului, realizarea reformei și progresului social, incluzând toate faptele și actele unor indivizi care, profitând de funcția și de poziția lor socială, acționează pentru obținerea unor avantaje personale prin mijloace ilicite.²

Din punct de vedere crimonologic, corupția reprezintă o stare de abatere de la moralitate, cinste și datorie, o încălcare a limitelor sociale.³

În lucrarea intitulată „Despre infracțiuni și pedepse”, apărută în anul 1764, Cesare Beccaria atacă arbitrariul și corupția sistemului judiciar și penitenciar din epoca sa, militând pentru tratament judiciar egal și pentru respectarea demnității ființei umane.⁴ Acesta susține că “neclaritatea legilor este un rău pentru că împiedică pe cetățean să afle care îi sunt limitele libertății sale”, de aceea statul trebuie să se preocupe în egală măsură de legăturile existente între corupție și celelalte forme ale criminalității, în special criminalitatea organizată și criminalitatea economică, inclusiv spălarea banilor.⁵

* Studenți ai Facultății de Drept, specializarea Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: meyo_claudia@yahoo.it, alexandru_bog2005@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.- univ. drd. Sinescu Mircea Constantin; (e-mail: mc_sinescu@yahoo.com).

¹ Transparency International Romania, “Ghid anticorupție în justiție pentru cetățeni și oameni de afaceri”, 2006, pag. 4.

² Aneta BARBU, “Implicațiile fenomenului de corupție în viața economică, politică, socială și juridică - Buletin documentar și de informare privind activitatea de prevenire și combatere a corupției, Direcția Generală Anticorupție”, nr. 1(6), 2010, pag. 160 și 171.

³ Emilia MĂDULĂRESCU, „Traficul de influență, Studii de doctrină și jurisprudență”, Editura Hamangiu, București, 2006, pag. 6.

⁴ Gheorghe NISTOREANU și Costică PĂUN, „Criminologie”, Editura Europa Nova, Ediție revizuită și adăugită, București, 2000, pag. 261.

⁵ Dorin CIUNCAN, „Criminologia corupției – Studiu privind cauzele care generează și condițiile care favorizează corupția”, 2006, pag. 4, <http://www.jdsupra.com/legalnews/etiologia-coruptiei-criminologie-62987>.

O categorie aparte de criminalitate o constituie cea a “gulerelor albe”, criminologul american Edwin Sutherland (în lucrarea „White collar criminality”, apărută în 1940) o definește ca fiind o infraționalitate săvârșită de persoane socialmente respectabile, care ocupă un statut social elevat (oameni care, prin poziția lor socială înaltă în mediul de afaceri, domeniul politic sau aparatul de stat, inclusiv cu atribuții în descoperirea și combaterea criminalității, sunt deasupra oricăror bănuieli).

Acest tip de criminalitate se realizează prin ignorarea și prin interpretarea falsă a legii, făcându-se o confuzie voită între limitele licitului și ale ilicitului, uneori profitându-se de ambiguitatea unor legi adoptate, parcă în mod voit, în interesul acestei categorii favorizate.¹

2. Factori și cauze ale corupției

Corupția este determinată de o serie de **factori** generați de specificul tranziției ce caracterizează societatea românească actuală, cei mai semnificativi fiind²:

a) **negarea ordinii sociale și a legilor**, ceea ce conduce la procese distructive, care nu sunt urmate în timp util de procese de restructurare, pe baze noi, a statului de drept. Deoarece nu a fost explicită și clară politica statului față de privatizare lasă un mare spațiu de manevră pentru faptele de corupție. Vidul legislativ a încurajat disoluția ilicită a avutului public, iar degradarea economică a favorizat apariția omului de afaceri necinstit, agresiv, incapabil să recunoască valoarea unei norme legale sau morale;

b) **sărăcia generalizată** determină o anumită toleranță față de corupție și lipsa unor grupuri sociale cu interese bine precizate care să susțină valori opuse acesteia;

c) **criza instituționalizată**, în special la nivel local, constă în scăderea controlului social, normativ și criza de autoritate și credibilitate a unor instituții sau organe;

d) **slaba influență a normelor legale asupra conduitei indivizilor**;

e) **descentralizarea deciziilor și a structurilor administrative**, precum și autonomia funcțională și liberalizarea economiei la nivelul instituțiilor publice și al agenților economici, în condițiile lipsei de fermitate și de autoritate a organelor de control și instituțiilor publice;

f) **întârzierea restabilirii legalității încălcate în absența unei legislații corespunzătoare**.

Factori criminogeni ai corupției: economici (nivelul de trai, crizele economice), demografici (rata natalității, mobilitatea socială și urbanizarea), socio-culturali (familia, nivelul de instruire școlară, discriminarea, specificul național, influențele criminogene internaționale, profesia) și politici.

Nivelul de trai trebuie privit din două perspective: una obiectivă și alta subiectivă. Din punct de vedere obiectiv ne raportăm la un nivel de trai mediu într-o societate sau epocă dată. Dimensiunea subiectivă se referă la percepția individuală, același salariu poate fi considerat foarte bun de unele persoane, în timp ce altele îl apreciază insuficient pentru un trai decent. Astfel, sărăcia sau dorința permanentă de îmbogățire îi determină pe oameni să recurgă la corupție.³

Rapiditatea transformărilor social-culturale din mediul urban corelată cu scăderea controlului social atât informal cât și formal a avut ca efect creșterea delincvenței.⁴

Familia, celula de bază a societății, are rolul de socializare imprimând copilului un anumit standard valoric.⁵ Încă de la vârstă fragedă individul învață ce înseamnă integritate morală și cum să comporte în societate. Copilul/majorul de mai târziu imită/aplică ce vede/învață în familie.

Rolul școlii este acela de a educa copiii într-o societate democratică și transparentă, bazată pe o justiție incoruptibilă. Instituția de învățământ trebuie să ajute individul să-și dezvolte propria

¹ Gheorghe NISTOREANU și Costică PĂUN, *op. cit.*, pg. 157-158.

² <http://orice.info/economie/coruptia-in-societatea-romaneasca>, “Corupția în societatea românească”, 2011.

³ *Ibidem*, pag. 261.

⁴ *Idem*, pag. 151.

⁵ *Idem*, pag. 152.

personalitate prin raportarea la valori și virtuți morale, să promoveze înțelegerea diversității și să combată prejudecățile, intoleranța și extremismul.

Încă din primii ani de școală unii elevi înțeleg că pot absolvi clasa sau obține rezultate bune la învățătură în schimbul unor sume de bani sau altor foloase acordate profesorului.

În ce privește **discriminarea**, organele judiciare penale nu aplică, întotdeauna, legea în mod echitabil. Astfel, în timp ce față de infractorii care săvârșesc fapte minore urmărirea penală și judecata se desfășoară, în cea mai mare parte, în regim de urgență, iar sancțiunea este promptă și exemplară, uneori chiar depășind gravitatea infracțiunii, infractorii din domeniul afacerilor și politicului beneficiază de o oarecare „îngăduință” și de sancțiuni „blânde”, chiar dacă infracțiunile comise prezintă un grad de pericol social ridicat.¹

Criminologul american Edwin Sutherland (în lucrarea „White collar criminality”, apărută în 1940) afirmă că „în general **profesia**, funcția, creează contextul, prilejul și uneori chiar motivarea săvârșirii delictelor, transpunerea în practică a faptelor ilicite realizându-se direct sau indirect în cadrul unui ansamblu relațional. Poziția socială a persoanei, precum și angrenajul socio-economic-politic din care face parte împiedică înfăptuirea justiției penale.”²

Majoritatea profesiilor ofera condiții pentru săvârșirea de infracțiuni. Fie că mergem la medic, la secretara de la școala copilului, la un funcționar care trebuie să ne elibereze un act ori la cel care percepe o taxă ori o amendă, fie că vrem sau nu, ne lovim de șpagă, mită, atenție, ciubuc sau cadou.³

Aceasta este și o problemă de **mentalitate** care determină gradul de acceptare și tolerare a corupției. Cetățenii români simt nevoia să dea mită medicilor considerând că aceștia își vor îndeplini corespunzător profesiei atribuțiile de serviciu, medicii (majoritatea acestora), la rândul lor, sunt obișnuiți să primească bani sau alte foloase necuvenite în schimbul prestației.

Lupta politică strânsă pentru câștigarea puterii i-a îndepărtat pe politicieni de problemele importante ale societății, aceștia recurg la “motivații financiare” ilegale acordate cu ocazia desfășurării campaniilor electorale ori apelează la intervenția ca/unor persoane influente în numirea în posturi cheie de conducere a magistraților, polițiștilor și a altor funcționari publici. Lipsa de coerență și tensiunile din cadrul partidelor politice i-a determinat pe membrii acestora să se abată de la scopul comun: ocrotirea valorilor sociale trainice, element care a încurajat corupția.⁴

Corupția se manifestă cu o mare frecvență în sectorul economic, deoarece aici predomină încă proprietatea de stat, unde conducătorii întreprinderilor sunt asimilați funcționarilor publici iar pentru unii dintre acești funcționari, a devenit o practică curentă pretinderea sau primirea de bani sau alte foloase necuvenite în scopul îndeplinirii sau neîndeplinirii unor activități la care sunt obligați prin statutul profesional sau sarcinile stabilite prin lege.⁵

Cauzele economice sunt determinante pentru fenomenul corupției, în geneza acestuia, factorul cauzal cel mai important fiind procesul de sărăcie extremă. Utilizarea corupției este o consecință a goanei după resurse suplimentare de câștig în condițiile unei vieți care se deteriorează de la o zi la alta, sărăcind marea majoritate și îmbogățind un grup restrâns de indivizi.

Cauzele de ordin juridic în amploarea luată de corupție sunt: absența unui cadru legislativ adecvat; deficiențele legislative existente; insuficiența instituțiilor de control social; toleranța excesivă a autorităților în aplicarea sancțiunilor; încălcarea constantă a legislației de către cei care urmăresc obținerea de profituri ilegale; absența unor instituții și mecanisme de control adecvate situației concrete din România.

¹ **Gheorghe IVAN**, „Bancruta – o infracțiune specifică mediului de afaceri”, Revista de drept penal, Anul XVII, Nr. 2/2010.

² **Gheorghe NISTOREANU și Costică PĂUN**, *op. cit.*, pag. 254.

³ <http://blog.cristian-ducu.ro/2012/07/18/despre-coruptie-in-romania/>, “Despre corupție în România”, 2012.

⁴ **Vasile DOBRINOIU**, „Corupția în dreptul penal român”, Editura Atlas Lex, București, 1995, pag. 53-54.

⁵ **Aneta BARBU**, *op. cit.*, pag. 157.

Cauzele de ordin moral: dorința de parvenire și îmbogățire rapidă, prin mijloace ilicite; deficiențele morale generale ale indivizilor (lăcomia, necinstea, imoralitatea, etc.); mentalitățile moștenite din perioada regimului totalitar; lipsa de moralitate a factorilor de putere și a celor de control social; criza morală generală cu care se confruntă societatea românească; defectele tradiționale ale cetățenilor români; influențele străine asupra stării de moralitate a cetățenilor; pasivitatea opiniei publice față de fenomenul corupției.

În dezvoltarea fenomenului de corupție un rol important îl are și **cauzele de ordin politic:** lipsa de competență și de fermitate a autorităților politice și economice în exercitarea unui control social eficient; starea de haos, dezordine și anarhie a țării noastre ca urmare a practicii instituite de regimul politic postrevoluționar; implicarea directă a puterii și liderilor politici în acte de corupție; perpetuarea vechilor structuri comuniste la nivelul puterii; ineficiența funcționării instituțiilor politice; „setea” de putere politică, chiar cu riscul tolerării actelor de corupție; ritmul lent imprimat de autorități în procesul de democratizare a țării.¹

3. Efecte ale corupției

Cel mai grav efect al corupției este acela că împiedică libera competiție iar odată cu reducerea acesteia, calitatea bunurilor și serviciilor scade.

În statele corupte, comunitatea de afaceri trebuie să aloce fonduri pentru corupție, ceea ce reduce investițiile realizate de companie și ca urmare și produsul național brut.

Acolo unde se tolerează corupția, funcționarii publici primesc salarii reduse, însă economiile bugetare realizate astfel vor fi cheltuite de cetățenii de rând care vor trebui să le plătească din buzunarul propriu sub formă de mită.

Investitorii străini au mai puțină încredere în stat și contribuția lor la economia statului respectiv descrește.

Influența corupției asupra guvernării statului se reflectă în:

- investiții de stat mai reduse și mai puțină eficiență a lucrărilor comandate de stat;
- domeniile de activitate și structura cheltuielilor sunt supuse schimbărilor – funcționarii publici corupți promovează;
- proiecte care garantează caștiguri mai mari pentru ei;
- guvernul corupt este slab și constrâns;
- interesul oficialilor publici pentru caștigurile personale îngrădește gândirea strategică în termenii nevoilor statului, de aceea problemele economice și sociale vor suferi de lipsă de atenție adecvată; calitatea serviciilor publice se deteriorează.

Consecințe socio-politice:

- neavând încredere în politicienii și funcționarii publici corupți, cetățenii își pierd încrederea în stat;
- va exista mai puțină implicare în activitățile publice și mai puțin interes pentru activitatea organelor democratice;
- va exista o competiție politică mai redusă când ideologiile autocrate devin mai populare;
- crește tensiunea socială și descrește stabilitatea politică a țării.²

4. Instituții cu rol în combaterea corupției

Direcția Națională Anticorupție – este o structură de parchet specializată în combaterea faptelor de corupție de nivel înalt și mediu, investigarea infracțiunilor împotriva intereselor financiare

¹ <http://orice.info/economie/coruptia-in-societatea-romaneasca>, “Corupția în societatea românească”, 2011.

² http://www.sdcentras.lt/antikorupcija/en/tp1/Publication_Ro.pdf, “Educație împotriva corupției, Material metodologic pentru învățământul preuniversitar și superior”, 2006, pag. 15 și 16.

ale Comunităților Europene, precum și anumite categorii de infracțiuni grave de criminalitate economico-financiară.¹

Direcția Generală Anticorupție (Ministerului Administrației și Internelor) - obiectivul său este acela de a preveni și combate faptele de corupție în care pot fi implicați funcționarii Ministerului Administrației și Internelor.²

Agenția Națională de Integritate – scopul acesteia este asigurarea integrității în exercitarea demnităților și funcțiilor publice și prevenirea corupției instituționale, prin exercitarea de responsabilități în evaluarea declarațiilor de avere, a datelor și informațiilor privind averea, precum și a modificărilor patrimoniale intervenite, a incompatibilităților și a conflictelor de interese potențiale în care se pot afla persoanele prevăzute la articolul 1 din legea nr. 176/2010, pe perioada îndeplinirii funcțiilor și demnităților publice.³

Ministerul Justiției - în domeniul elaborării de strategii și programe și al prevenirii și combaterii criminalității și corupției:

a. stabilește măsurile ce urmează a fi cuprinse în programul de guvernare și în programul legislativ al Guvernului în domeniul justiției;

b. elaborează, coordonează și monitorizează implementarea strategiilor, programelor și planurilor de prevenire a criminalității și corupției; analizează și evaluează rezultatele, efectele și impactul produs de strategiile, programele și planurile de prevenire a criminalității și corupției;

c. inițiază și dezvoltă programe cu organizații guvernamentale și neguvernamentale, cu atribuții în domeniul studierii și prevenirii criminalității și corupției;

d. elaborează strategii și programe în concordanță cu documentele Organizației Națiunilor Unite, ale Organizației pentru Securitate și Cooperare în Europa și ale Consiliului Europei, cu normele dreptului comunitar, precum și cu procedurile jurisdicțiilor internaționale acceptate;

e. negociază, implementează și monitorizează programele internaționale de asistență tehnică și financiară pentru sistemul justiției, prevenirea criminalității și corupției.⁴

Oficiul Național de Prevenire și Combatere a Spălării Banilor - are rol de lider în elaborarea, coordonarea și implementarea sistemului național de combatere a spălării banilor și finanțării terorismului.⁵

Garda Financiară - este instituție publică de control, cu personalitate juridică, care exercită controlul operativ și inopinat pentru a preveni, descoperi și combate acte și fapte din domeniul economic, financiar și vamal, care cauzează evaziune și fraudă fiscală.⁶

5. Măsuri de prevenire și combatere a corupției:

- consolidarea transparenței, a cooperării inter-instituționale și internaționale;
- creșterea transparenței privind beneficiarii sumelor provenite de la UE, precum și a acțiunilor întreprinse de instituțiile cu atribuții operaționale în protecția intereselor financiare ale UE în România;⁷
- creșterea gradului de informare și conștientizare a cetățenilor asupra efectelor corupției;

¹ http://www.pna.ro/faces/about_us.xhtml, „Cu ce se ocupă DNA?”.

² <http://www.mai-dga.ro/index.php?l=ro&t=34>, „Informații generale, Misiune”.

³ <http://www.integritate.eu/home/despre/structura-organizatorica.aspx>, „Ordin privind aprobarea Regulamentului de organizare și funcționare al Agenției Naționale de Integritate, Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 35/14.01.2011.

⁴ <http://www.just.ro/MinisterulJusti%C8%9Biei/Organizare/Atribu%C5%A3iileprincipalealeMJ/tabid/787/Default.aspx>, „Atribuțiile principale ale Ministerului Justiției”.

⁵ <http://www.onpcsb.ro/html/prezentare.php>, „Rolul oficiului național de prevenire și combatere a spălării banilor”.

⁶ <http://gardafinanciara.ro/despre-noi/rol-si-atributii>, „Rol și atribuții”.

⁷ <http://www.mai-dga.ro/index.php?l=ro&t=68>, “Strategia Națională Anticorupție pe perioada 2012-2015”.

- înăsprirea sancțiunilor disciplinare pentru încălcarea normelor de conduită profesională prevăzute de lege;
- specializarea procurorilor și judecătorilor în domenii specifice precum achiziții publice, fonduri europene, autorizarea construcțiilor și planificare urbană, etc;
- orientarea investigațiilor anti-corupecție către sectoarele unde corupția are impactul cel mai grav asupra vieții oamenilor;
- abrogarea din Constituție a art. 109, alin. 2 care prevede o procedură specială pentru începerea urmăririi penale în cazul miniștrilor;
- realizarea corectă și eficientă a investițiilor publice;
- reducerea birocrăției
- generalizarea utilizării tehnicii speciale de investigații denumită „mită fictivă”, prin intermediul agenților sub acoperire, împotriva tuturor persoanelor asupra cărora există suspiciuni de corupție.¹

6. Studii privind situația corupției în România

România ocupă locul 66 în clasamentul Transparency International 2012, din cele 176 de state supuse studiului privind percepția corupției, obținând un scor de 44 de puncte (43 este punctajul mediu la nivel global), fiind la egalitate cu Arabia Saudita și Kuwaitul și în urcare cu nouă poziții față de anul precedent.²

Conform unui index de calcul european al Centrului pentru Studiul Democrației de la Sofia, apărut în 2012, corupția în România atinge 31 de puncte (în timp ce media europeană se situează la 8 puncte), situându-se pe ultimul loc printre țările Uniunii Europene.³

În fiecare an, prejudiciile aduse economiei uniunii celor 27 de națiuni de către acest tip de criminalitate se ridică la aproximativ 120 de miliarde de euro, respectiv 1% din PIB-ul UE, această cifră este doar puțin mai mică decât bugetul anual al Uniunii.⁴

În 09 decembrie 2009 Comisia Europeană a publicat rezultatele studiului „Atitudinea europenilor față de corupție” care reafirmă intenția de a reduce corupția la toate nivelurile instituționale (comunitar, național, regional și local). Pentru România, rezultatele studiului se prezintă astfel:

– 93% dintre români consideră corupția ca fiind o problemă majoră, în timp ce europenii împărtășesc această opinie numai în proporție de 78%;

– 53% dintre români – mai puțin cu 4 procente decât rezultatul din Uniunea Europeană – consideră că darea și luarea de mită, precum și abuzul de putere în scop personal sunt larg răspândite în rândul politicienilor la nivel național. Cele mai mari procente s-au înregistrat în ceea ce privește răspândirea acestor fenomene în rândul celor care lucrează în poliție și justiție (68%, respectiv 60%). În schimb, la nivel comunitar, numai 39%, respectiv 37% dintre intervieuați au apreciat că există corupție în poliție și justiție.⁵

Potrivit unui raport al Direcției Naționale Anticorupție, în perioada august 2006 - octombrie 2012, au fost trimise în judecată peste 4.700 de persoane pentru fapte de corupție, asociere, asimilate

¹http://e-juridic.manager.ro/articole/solutii-actiuni-sau-masuri-anticoruptie_prioritatile-ong-7125.html, “Soluții, acțiuni sau măsuri anticorupție – Prioritățile ONG”, 2011.

²http://www.transparency.org.ro/politici_si_studii/indici/ipc/2012/CPI2012_Press%20Release_PresentationRO.pdf, “Prezentare Indicele de percepție a corupției 2012”.

³<http://www.ziare.com/stiri/coruptie/coruptia-din-bulgaria-de-3-ori-mai-mare-decat-media-europeana-vezi-cum-sta-romania-1192069>, “Corupția din Bulgaria, de 3 ori mai mare decât media europeană - Vezi cum stă România”, 2012.

⁴<http://setimes.com/cocoon/setimes/xhtml/ro/features/setimes/features/2011/06/13/feature-04>, “UE anunță un nou pachet anticorupție”, 2011.

⁵<http://www.dae.gov.ro/articol/761/atitudinea-europenilor-fata-de-coruptie>, “Atitudinea europenilor față de corupție”, 2009.

sau în legătură cu faptele de corupție. Din acestea, aproximativ jumătate dețineau poziții importante de decizie sau control, la nivel central sau local. Spre exemplu, au fost deferiți Justiției, pentru fapte de corupție, 23 de membri ai Parlamentului, 15 miniștri și secretari de stat, 8 prefecți/subprefecți și tot atâția președinți de Consilii Județene, precum și 9 directori de agenții naționale cu rang de secretar/subsecretar de stat, 40 de șefi de companii naționale și regii, precum și 25 de directori de instituții publice. Aceștia li se adaugă peste 100 de primari, peste 50 de magistrați, 500 de ofițeri de poliție și numeroși vameși, inspectori fiscali, comisari de Gardă Financiară etc.¹

Conform raportului DNA 2012, prin cele 234 de rechizitorii, au fost deduse judecății un număr 1.924 de infracțiuni (față de 2.560 infracțiuni în anul 2011 și 1.870 în 2010), dintre acestea vizează 811 infracțiuni prevăzute în Legea nr.78/2000 (1.699 în 2011 și 1.007 în 2010), din care: 312 - infracțiuni de corupție (648 în anul 2011 și 467 în 2010), respectiv 103 - luare de mită, 90 - trafic de influență, 86 - dare de mită, 26 - cumpărare de influență, 7 - primire de foloase necuvenite.²

În cadrul proiectului “Studiu diagnostic privind fenomenul de corupție în administrația publică locală” (Beneficiar al proiectului: Ministerul Administrației și Internelor), a fost realizat un raport privind percepția asupra corupției (2012) și reies următoarele:

- cele mai grave probleme ale României sunt lipsa locurilor de muncă și corupția, astfel 87,5% din populație apreciind că nivelul acestor fenomene este "ridicat" sau "foarte ridicat;
- aproape trei sferturi dintre cetățeni (72,7%) spun că cea mai frecventă faptă este traficul de influență, fapt confirmat și de mai mult de o treime dintre reprezentanții administrației publice locale – APL (34,6%), care declară că se întâmplă ca problemele cetățenilor să fie rezolvate prin intermediul unui coleg din administrație;
- cel mai ridicat nivel de corupție îl regăsim în Guvern – (28,9% - Populație Generală și 28,4% angajați APL), pe următoarele locuri aflându-se Parlamentul (cu 11,7% și respectiv 7,8%), Sistemul de sănătate (cu 10,3% și respectiv 13,4%) și Instanțele de Judecată (cu 7,7% și respectiv 13,4%).³

II. Reglementarea corupției la nivel național și internațional – evoluție

1. Reglementarea corupției la nivel național

a) În *vechiul drept românesc* corupția apare incriminată, pentru prima dată, în perioada domniilor fanariote și cunoaște o răspândire vastă în a doua jumătate a secolului al XVI-lea, când diferența între daruri oficiale și neoficiale era greu de determinat, persoanele oficiale pretinzând daruri în mod fățiș.

“*Pravilniceasca Condică*” (din anul 1780 în timpul domnitorului Alexandru Ion Ipsilante), în articolul 7, interzicea sub pedeapsă grea, fără a o determina, luarea și darea de mită a judecătorilor. Era incriminată și fapta de trafic de influență a reclamantului sau apărătorului constând în apelarea la un alt treilea pentru a-i cere să pună influența sa în joc.

În “*Condica Criminalicească și procedura ei*” (din anul 1826, apărută în Moldova, sub domnia lui Ioan Sandu Sturza) se sancționau faptele funcționarilor care, pentru daruri sau alte avantaje materiale, facilitau evadarea condamnaților ce se aflau sub supravegherea lor.

¹<http://www.infolegal.ro/dna-a-publicat-un-raport-privind-activitatea-institutiei-in-perioada-august-2005-octombrie-2012/2012/10/10/>, „DNA a publicat un raport privind activitatea instituției în perioada august 2005 – octombrie 2012”, 2012.

² http://www.pna.ro/bilant_activitate.xhtml?id=25, „Raport privind activitatea de desfășurare DNA,” 2012

³ Ministerul Administrației și Internelor, „Studiu privind corupția din Administrația publică locală – raport sintetic”, 2012, pag.18 și 19.

„*Condica de drept penal și procedură penală*” (din anul 1852, Barbu Știrbei) penaliza corupția pasivă și activă cu pedepse diferite din punctul de vedere al gravității, mituitorul fiind considerat mai periculos decât mituitul și pedepsit mai aspru.¹

b) *Codul penal din 1865 (Codul Cuza)* incrimina numai corupția pasivă (luarea de mită) dar, în schimb sancționa traficul de influență, fiind considerată o inovație a legiuitorului de atunci, alternativă la corupția activă. El renunță la noțiunea de "funcționar public" existentă în *Condica de drept penal și procedura penală*, pentru a se referi la funcționarul administrativ și judecătoresc, la "agentul sau însărcinatul" unei administrații publice, etc.²

c) *Codul penal din 1937 (Codul penal Carol al-II-lea)* sancționa și darea de mită, punând capăt multor controverse din doctrina și practica judiciară. Se introduc pentru prima dată alături de pedepse, măsurile de siguranță, măsurile educative (pentru minori), pedepsele complementare și accesorii.³

d) *Codul penal din 1969* a fost elaborat sub influența ideologiei marxiste și a consacrat principiul legalității incriminării și a sancțiunilor de drept penal, precum și principiul individualizării pedepselor. Acesta introduce pentru prima dată infracțiunea de primire de foloase necuvenite.⁴

e) *Legislația ulterioară anului 1989*⁵

Legea nr. 65/1992 pentru modificarea și completarea Codului penal privind unele fapte de corupție face referire la schimbările aduse infracțiunilor de luare de mită, dare de mită, primire de foloase necuvenite, trafic de influență și fapte săvârșite de alți salariați prevăzute în Codul penal din 1969.

Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție menționează patru categorii de infracțiuni, și anume: infracțiuni de corupție, infracțiuni asimilate infracțiunilor de corupție, infracțiuni în legătură directă cu infracțiunile de corupție sau cele asimilate acestora și infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Comunităților Europene.

Legea nr. 571/2004 privind protecția personalului din autoritățile publice, instituțiile publice și din alte unități care semnalează încălcări ale legii reglementează unele măsuri privind protecția persoanelor care au reclamat sau au sesizat încălcări ale legii în cadrul autorităților publice, instituțiilor publice și al altor unități, săvârșite de către persoane cu funcții de conducere sau de execuție din autoritățile, instituțiile publice și din celelalte unități bugetare prevăzute la art.2 ale prezentei legi.

2. Reglementarea corupției la nivel internațional

• *Convenția Națiunilor Unite împotriva corupției, adoptată la New York la 31 octombrie 2003* a fost ratificată de România prin Legea nr. 365/2004 și are ca obiect:

a. promovarea și consolidarea măsurilor în scopul prevenirii și combaterii corupției în modul cel mai eficient;

b. promovarea, înlesnirea și sprijinul cooperării internaționale și asistenței tehnice în scopul prevenirii corupției și al luptei împotriva acesteia, inclusiv recuperarea de bunuri;

c. promovarea integrității, responsabilității și buneii gestiuni a afacerilor publice și a bunurilor publice.

• *Convenția penală privind corupția, adoptată la Strasbourg la 27 ianuarie 1999* a fost ratificată de România prin Legea 27/2002 și reprezintă un instrument juridic regional pentru întărirea

¹ Vasile DOBRINOIU, Mihai – Adrian HOTCA, Norel NEAGU, Marius MUREA, Costel CĂȘUNEANU, "Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție", Ed. Wolters Kluwer, București, 2005, pag. 49-51.

² *Idem*, pag. 51-53.

³ *Idem*, pag. 53-55.

⁴ *Idem*, pag. 55-57.

⁵ *Idem*, pag. 57-61.

cooperării internaționale (asistență mutuală, extrădare și furnizarea de informații) în investigarea și instrumentarea infracțiunilor de corupție. Totodată prevede dezvoltarea unor structuri anticorupție specializate și protecția persoanelor care colaborează cu autoritățile ce se ocupă de cercetarea sau instrumentarea cazului, strângerea de probe sau confiscarea bunurilor rezultate din comiterea infracțiunii.

• *Convenția civilă asupra corupției, adoptată la Strasbourg la 4 noiembrie 1999*, ratificată de România prin Legea nr. 147/2002, definește noțiunea de corupție și precizează ca fiecare parte să prevadă în dreptul său intern, mijloace eficiente în favoarea persoanelor care au suferit o pagubă rezultând dintr-un act de corupție, cu scopul de a le permite să își apere drepturile și interesele, inclusiv posibilitatea obținerii de daune-interese.¹

III. Delimitare între infracțiunea de luare de mită și infracțiunea de trafic de influență

1. Conținut constitutiv

Definiție

Conform art. 254 alin. (1) C. pen. luarea de mită constă în: “Faptă 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, de a nu îndeplini ori a întârzia îndeplinirea unui act privitor la îndatoririle sale de serviciu sau în scopul de a face un act contrar acestor îndatoriri, se pedepsește cu închisoare de la 3 la 12 ani și interzicerea unor drepturi”.²

În art. 254 alin. (2) este incriminată o variantă agravantă a infracțiunii, al cărei conținut este realizat dacă fapta în forma tipică este săvârșită de un funcționar public cu atribuții de control.³

Potrivit art. 257 alin. (1) C. pen., infracțiunea de trafic de influență constă în: “Primirea ori pretinderea de bani sau alte foloase, ori acceptarea de promisiuni, de daruri, direct sau indirect, pentru sine ori pentru altul, săvârșită de către o persoană care are influență sau lasă să se creadă 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 se pedepsește cu închisoare de la 2 la 10 ani”.⁴

Fapta prezintă două varietate agravante prevăzute în Legea nr. 78/2000.

Potrivit art. 7 alin. (3) se pedepsește mai grav traficul de influență săvârșit de o persoană care, potrivit legii, are atribuții de constatare sau sancționare a contravențiilor ori de constatare, urmărire sau judecată a infracțiunilor ori de un funcționar cu atribuții de control.

Se pedepsește de asemenea mai grav, potrivit art. 9 din lege, traficul de influență săvârșit în interesul unei organizații, asociații sau grupări criminale ori al unuia dintre membrii acesteia sau pentru a influența negocierile tranzacțiilor comerciale internaționale ori schimburile sau investițiile internaționale.⁵

Obiectul infracțiunii

Obiectul juridic generic al infracțiunii de luare de mită precum și cel al infracțiunii de trafic de influență este constituit din relațiile sociale care formează obiectul juridic comun al tuturor

¹ Vasile DOBRINOIU, Mihai – Adrian HOTCA, Norel NEAGU, Marius MUREA, Costel CĂȘUNEANU, *op.cit.*, pag. 61-65.

² Codul penal și Codul de procedură penală, Ed. a 24-a, Ed. Hamangiu, București, 2012.

³ Vasile DOBRINOIU, Mihai – Adrian HOTCA, Norel NEAGU, Marius MUREA, Costel CĂȘUNEANU, *op.cit.*, pag. 75.

⁴ Codul penal și Codul de procedură penală.

⁵ *Ibidem*, 141.

infracțiunilor care aduc atingere activității organizațiilor de stat, organizațiilor obștești sau altor activități reglementate de lege.¹

Obiectul juridic special al infracțiunii de luare de mită constă în relațiile sociale cu privire la bună desfășurare a activității de serviciu, relații care sunt incompatibile cu faptele funcționarilor de a condiționa îndeplinirea atribuțiilor de serviciu de primirea unor sume de bani, bunuri etc.²

Infracțiunea de trafic de influență are ca *obiect juridic special* relațiile sociale cu privire la desfășurarea activității unităților publice sau private în condiții în care să asigure încrederea și prestigiul de care să se bucure personalul acestora. Prin comiterea faptei de către subiectul activ se creează o stare de neîncredere în legătură cu corectitudinea funcționarului public sau funcționarului ori a altor salariați.³

În cazul infracțiunii de luare de mită obiectul infracțiunii penale este lezată de fapte comise de anumite persoane din interiorul organizațiilor, în timp ce la faptele de trafic de influență obiectul infracțiunii este vătămat prin fapte săvârșite de către persoane din afara organizațiilor în cauză.⁴

Obiectul material

În ceea ce privește obiectul material al celor două infracțiuni există mai multe păreri.

Într-o opinie, se apreciază că cele două infracțiuni de serviciu au obiect material când acțiunea făptuitorului privește în mod direct un bun, obiectul material constituindu-l chiar bunul în cauză.

În opinia contrară se consideră că atât infracțiunea de trafic de influență cât și infracțiunea de luare de mită, nu au, ca regulă, obiect material. Practic, în cazul infracțiunii de luare de mită, sumele de bani sau celelalte foloase, când constau în bunuri corporale (bani, titluri de valoare etc.), constituie bunurile dobândite prin săvârșirea infracțiunii. Bani și foloasele primite, pretinse, oferite sau date constituie obiectul mitei, iar nu obiectul material al infracțiunii de luare de mită.⁵ În ceea ce privește infracțiunea de trafic de influență, bunurile obținute prin săvârșirea acestei fapte nu constituie obiectul material al infracțiunii din moment ce acțiunea făptuitorului nu este îndreptată împotriva lor. Ele sunt dobândite prin săvârșirea infracțiunii de trafic de influență și nu sunt obiectul material al acesteia.

În concluzie, cele două infracțiuni sunt lipsite de obiect material întrucât acțiunea făptuitorului nu este îndreptată împotriva unei existențe corporale, ci împotriva unor valori sociale care nu au forma fizică sau materială.⁶

Subiecții infracțiunii

Subiectul activ. Subiectul activ al infracțiunii de luare de mită trebuie să aibă *calitatea de funcționar*, în cazul variantei simple, prevăzute de art. 254 alin. (1) C. pen., iar în cazul variantei agravate subiectul activ este necesar să fie *funcționar cu atribuții de control*. Conform art. 147 alin. (2) C. pen., prin “funcționar” se înțelege funcționarul public, precum și orice salariat care exercită o însărcinare în serviciul unei alte persoane juridice decât cele prevăzute la art. 145 C. pen. “Funcționarul public” este o 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 [art. 147 alin. (1) C. pen.].⁷

¹ Vintilă DONGOROZ, Ion OANCEA, Rodica STĂNOIU, Constantin BULAI, „Explicații teoretice ale Codului penal român, Partea specială”, Vol. IV, Ed. a 2-a, Ed. Academiei Române, Ed. All Beck, București, 2003, pag. 114.

² Tudorel TOADER, “Drept penal român. Partea specială”, Ed. a 4-a revizuită și actualizată, Ed. Hamangiu, București, 2009, pag. 271.

³ Ibidem, pag. 142.

⁴ Ibidem, pag. 77.

⁵ Vasile DOBRINOIU, Mihai – Adrian HOTCA, Norel NEAGU, Marius MUREA, Costel CĂȘUNEANU, *op.cit.*, pag. 78.

⁶ Horia DIACONESCU, “Infracțiuni de corupție sau cele asimilate sau în legătură cu acestea”, Ed. All Beck, București, 2004, pag. 106.

⁷ Vasile DOBRINOIU, Mihai – Adrian HOTCA, Norel NEAGU, Marius MUREA, Costel CĂȘUNEANU, *op. cit.*, pag. 78.

Spre deosebire de luarea de mită, infracțiunea de trafic de influență poate avea drept subiect activ nemijlocit (autor) orice persoană care are capacitatea de a răspunde penal, fără nicio altă condiționare.¹

Cerință esențială. Pentru a putea fi subiect activ nemijlocit se cere însă ca făptuitorul să aibă influență sau să lase să se creadă că are influență asupra unui funcționar sau alt salariat.

Prin expresia “lăsa să se creadă că are influență asupra unui funcționar sau alt salariat” se înțelege în genere că o persoană se lăuda că are trecere pe lângă un funcționar sau un alt salariat (afirmând de exemplu că datorită încrederii de care se bucură sau datorită rudeniei ori relațiilor personale pe care le întreține cu acel funcționar sau alt salariat poate determina la acesta o anumită atitudine ori poate obține o anumită rezolvare).

Prin expresia “are influență” se înțelege că acea persoană se bucură în mod real de încrederea funcționarului sau altui salariat, ori că bunele relații personale cu acesta corespund realității.²

Subiect activ poate fi chiar un funcționar, dar într-o asemenea ipoteză, acesta apare ca un simplu terț în raport cu funcționarul vizat să îndeplinească actul de serviciu.

Dacă însă fapta este săvârșită de un funcționar, iar acesta are și el atribuții în legătură cu actul pe care urmează să-l îndeplinească funcționarul de a cărui favoare se prevalează, există un concurs de infracțiuni, între luarea de mită și trafic de influență, cu condiția ca făptuitorul să fi asigurat persoana care va beneficia și de serviciile care intră în competența sa.

Astfel, prin decizia nr. 3690 din 10 noiembrie 2009, a Înaltei Curți de Casație și Justiție, secția penală, s-a stabilit că faptele persoanei, având calitatea de ofițer de poliție judiciară, de a pretinde și primi sume de bani, în scopul de a administra probe în favoarea uneia dintre părți ori de a nu administra probe în dosare penale, și de a pretinde și primi sume de bani lăsând să se creadă că are influență asupra procurorilor pentru a-i determina să adopte soluții de netrimiteră în judecată în dosare penale, întrunesc elementele constitutive ale infracțiunilor de luare de mită prevăzută în art. 254 alin. (1) și (2) C. pen. raportat la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 78/2000 și de trafic de influență prevăzută în art. 257 C. pen. raportat la art. 7 alin. (3) din Legea nr. 78/2000, aflate în concurs real de infracțiuni, potrivit art. 33 lit. a) C. pen.³

Așadar, la infracțiunea de luare de mită, subiectul activ nemijlocit este calificat iar la infracțiunea de trafic de influență poate fi orice persoană, existând o singură excepție cu privire la cea din urmă. În varianta agravată a infracțiunii de trafic de influență prevăzută în art. 7 alin. (3) din Legea nr. 78/2000, subiectul activ este calificat, acesta fiind un funcționar cu atribuții de control sau de constatare, urmărire sau judecare a infracțiunilor.⁴ Mituitorul nu este participant la infracțiunea de luare de mită, deoarece acesta este autor al unei infracțiuni distincte, darea de mită (art. 255 C. pen.).

În afara subiectului nemijlocit (autor), la comiterea infracțiunii de trafic de influență pot contribui și alți subiecți activi care au calitatea de instigatori sau complici.

În unele situații, autorul, după ce pretinde un anumit folos, pentru a determina pe un funcționar să facă un act care intră în atribuțiile sale de serviciu, primește banii ori alte bunuri prin intermediul altei persoane. În consecință persoana care a ajutat pe autor, în înțelegere cu acesta la primirea folosului, are calitatea de complice la infracțiunea de trafic de influență.

Când cel care a conceput infracțiunea de trafic de influență este chiar intermediarul care l-a determinat pe autor să comită cea a jutorului lui, atunci, în persoana intermediarului se vor cumula calitățile lui de instigator și complice, dar întrucât instigarea absoarbe complicitatea, el va răspunde numai pentru instigare.⁵

¹ *Ibidem*, pag. 106.

² **Vintilă DONGOROZ, Ion OANCEA, Rodica STĂNOIU, Constantin BULAI**, *op. cit.*, pag. 134.

³ www.scj.ro

⁴ **Vintilă DONGOROZ, Ion OANCEA, Rodica STĂNOIU, Constantin BULAI**, *op. cit.*, pag. 143.

⁵ **Vasile DOBRINOIU, Mihai – Adrian HOTCA, Norel NEAGU, Marius MUREA, Costel CĂȘUNEANU**, *op. cit.*, pag. 143.

Persoana care cumpără influență reală sau presupusă a autorului infracțiunii de trafic de influență are calitatea de subiect activ al infracțiunii prevăzute în art. 6¹ din Legea nr. 78/2000 (cumpărarea de influență).¹

Astfel, acela care determină o persoană să-și exercite influență asupra unui funcționar, promițându-i, oferindu-i sau dându-i bani sau alte foloase în acest scop nu este considerat instigator la infracțiunea de trafic de influență prevăzută în alin. (1), ci autor al unei infracțiuni de sine stătătoare, prevăzută în legea specială (cumpărarea de influență).

În cazul infracțiunii de cumpărare de influență săvârșită prin intermediar, cumpărătorul este autor, iar nu instigator la acesta infracțiune; ca atare nu se poate spune că intermediarul ar fi fost instigat de către cumpărător. În realitate, intermediarul, deși înfăptuiește chiar acțiunea tipică prevăzută în textul de incriminare (darea banilor, de exemplu), efectuând această activitate ca un act de înlesnire a activității cumpărătorului de influență nu poate fi considerat decât un complice la infracțiune.²

Participația penală este posibilă sub toate formele sale (coautorat, instigator sau complice) în cazul ambelor infracțiuni analizate. Pentru existența coautoratului este necesar ca făptuitorul să aibă calitatea specială cerută de lege autorului.³

Subiectul pasiv. Atât infracțiunea de luare de mită cât și infracțiunea de trafic de influență au ca subiect pasiv principal autoritatea publică, instituția publică, instituția sau persoana juridică de interes public ori privată în cadrul căreia făptuitorul se află în exercitarea atribuțiilor de serviciu.⁴ În cazul infracțiunii de trafic de influență, subiectul pasiv secundar este funcționarul cu privire la care se pretinde că există o influență.

Latura obiectivă

Elementul material. Infracțiunea de luare de mită se poate realiza fie printr-o acțiune (comisiune), fie printr-o inacțiune (omisiune). Astfel, acțiunea se poate materializa în pretinderea sau primirea de bani sau alte foloase, ce nu i se cuvin funcționarului ori în acceptarea promisiunii unor foloase, iar inacțiunea poate fi realizată când funcționarul nu respinge promisiunea de bani sau alte foloase.⁵

Acțiunea de a pretinde. A pretinde înseamnă a cere ceva, a formula o pretenție. În această modalitate de săvârșire a infracțiunii, inițiativa aparține făptuitorului. Nu este necesar ca pretenția formulată de acesta să fie satisfăcută. În practica judiciară s-a considerat că infracțiunea se realizează prin: fapta unui funcționar de a solicita o sumă de bani cu titlu de împrumut, în scopul de a face un act contrar îndatoririlor sale de serviciu, deoarece întrebuintarea banicilor pentru o perioadă de timp este de natură să asigure un beneficiu împrumutatului, iar împrumutul constituie un folos în sensul dispozițiilor art. 254 C. pen.

Acțiunea de primire. A primi bani sau alte foloase înseamnă a lua asemenea lucruri în posesie de la o altă persoană care le oferă. Spre deosebire de acțiunea de pretindere, la care inițiativă aparține funcționarului, în cazul acestei modalități cel care are o astfel de inițiativă este mituitorul. Acțiunea de primire este una voluntară și spontană, deoarece acceptarea și primirea au loc în același timp.

¹ Potrivit art. 6¹ din Legea nr. 78/2000, "Promisiunea, oferirea sau darea de bani, de daruri ori alte foloase, direct sau indirect, unei persoane care are influență sau lasă să se creadă ca are influență asupra unui funcționar, pentru a-l determina să facă ori să nu facă un act ce intră în atribuțiile sale de serviciu, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 10 ani.

² Vasile DOBRINOIU, Mihai – Adrian HOTCA, Norel NEAGU, Marius MUREA, Costel CĂȘUNEANU, *op. cit.*, pag. 144.

³ Tudorel TOADER, *op. cit.*, pag. 273.

⁴ Mihail UDROIU, "Drept penal. Partea generală. Partea specială", Ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pag. 445.

⁵ *Ibidem*, pag. 85.

Ațiunea de primire trebuie dovedită de organele judiciare, în caz contrar impunându-se achitarea inculpatului. Astfel, într-o speță, instanța supremă a reținut că, la verificarea celor doi inculpați, asupra șefului de tren (inculpatul C.I.) nu s-au găsit sume de bani, situație confirmată de altfel și de martorii G.C., T.M.L. și C.L. care au indicat doar pe coinculpatul N.A. ca fiind persoana căruia i-au dat banii. Nici susținerea potrivit căreia controlul a fost efectuat de două persoane nu conduce la ideea că inculpatul C.I. ar fi luat banii sau ar fi fost de acord cu luarea de bani de către celalalt coinculpat pentru a-i împărți ulterior. De altfel, din probatorii nu rezultă că cei doi inculpați au făcut controlul împreună, în același timp și în aceleași compartimente, iar pe de altă parte niciun martor nu-l indică pe inculpatul C.I. ca fiind cel ce a primit bani și nici elemente care să ateste că ar fi fost de acord cu activitatea colegului său.

De altfel, și din declarația lui V.E., membru al echipei de control, rezultă că, din atitudinea inculpatului, nu a tras concluzia că acesta ar fi fost implicat în activitatea de luare de mită, concluzia trasă atât din comportamentul, cât și modul de apărare a inculpatului. Mai mult, însuși coinculpatul N.A. recunoaște că la momentul când a luat bani de la călători nu efectua controlul cu inculpatul C.I. și nu știa unde se află în acel moment. În atare situație potrivit principiului în dubio pro reo, prezumția de nevinovăție profită inculpatului și pe cale de consecință, corect inculpatul a fost achitat de instanță.¹

Ațiunea de acceptare. A accepta o promisiune de bani sau alte foloase constă în exprimarea acordului sau consimțământului cu privire la oferirea făcută de mituitor. Și în acest caz, cel care are inițiativă este mituitorul. Acceptarea promisiunii poate fi expresă sau tacită, dar să nu fie vorba de o nerespingere, modalitate incriminată distinct de legiuitor.

Nerespingerea promisiunii. A nu respinge o promisiune de mită presupune atitudinea de pasivitate a funcționarului care nu-și manifestă dezacordul sau împotrivirea cu privire la promisiunea ce i-a fost făcută de mituitor. Inacțiunea de “nerespingere” presupune actul corelativ al ofertei de mită, astfel că ea nu constituie altceva decât o formă de acceptare tacită a promisiunii de mită.²

Cerințe esențiale:

a) fapta trebuie să aibă ca obiect bani sau alte foloase patrimoniale sau nepatrimoniale care nu sunt cuvenite în mod legal făptuitorului; în cazul în care banii sau valorile sunt cuvenite în mod legal (de pildă, notarul care solicită taxă pentru autentificarea unui act), fapta nu este tipică;

b) actul licit sau ilicit pentru a cărei îndeplinire, neîndeplinire sau întârziere se pretinde, primește, acceptă sau nu respinge promisiunea de bani sau alte foloase necuvenite trebuie să fie în cadrul atribuțiilor de serviciu ale funcționarului; neîndeplinirea acestei condiții poate conduce la reținerea săvârșirii infracțiunii de înșelăciune; în cazul în care actul pentru a crei îndeplinire, neîndeplinire ori întârziere funcționarul este mituit presupune săvârșirea unei infracțiuni (de pildă, fals material în înscrisuri oficiale ori falsul intelectual), acesta va fi reținut în concurs cu luarea de mită;

c) fapta tipică trebuie să fie săvârșită înainte sau concomitent cu îndeplinirea, neîndeplinirea sau întârzierea actului ce intră în atribuțiile de serviciu ale funcționarului; în cazul în care fapta este săvârșită după îndeplinirea actului se poate reține săvârșirea infracțiunii de primire de foloase necuvenite, cu excepția situației în care înțelegerea referitoare la primirea foloaselor a avut loc înaintea îndeplinirii actului.³

Pornindu-se de la regula potrivit căreia dacă legea nu distinge, nici interpretul nu poate face distincție (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), în doctrină se consideră, de către majoritatea autorilor, că foloasele avute în vedere de textul incriminator pot fi de orice natură (morală sau materială), existând de altfel și alte opinii (foloasele nu pot fi decât de natură materială).

¹ Vasile DOBRINOIU, Mihai – Adrian HOTCA, Norel NEAGU, Marius MUREA, Costel CĂȘUNEANU, *op. cit.*, pag. 86.

² *Idem*, pag. 87.

³ Mihail UDROIU, *op. cit.*, pag. 446.

Pentru evitarea oricăror discuții în literatura de specialitate și excluderea unor soluții diferite în practica judiciară, de *lege ferenda* se impune menționarea expresă în textul normei de incriminare că și bunurile imobile pot forma obiectul mitei, iar foloasele pot fi atât materiale, cât și de natură morală (de exemplu, favoruri sexuale sau obținerea unor avantaje de natură nepatrimonială).¹

Tot de *lege ferenda* se impune ca legiuitorul să precizeze în norma de incriminare ca anumite daruri sunt excluse. De pildă, florile sau mărișoarele. Pe de altă parte, nu poate fi admisă teza potrivit căreia trebuie să existe o oarecare proporție între folosul pretins, primit sau promis și valoarea actului de serviciu, deoarece legea nu pretinde o asemenea condiție, iar pe de altă parte orice retribuție are atâta un aspect obiectiv, cât și unul subiectiv.²

În cazul infracțiunii de trafic de influență, elementul material al laturii obiective constă în acțiunea de traficare a influenței, reală sau presupusă, pe lângă un funcționar care poate fi săvârșită alternativ prin primire ori pretinderea de bani sau alte foloase, ori acceptarea de promisiuni de daruri, pentru a-l determina să facă sau să nu facă un act care intră în atribuțiile de serviciu ale acestuia.³

Primirea ori pretinderea de bani sau alte foloase, ori acceptarea de promisiuni, de daruri, au același înțeles cu cele menționate la infracțiunea de luare de mită.

Cerințe esențiale:

În primul rând se cere ca subiectul activ să aibă influență ori să lase să se creadă că are influență asupra funcționarului.

A avea influență asupra unui funcționar înseamnă a avea trecere, a se bucura în mod real de încrederea acestuia, a fi în mod real în bune relații cu el. Făptuitorul va lăsa să se creadă că are influență asupra unui funcționar atunci când, fără a avea trecere pe lângă acel funcționar creează persoanei falsă impresie că se bucură de această trecere, că este în bune relații cu funcționarul, că se bucură de încrederea acestuia.

Condiția este realizată și în cazul în care făptuitorul nu dezmente afirmațiile făcute de o altă persoană că ar avea influență asupra funcționarului. Nu are relevanță dacă făptuitorul a precizat ori nu numele funcționarului, asupra căruia are influență, suficient fiind să-l fi determinat numai prin calitatea acestuia.⁴

În situațiile în care făptuitorul lasă să se creadă că are influență, deși nu are, este vorba și de inducere în eroare, de o înșelăciune pe care însă traficul de influență o absoarbe în conținutul său, întrucât prin incriminare s-a urmărit cu precădere ocrotirea prestigiului organizațiilor publice sau altor persoane juridice și al funcționarilor care asigură desfășurarea activității acestora.⁵

Deosebirea dintre infracțiunile de trafic de influență și înșelăciune constă în aceea că în cazul acesteia din urmă persoana înșelată este de bună-credință, fiind indusă în eroare de către făptuitor, câtă vreme beneficiarul traficului de influență urmărește obținerea, cu rea-credință a satisfacerii unui interes prin coruperea sau influențarea în alt mod a unui funcționar. Această din urmă infracțiune subzistă și în cazul în care făptuitorul se prevalează de un nume fictiv al funcționarului asupra căruia pretinde a avea influență, fiind suficient să menționeze atribuțiile acestuia, de natură a fi apte să rezolve interesele celui care solicită intervenția.⁶

O a doua condiție pentru existența infracțiunii de trafic de influență constă în aceea că subiectul activ să promită intervenția sa pe lângă un funcționar spre a-l determina să facă ori să nu facă un act ce intră în atribuțiile sale de serviciu.

¹ *Ibidem*, pag. 88.

² Vasile DOBRINOIU, Mihai – Adrian HOTCA, Norel NEAGU, Marius MUREA, Costel CĂȘUNEANU, *op. cit.*, pag. 99.

³ Horia DIACONESCU, *op. cit.*, pag. 111.

⁴ *Ibidem*, pag. 145.

⁵ Vasile DOBRINOIU, Norel NEAGU, „*Drept penal. Partea specială*”, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, pag. 492.

⁶ *Ibidem*, pag. 155.

Pentru a subzista această faptă trebuie ca organul de stat, instituția publică sau orice altă persoană juridică, din care face parte funcționarul asupra căruia autorul pretinde că are influență, să aibă competența de a efectua actul în vederea căruia se trafică influență. Dacă nu intră în atribuțiile de serviciu ale funcționarului, fapta va constitui infracțiunea de înșelăciune. Nu interesează dacă intervenția promisă a avut sau nu loc și nici dacă prin intervenție s-a urmărit efectuarea de către un funcționar a unui act legal sau a unui act ilegal și nici dacă acel act a fost sau nu efectuat.¹

În fine, o altă cerință esențială constă în aceea că acțiunea care constituie elementul material trebuie să fie săvârșită mai înainte ca funcționarul pe lângă care s-a pretins influență și s-a promis că se va interveni să fie îndeplinit actul care intră în atribuțiile sale de serviciu și care este cerut, sau cel mai târziu în timpul efectuării lui, concomitent cu acesta. Condiționarea în acest sens a infracțiunii de trafic de influență, rezultă implicit din prevederile art. 257 C. pen., potrivit cărora aceasta se săvârșește pentru a-l determina pe funcționar să facă ori să nu fac un act care nu intră în atribuțiile sale de serviciu. Pe cale de consecință, în mod firesc primirea sau pretinderea de bani ori alte foloase, ori acceptarea promisiunii de daruri, trebuie să preceadă sau să fie concomitente cu îndeplinirea de către funcționar a actului cerut.

Dacă acțiunea de primire sau pretindere a banilor ori a altor foloase, sau acceptarea promisiunii de daruri au fost realizate după îndeplinirea acțiunii de către funcționar, fapta nu constituie infracțiunea de trafic de influență ci aceea de înșelăciune.²

Urmarea imediată

Atât la infracțiunea de luare de mită cât și la infracțiunea de trafic de influență urmarea imediată constă într-o stare de pericol care aduce atingere bunului mers a raporturilor de serviciu în cadrul unităților prevăzute la art. 145 C. pen., sau al persoanelor juridice de drept privat iar în cazul infracțiunii de luare de mită și autorităților publice ale statului străin, a unei instanțe internaționale sau organizații internaționale.³

Legătura de cauzalitate

Pentru întregirea laturii obiective a celor două infracțiuni analizate este necesar să existe o legătură de cauzalitate între acțiunea sau inacțiunea care constituie elementul material și urmarea imediată. Această legătură, atât în cazul infracțiunii de luare de mită cât și a infracțiunii de trafic de influență rezultă din însăși materialitatea activității desfășurate de făptuitor (*ex re*).⁴

Latura subiectivă

Cele două infracțiuni analizate se comit sub aspect subiectiv numai cu intenție directă, respectiv, făptuitorul prevede rezultatul faptei sale și îl urmărește.

Forma de vinovăție derivă din scopul pentru care acționează făptuitorul: primește, pretinde ori acceptă bani sau alte foloase ori nu respinge asemenea foloase (în cazul infracțiunii de luare de mită) pentru a determina un funcționar să-și încalce îndatoririle de serviciu prin îndeplinirea sau neîndeplinirea unui act ce intră în atribuțiile lor de serviciu.⁵

2. Aspecte comparative cu privire la actualul și noul cod penal

Legiuitorul noului Cod penal a inclus luarea de mită și traficul de influență în categoria infracțiunilor de corupție, spre deosebire de actualul legiuitor care a prevăzut aceste infracțiuni printre infracțiunile în legătură cu serviciul.

¹ Vasile DOBRINOIU, Mihai – Adrian HOTCA, Norel NEAGU, Marius MUREA, Costel CĂȘUNEANU, *op. cit.*, pag. 146.

² Horia DIACONESCU, *op. cit.*, pag. 118.

³ Mihail UDROIU, *op. cit.*, pag. 450.

⁴ Vintilă DONGOROZ, Ion OANCEA, Rodica STĂNOIU, Constantin BULAI, *op. cit.*, pag. 117.

⁵ *Ibidem*, pag. 148.

În ceea ce privește infracțiunea de luare de mită, se poate observa că, potrivit prevederilor art. 289 din noul Cod penal, luarea de mită este definită ca fiind „Fapta funcționarului 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, urgentarea ori întârzierea îndeplinirii unui act privitor la îndatoririle sale de serviciu, sau în legătură cu îndeplinirea unui act contrar acestor îndatoriri” spre deosebire de reglementarea anterioară (art. 254 Cod penal), care definește fapta de luare de mită prin raportare la scop (“în scopul de a...”).

Astfel, forma propusă în noul Cod penal este mai largă, acoperind toate situațiile în care o persoană ia mită în legătură cu îndeplinirea, neîndeplinirea ori interzicerea îndeplinirii unui act privitor la îndatoririle sale de serviciu, sau în legătură cu îndeplinirea unui act contrar acestor îndatoriri.¹

Această modificare s-a realizat pentru a permite renunțarea la distincția anterioară între luarea de mită și primirea de foloase necuvenite, distincție care făcea să creeze dificultăți în plan probator atunci când înțelegerea a avut loc înainte de efectuarea actului, dar bunurile s-au remis anterior. Art. 289 din noul Cod penal conține atât reglementarea prevăzută în art. 254 (luarea de mită) cât și cea prevăzută în art. 256 (primirea de foloase necuvenite) Cod penal anterior.

Spre deosebire de reglementarea actuală, unde se cere ca faptele care realizează elementul material al infracțiunii să aibă loc anterior sau cel mai târziu concomitent cu îndeplinirea, neîndeplinirea sau întârzierea în îndeplinirea actului privitor la îndatoririle de serviciu ale funcționarului public sau cu efectuarea unui act contrar acestor îndatoriri, în noua reglementare nu mai există această condiție de timp, fiind suficient ca fapta să se săvârșească în legătură cu atribuțiile de serviciu ale celui mituit, indiferent de momentul intervenției înțelegerii de mituire. Făptuitorul poate să pretindă, primească sau să accepte promisiunea banilor sau foloaselor înainte înfăptuirii actului, în timpul sau după realizarea acestuia, fapta constituind în toate cazurile infracțiunea de luare de mită.²

Traficul de influență este prevăzut în noua reglementare într-o variantă de incriminare asemănătoare reglementării anterioare, existând câteva elemente de diferențiere.

O primă deosebire constă în întinderea promisiunii traficantului de influență asupra comportamentului funcționarului public în legătură cu exercitarea atribuțiilor de serviciu: să îndeplinească, să nu îndeplinească, să urgenteze ori să întârzie îndeplinirea unui act ce intră în îndatoririle sale de serviciu sau să indeplinesca un act contrar acestor îndatoriri. Se realizează astfel corelarea cu infracțiunea de mită în ceea ce privește comportamentul funcționarului public în legătură cu exercitarea atribuțiilor acestuia.³

O a doua modificare rezidă în quantumul sancțiunii, în sensul că noul Cod penal prevede pentru comiterea infracțiunii constatate o pedeapsă mai mică decât actualul cod (închisoare de la 2 la 7 ani față de închisoare de la 2 la 10 ani, practic micșorându-se cu 3 ani maximul special).⁴

Cu privirea la infracțiunea de trafic de influență, potrivit art. 308 noul Cod penal, dispozițiile privitoare la funcționarii publici se aplică în mod corespunzător și faptelor săvârșite de către sau în legătură cu persoana care exercită, permanent sau temporar, cu sau fără remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice 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 sau în cadrul oricărei persoane juridice.⁵

¹ Vasile DOBRINOIU, Mihai Adrian HOTCA, Mirela GORONESCU, Maxim DOBRINOIU, Ilie PASCU, Ioan CHIȘ, Costică PĂUN, Norel NEAGU, Mircea Constantin SINESCU, “Noul Cod penal comentat, Vol. II, *Partea specială*”, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pag. 526.

² *Idem*, pag. 537.

³ *Idem*, pag. 550.

⁴ Ovidiu PREDESCU, Angela HĂRĂȘTĂȘANU, „*Drept penal. Partea specială, Examinare comparativă CP-NCP*”, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pag. 285.

⁵ *Ibidem*, pag. 901.

Potrivit art. 293 și 294 din noul Cod penal, dispozițiile privitoare la luarea de mită și la traficul de influență 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 altei legi, precum și în privința altor persoane, dacă prin tratatele internaționale la care România este parte nu dispune altfel.¹

3. Aspecte de drept comparat

Luarea de mită

Dreptul penal german

Potrivit codului penal german, infracțiunea de luare de mită constă în faptă funcționarului public sau a persoanei care exercită un serviciu public, care pretinde, acceptă promisiunea sau primește un folos, pentru sine sau pentru altul cu titlu de contraserviciu pentru că a îndeplinit sau va îndeplini un act în virtutea funcției sale și care își încălca ori și-a încălcat atribuțiile sale. Pedepșa este de la 6 luni la 15 ani, însă legea prevede că dacă efectele faptei sunt mai puțin grave, pedeapsa poate fi închisoare de până la 3 ani sau amendă, iar tentativă nu este incriminat.²

Drept penal finlandez

Codul Penal finlandez conține un capitol dedicat infracțiunilor în serviciu: acceptarea de mită și luarea de mită cu circumstanțe agravante; încălcarea regulilor privind luarea sau darea de mită; luarea de mită în cazul unui membru al Parlamentului; divulgarea neglijentă de secrete de stat; abuzul de putere publică și abuzul grav de putere publică și neîndeplinirea îndatoririlor oficiale și încălcarea neglijentă a acestora.³

În secțiunea 1, capitolul 40 este prevăzută luarea de mită în varianta simplă. Astfel, dacă o persoană ce ocupă o funcție publică: 1. cere un cadou sau un alt beneficiu nejustificat sau acționează în vreun fel pentru a obține un beneficiu, 2. acceptă un cadou sau alt beneficiu care influențează, este menit să influențeze sau poate influența acțiunile sale, sau 3. este de acord să primească respectivul cadou sau beneficiu menționate în paragraful 2 sau acceptă să i se promită un astfel de cadou sau beneficiu, pentru acțiunile desfășurate în cadrul activității sale de serviciu, pentru sine sau pentru altcineva, persoana respectivă va fi condamnată pentru luare de mită, la plata unei amenzi sau la o pedeapsă cu închisoare de până la doi ani. Se poate ajunge la o pedeapsă cu închisoare până la patru ani (în forma agravantă sau dacă vinovatul este un membru al Parlamentului) sau la destituirea din funcție.⁴

Legea contra mitei Marea Britanie

Legea se aplică oricărei persoane fizice sau juridice din Marea Britanie, cu privire la darea sau luarea de mită sau la mituirea oficialilor publici străini, dacă orice parte din infracțiune este comisă în Marea Britanie. De asemenea, se va aplica în cazul în care infracțiunea are loc peste hotare dacă mita este oferită de un cetățean britanic sau o persoană rezidentă în Marea Britanie, fie că este sau nu cetățean britanic, sau un organism constituit în temeiul legislației în vigoare în Marea Britanie.⁵

¹ Vasile DOBRINOIU, Mihai Adrian HOTCA, Mirela GORONESCU, Maxim DOBRINOIU, Ilie PASCU, Ioan CHIȘ, Costică PĂUN, Norel NEAGU, Mircea Constantin SINESCU, *op. cit.*, pag. 582.

² Marius MUREA, „Luarea de mită și primirea de foloase necuvenite - infracțiuni de corupție”, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, pag. 166.

³ http://www.ramp.ase.ro/_data/files/articole/9_02.pdf, Prof. dr. Ari SALMINEN, „Exercitarea controlului asupra corupției în Finlanda”, 2007.

⁴ *Ibidem.*

⁵ <http://www.bizlawyer.ro/stiri/interviuri-opinii/legea-britanica-a-mitei-2010>, „Legea britanică a mitei”, 2011.

Traficul de influență

Dreptul penal spaniol

Codul penal spaniol din anul 1995, astfel cum a fost modificat prin reforma din 1991, incriminează delictul de trafic de influență în art. 428, 429, 430 cuprinse în Capitolul VI “*Del trafico de influencias*”, Titlul XIX “*Delitos contra la administracion publica*”.

Reglementarea cuprinsă în dispozițiile menționate se caracterizează prin aceea că sancționează doar traficul de influență pasiv, adică fapta tipică pusă în practică de către mediator, dar nu sancționează traficul de influență activ, adică comportamentul concretizat în apărarea intermedierei. De asemenea este sancționat atât traficul de influență antecedent, cât și cel succesiv.¹

Spre deosebire de reglementarea din România, pedeapsa constă în închisoare de la 6 luni la 1 an, amenda la valoarea sau de 2 ori valoarea beneficiului urmărit sau obținut sin incapacitatea specială pentru a mai ocupa serviciul său funcția publică pe o durată cuprinsă între 3 și 6 ani.

Textul normativ sancționează fapta săvârșită de un funcționar public. Potrivit Codului penal spaniol este funcționar public cel care exercită funcții publice prin lege, prin alegere sau prin desemnare, iar conceptul de autoritate definește parlamentarii și subiecții care desfășoară activitate jurisdicțională sau aptin biroului ministerului public.²

Față de dreptul penal spaniol, reglementarea traficului de influență din dreptul penal românesc este superioară întrucât, prin introducerea art. 6 din Legea nr. 78/2000 a fost incriminată și corupția activă, respectiv a cumpărătorului de influență, care nu se regăsește în Codul spaniol.

Drept penal portughez

Și legiuitorul portughez, la fel ca și cel spaniol, reglementează numai traficul pasiv de influență, fără a pedepsi pe cumpărătorul medierii. Spre deosebire de cel spaniol, sancționează doar traficul de influență antecedent medierii, însă nu și pe cel ulterior medierii, adică obținerea unei recompense pentru o mediere care deja s-a desfășurat.

Textul de lege sancționează traficul de influență numai în ipoteza în care primirea lucrului nepermis are loc în vederea obținerii unei decizii ilegale, situan, altfel, în afara incriminării activitatea de primire pentru aobține, tot prin abuz de influență personală, o decizie legală.³

Drept penal italian

Delictul traficului de influență își găsește reglementarea în art. 346 din Codul penal italian adoptat în anul 1930, art. care sancționează pe “Oricine lăudându-se cu credit (influență) pe lângă un funcționar public sau însărcinat în serviciul public, primește, face să i se dea sau să i se promită lui însuși sau altora, bani sau alte utilități, ca preț pentru mediația proprie pe lângă funcționarul public va fi pedepsit”.

Prin incriminarea traficului de influență, legiuitorul italian a înțeles să apere valorile constituționale referitoare la administrația publică, respectiv, imparțialitatea și bunul mers al acesteia, tendința de gratuitate a acțiunii administrative, integritatea funcționarilor publici.⁴

Textul normativ al art. 346 este destul de permisiv în ceea ce privește medierea desfășurată de către agenții care sunt autorizați legal și au ca obiect prestarea unei asemenea activități de informare, convingere și influențare, pe când în dreptul românesc nu se întrezărește posibilitatea reglementării unei astfel de activități.⁵

¹ Emilia MĂDULĂRESCU, *op.cit.* pag. 125.

² *Idem*, pag. 126.

³ *Idem*, pag. 129-130.

⁴ Emilia MĂDULĂRESCU, *op. cit.*, pag. 132.

⁵ *Idem*, pag. 135.

Concluzii

Corupția este o amenințare majoră pentru democrație, constituind o negare a drepturilor omului și o încălcare a principiilor democratice, pentru echitatea socială și pentru justiție, erodând principiile unei administrații eficiente, punând în pericol stabilitatea și credibilitatea instituțiilor statului și a reprezentanților acestora, cât și pentru dezvoltarea economică și socială.¹

Justiția deține rolul cel mai important în combaterea corupției și în apărarea drepturilor legitime ale cetățenilor, scopul reglementărilor fiind alinierea la normalitate din punct de vedere politic, social și economic și o armonizare a societății românești cu practicile europene.

Corupția reprezintă abuzul de putere săvârșit în exercitarea funcției publice de un angajat al administrației publice, indiferent de statut, structură sau poziție ierarhică, în scopul obținerii unui profit personal, direct sau indirect, pentru sine sau pentru altul, persoană fizică ori persoană juridică.

De asemenea, corupția mai poate fi definită ca fiind folosirea abuzivă a puterii încredințate, fie în sectorul public, fie în cel privat, în scopul satisfacerii unor interese personale sau de grup.

Așadar, o faptă de corupție presupune ca elemente definitorii:

- existența unui „funcționar” ori a unor terți care se află în relație cu acesta;
- existența unui „act” ori a unui potențial act ce intră în atribuțiile de serviciu ale funcționarului și cu privire la rezolvarea căruia este interesată o persoană;
- scopul faptei să fie acela de a obține sau de a oferi un „folos ilegal, material sau nematerial” (sume de bani, bunuri, cadouri, servicii sau orice alte foloase) de către sau către funcționar ori cel care se află în relație cu el, în schimbul nerespectării atribuțiilor de serviciu de către respectivul funcționar.²

În societatea românească actuală se constată o frecvență deosebit de ridicată a faptelor de luare de mită. Una din principalele probleme ale puterii de stat, ale opiniei publice și a tuturor celor interesați în reformarea justiției penale pe baze științifice, democratice, a devenit eliminarea corupției sub forma mitei și a traficului de influență.³

Aproape toate profesiile pot crea contextul săvârșirii infracțiunilor de luare de mită și trafic de influență, infracțiuni care aduc atingere activității organizațiilor de stat, organizațiilor obștești sau altor activități reglementate de lege.

Traficarea influenței pe care o persoană o are pe lângă un funcționar (reală) sau pe care lasă să se înțeleagă că are pe lângă acesta (presupusă), creează reale și grave stări de pericol pentru prestigiul, autoritatea, credibilitatea organelor, a instituțiilor organismelor statului, serviciilor publice, a altor unități, societăților comerciale, companiilor și societăților naționale, regiilor autonome, agenților economici, pentru corectitudinea și cinstea funcționarilor care-și desfășoară activitatea în cadrul acestora, îndeplinind funcțiile încredințate.

La fel ca și în cazul infracțiunii de trafic de influență rațiunea incriminării luării de mită este de a preveni și combate corupția unor funcționari care periclitează evoluția normală a relațiilor de serviciu dar și prestigiul instituției în care își desfășoară activitatea.

Corupția este o abatere de la moralitate, de la datorie, o încălcare a limitelor sociale, dar ceea ce ne interesează în mod deosebit este că ea reprezintă o abatere de la lege. Prin urmare, corupția îmbracă aspecte penale prin luarea de mită, traficul de influență.

¹ Aneta Barbu, *op.cit.*, pag. 156.

² bv.politiaromana.ro/docs/prevenire/infracțiuni_de_corupție.doc.

³ Vasile DOBRINOIU, Norel NEAGU, *op. cit.*, pag. 451.

Referințe bibliografice:

- **Codul penal și Codul de procedură penală**, Ed. a 24-a, Ed. Hamangiu, București, 2012
- **Vasile DOBRINOIU, Mihai – Adrian HOTCA, Norel NEAGU, Marius MUREA, Costel CĂȘUNEANU**, “*Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție*”, Ed. Wolters Kluwer, București, 2005
- **Vasile DOBRINOIU**, „*Corupția în dreptul penal român*”, Editura Atlas Lex, București, 1995
- **Vasile DOBRINOIU, Norel NEAGU**, „*Drept penal. Partea specială*”, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008.
- **Vasile DOBRINOIU, Mihai Adrian HOTCA, Mirela GORONESCU, Maxim DOBRINOIU, Ilie PASCU, Ioan CHIȘ, Costică PĂUN, Norel NEAGU, Mircea Constantin SINESCU**, “*Noul Cod penal comentat, Vol. II, Partea specială*”, Ed. Universul Juridic, București, 2012.
- **George ANTONIU, Costică BULAI**, “*Dicționar de drept penal și procedură penală*”, Ed. Hamangiu, București, 2011.
- **Marius MUREA**, „*Luarea de mită și primirea de foloase necuvenite - infracțiuni de corupție*”, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009.
- **Vintila DONGOROZ, Ion OANCEA, Rodica STĂNOIU, Constantin BULAI**, „*Explicații teoretice ale Codului penal român, Partea specială*”, Vol. IV, Ed. a 2-a, Ed. Academiei Române, Ed. All Beck, București, 2003
- **Tudorel TOADER**, “*Drept penal român. Partea specială*”, Ed. a 4-a revizuită și actualizată, Ed. Hamangiu, București, 2009.
- **Emilia MĂDULĂRESCU**, “*Traficul de influență. Studiu de doctrină și jurisprudență*”, Ed. Hamangiu, București, 2006.
- **Gheorghe NISTOREANU și Costică PĂUN**, „*Criminologie*”, Editura Europa Nova, Ediție revizuită și adăugită, București, 2000.
- **Dorin CIUNCAN**, „*Criminologia corupției – Studiu privind cauzele care generează și condițiile care favorizează corupția*”, 2006, pag. 4, <http://www.jdsupra.com/legalnews/etiologia-corupției-criminologie-62987>.
- **Ovidiu PREDESCU, Angela HĂRĂSTĂȘANU**, „*Drept penal. Partea specială, Examinare comparativă CP-NCP*”, Ed. Universul Juridic, București, 2012.
- **Mihail UDROIU**, “*Drept penal. Partea generală. Partea specială*”, Ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2011
- **Horia DIACONESCU**, “*Infracțiuni de corupție sau cele asimilate sau în legătură cu acestea*”, Ed. All Beck, București, 2004.
- **Transparency International Romania**, “*Ghid anticorupție în justiție pentru cetățeni și oameni de afaceri*”, 2006.
- **Aneta BARBU**, “*Implicațiile fenomenului de corupție în viața economică, politică, socială și juridică - Buletin documentar și de informare privind activitatea de prevenire și combatere a corupției, Direcția Generală Anticorupție*”, nr. 1(6), 2010.
- **Gheorghe IVAN**, „*Bancruta – o infracțiune specifică mediului de afaceri*”, Revista de drept penal, Anul XVII, Nr. 2/2010.
- <http://orice.info/economie/coruptia-in-societatea-romaneasca>, “*Corupția în societatea românească*”, 2011.
- <http://blog.cristian-ducu.ro/2012/07/18/despre-coruptie-in-romania/>, “*Despre corupție în România*”, 2012.

- http://www.sdcentras.lt/antikorupcija/en/tp1/Publication_Ro.pdf, *Educație împotriva corupției, Material metodologic pentru învățământul preuniversitar și superior*, 2006.
- http://www.pna.ro/faces/about_us.xhtml, „Cu ce se ocupă DNA?”.
- <http://www.mai-dga.ro/index.php?l=ro&t=34>, „Informații generale, Misiune”.
- <http://www.integritate.eu/home/despre/structura-organizatorica.aspx>, „Ordin privind aprobarea Regulamentului de organizare și funcționare al Agenției Naționale de Integritate, Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 35/14.01.2011.
- <http://www.just.ro/MinisterulJusti%C8%9Biei/Organizare/Atribu%C5%A3iileprincipalealeMJ/tabid/787/Default.aspx>, „Atribuțiile principale ale Ministerului Justiției”.
- <http://www.onpcsb.ro/html/prezentare.php>, „Rolul oficiului național de prevenire și combatere a spălării banilor”.
- <http://gardafinanciara.ro/despre-noi/rol-si-atributii>, *Rol și atribuții*.
- <http://www.mai-dga.ro/index.php?l=ro&t=68>, *Strategia Națională Anticorupție pe perioada 2012-2015*.
- <http://e-juridic.manager.ro/articole/solutii-actiuni-sau-masuri-anticoruptie-prioritatile-ong-7125.html>, „Soluții, acțiuni sau măsuri anticorupție – Prioritățile ONG”, 2011.
- http://www.transparency.org.ro/politici_si_studii/indici/ipc/2012/CPI2012_Press%20_Relea se_PresentationRO.pdf, „Prezentare Indicele de percepție a corupției 2012”.
- <http://www.ziare.com/stiri/coruptie/coruptia-din-bulgaria-de-3-ori-mai-mare-decat-media-europeana-vezi-cum-sta-romania-1192069>, „Corupția din Bulgaria, de 3 ori mai mare decât media europeană - Vezi cum stă România”, 2012.
- <http://setimes.com/cocoon/setimes/xhtml/ro/features/setimes/features/2011/06/13/feature-04>, „UE anunță un nou pachet anticorupție”, 2011.
- <http://www.dae.gov.ro/articol/761/atitudinea-europenilor-fata-de-coruptie>, „Atitudinea europenilor față de corupție”, 2009.
- <http://www.infolegal.ro/dna-a-publicat-un-raport-privind-activitatea-institutiei-in-perioada-august-2005-octombrie-2012/2012/10/10/>, „DNA a publicat un raport privind activitatea instituției în perioada august 2005 – octombrie 2012”, 2012.
- http://www.pna.ro/bilant_activitate.xhtml?id=21, „Raport privind activitatea de desfășurare DNA,” 2011.
- Ministerul Administrației și Internelor, „Studiu privind corupția din Administrația publică locală – raport sintetic”, 2012.
- http://www.ramp.ase.ro/_data/files/articole/9_02.pdf, **Prof. dr. Ari SALMINEN**, „Exercitarea controlului asupra corupției în Finlanda”, 2007.
- <http://www.bizlawyer.ro/stiri/interviuri-opinii/leaga-britanica-a-mitei-2010>, „Legea britanică a mitei”, 2011.
- bv.politiaromana.ro/docs/prevenire/infractiuni_de_coruptie.doc.

PERICOLUL PENTRU ORDINEA PUBLICĂ – TEMEI AL ARESTĂRII PREVENTIVE

Mihail MAZILU

Abstract

Această lucrare are în vedere dezbateră uneia dintre trăsăturile esențiale ale infracțiunii, pericolul pentru ordinea publică, privit prin prisma art 148, lit. f C.pr.pen. : „ *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 sa în libertate prezintă un pericol concret pentru ordinea publică.* ”

Cuvinte cheie: *pericol, infracțiune, ordine, arestare, preventive.*

1. Introducere

Conviețuirea indivizilor, relaționarea lor în cadrul vieții sociale presupune existența dreptului, ca ansamblu de reguli de conduită instituite și garantate de puterea publică.

Ordinea socială, realizată prin reglementarea vieții sociale cu ajutorul regulilor de drept, este asigurată atât prin procesul de creare a dreptului, cât și prin cel de realizare a sa. Cu alte cuvinte, activitatea de elaborare a dreptului, a normelor juridice, nu este un scop în sine, nefiind suficientă pentru instituirea ordinii juridice; procesul de creare a dreptului își justifică existența doar prin transpunerea în fapt a prevederilor cuprinse în normele juridice, doar alături de procesul de realizare a dreptului.

În situația încălcării unei norme juridice penale se naște un conflict între societate (stat) și făptuitor, conflict a cărui soluționare presupune tragerea la răspundere penală a făptuitorului.

Este accepțiunea ce o are în vedere legiuitorul care, observând faptele periculoase împotriva valorilor sociale esențiale, le interzice sub sancțiuni specifice pentru a preveni săvârșirea lor în viitor¹.

În vocabularul românesc expresia „ordine publică” semnifică ordinea politică, economică și socială dintr-un stat care se asigură printr-un ansamblu de norme și măsuri deosebite de la o orânduire socială la alta și se traduce prin funcționarea normală a aparatului de stat, menținerea liniștii cetățenilor și a respectării drepturilor acestora¹.

În consecință, se recunoaște organelor statului un drept de apreciere asupra luării unor măsuri pentru menținerea (restabilirea) liniștii publice și siguranței cetățenilor.

2. Pericolul social - trăsătura esențială a infracțiunii.

2.1. Definiția infracțiunii

Având în vedere importanța deosebită a instituției infracțiunii în cadrul dreptului penal, legiuitorul a definit pentru prima dată noțiunea generală de infracțiune prin trăsăturile ei esențiale. Potrivit art. 17 C.pen. „ *infracțiunea este fapta care prezintă pericol social, săvârșită cu vinovăție și prevăzută de legea penală* ”.

¹ Dictionar explicativ al limbii romane, editia a II-a, Editura „Univers Enciclopedic”, Bucuresti, 1996, p.726.

Prin definirea noțiunii generale de infracțiune¹, legiuitorul nostru pune în evidență aspectele : material, uman, social, moral-politic și juridic ale acesteia, conferind conceptului general de infracțiune un caracter realist, științific.

Într-adevăr, infracțiunea ca fenomen ce se petrece în realitatea socială, îmbracă aspectele de a fi: material, în sensul că reprezintă o manifestare exterioară a individului; uman, pentru că reprezintă o activitate omenească; social căci privește, se îndreaptă împotriva relațiilor sociale; moral-politic, deoarece reprezintă atitudinea morală și politică a făptuitorului față de valorile sociale; juridic, căci reprezintă o încălcare a normei juridice penale. Prin definirea infracțiunii se stabilește regulă de drept, potrivit căreia orice faptă care va fi incriminată trebuie să întrunească trăsăturile caracteristice care o deosebesc de alte fapte (contravenții, abateri) care pot fi combătute prin alte mijloace nepenale.

Noțiunea generală de infracțiune dată în Codul Penal prezintă importanță sub un întreg aspect:

- reprezintă o regulă de drept de care însuși legiuitorul se folosește în stabilirea faptelor care urmează să fie trecute în legea penală (după vinovăție, grad de pericol social) ca infracțiuni, ca și pentru scoaterea din sfera ilicitului penal a acelor fapte care nu mai sunt periculoase ori nu se mai săvârșesc;

- servește la delimitarea infracțiunilor de alte fapte extra penale;

- pentru practician reprezintă un ghid de care se folosește în cadrul activității de aplicare a legii penale observând îndeplinirea (regăsirea) în faptă săvârșită a trăsăturilor esențiale ale infracțiunii, ori lipsa acestora cu consecința neconsiderării faptei respective ca infracțiune.

2.2. Pericolul social.

O primă trăsătură esențială a infracțiunii este aceea de a fi o faptă care prezintă *pericol social*². Fapta - este o manifestare a individului în sfera realității, în cadrul relațiilor sociale. Numai activitățile omenești au această însușire de a prezenta pericol social, căci numai omul se afla în relații sociale.

Pericol social prezintă orice activitate contrară normelor în vigoare căci împiedică normală desfășurare a relațiilor sociale. Dintre faptele care prezintă pericol social se detașează prin gradul cel mai ridicat de pericol social – infracțiunea. Fapta care prezintă pericolul social al unei infracțiuni este fapta prin care se periclitează ori se vatamă valorile sociale arătate în art. I, C.p. și pentru sancționarea căreia este necesară aplicarea unei pedepse.

Trăsătura esențială a infracțiunii de a fi o faptă ce prezintă pericol social se materializează așa cum se prevede în art.18, C.pen., prin două aspecte:

- prin fapta se aduce atingere unor valori sociale importante, arătate generic în art.1, C.pen.;
- pentru sancționarea unor astfel de fapte este necesară aplicarea unei pedepse.

Pericolul social al infracțiunii este apreciat de legiuitor în funcție de valoarea socială căreia i se aduce atingere; de dinamică faptelor oferită de statistică penală; de împrejurările în care se săvârșesc faptele; de persoană infractorului.

¹ Denumirea de infracțiune provine din substantivul latinesc *infractio*, - onis, care înseamnă spargere, franger; echivalentul în franceza este *infraction*.

² C. Roxin, G. Arzt, K. Tiedemann, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozess-Strafrechts*, Allgemeiner Teil Vierte Auflage, Dunker und Humboldt, Berlin, 1988, p. 176. Autorii germani concep infracțiunea ca având la baza patru trăsături esențiale: acțiunea, conformitatea cu descrierea normei, antijuridicitatea și vinovăția.

Pericolul social nu este același pentru toate infracțiunile, el diferă în funcție de valoarea socială primejduită prin fapta penală și poate fi diferit pentru aceeași infracțiune în funcție de interesul ocrotirii într-un moment sau altul al dezvoltării sociale¹.

În știința dreptului penal și practică legislativă, pericolul social este cunoscut sub două forme: pericolul social generic sau abstract și pericolul social concret.

I. Pericolul social generic sau abstract este apreciat de legiuitor în momentul înscrierii faptei periculoase în legea penală ca infracțiune. De exemplu, pericolul infracțiunii tip omor, furt, fals intelectual etc.

Pericolul social generic este evaluat în mod abstract de legiuitor, care ia în considerare o multitudine de factori privind importanța valorii ocrotite, gravitatea lezării posibile, starea și dinamica manifestărilor infracționale vizate, împrejurările în care se pot săvârși astfel de fapte etc. Rezultatul evaluării se exprimă în pedeapsa înscrisă de legiuitor în legea penală pentru acea infracțiune.

II. Pericolul social concret al infracțiunii se referă la pericolul social al faptei săvârșite, al unei infracțiuni individuale.

Dacă pericolul social generic este stabilit de legiuitor, pericolul social concret urmează să fie identificat de instanță de judecată cu prilejul judecării faptei și se reflectă în sancțiunea penală aplicată.

Determinarea pericolului social concret se face în funcție de vătămarea cauzată obiectului infracțiunii, de împrejurările concrete ale comiterii faptei, de trăsăturile ce caracterizează elementul material, precum și de alte împrejurări ale conținutului concret al infracțiunii².

Prevederea pericolului social că trăsătura esențială a oricărei infracțiuni, în definiția acesteia - are valoarea unei norme juridice ce servește deopotrivă legiuitorului când incriminează fapta cât și judecătorului în aprecierea concretă a pericolului social al faptei comise cu consecințe importante în individualizarea sancțiunilor atunci când pericolul social concret este al unei infracțiuni și cu neconsiderarea faptei ca infracțiune atunci când acesta nu are gradul necesar al unei infracțiuni.

3. Fapta care nu prezintă pericolul social al unei infracțiuni

Potrivit art.18¹, C.pen. „nu constituie infracțiune fapta prevăzută de legea penală dacă prin atingerea minimă adusă uneia dintre valorile aparate de lege și prin conținutul ei concret, fiind lipsită în mod vădit de importanță, nu prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni”.

În acest caz, lipsește doar gradul de pericol social concret, necesar pentru că fapta să fie infracțiune; în concret, însă se realizează gradul de pericol al unei abateri.

Conținutul concret al faptei se referă la acele trăsături obiective și subiective prevăzute de legea penală, care caracterizează fapta efectiv comisă, imprimându-i o anumită gravitate care îi este proprie.

O altă condiție semnificativă pentru inexistența pericolului social constă în lipsa importanței în mod vădit a faptei, apreciere care se face pe baza analizei ansamblului circumstanțelor obiective și subiective – reale și personale – preexistente, concomitente sau subsecvente comiterii faptei. Poate fi considerată fapta lipsită în mod vădit de importanță atunci când datorită urmării neînsemnate pe care

¹ În literatură juridică, noțiunea de pericol social este conturată în modalități și formulări diferite. Astfel, G. Leveseur, *Droit des Etats Unis*, Dalloz, 1990, p. 113, apreciază că potrivit concepției realiste – care pune în evidență această trăsătură a infracțiunii – pericolozitatea socială are semnificația de fapta contrară ordinii sociale, prin atitudinea sa de a tulbura această ordine; G. Bettiol – *Diritto penale, parte generale*, ottava edizione, Cedam, Padova, 1973, p. 171, se referă la aptitudinea oricărei infracțiuni de „a compromite condițiile de existență, de conservare și de dezvoltare ale societății”.

² Gheorghe Nistoreanu, Alexandru Boroș, *Drept penal, Curs selectiv pentru examenul de licență*, editia a II-a, Ed. ALL BECK, 2002, p. 7.

a produs-o asupra valorii sociale împotriva căreia a fost îndreptată (o vătămare neînsemnată, o slabă rezonanță socială) și modului cum s-au realizat în fapt elementele ei constitutive, apare în mod evident, vizibil pentru oricine, ca lipsită de importanța juridică penală. Prezintă o astfel de caracteristică, spre exemplu, furturile mărunte din magazinele cu autoservire, distrugerea unor obiecte mărunte de inventar¹.

3.1. Criterii de apreciere a gradului de pericol social

Pentru a se elimina subiectivismul, abuzurile, arbitrariul în evaluarea pericolului social concret al faptei, art.18¹, C.pen. în alineatul 2 prevede unele criterii de care să țină seama organele judiciare, atunci când au de soluționat astfel de cauze.

a) *Modul și mijloacele de săvârșire a faptei.* În temeiul acestui criteriu, este necesar ca organele judiciare să procedeze la o atentă analiză a modului cum a fost pregătită și executată fapta. Diferențierea dintre săvârșirea unei fapte printr-un mod prea simplu și una săvârșită pe baza unei temeinice pregătiri sau prin mai multe acte trebuie să fie concludentă.

De asemenea, trebuie avute în vedere mijloacele folosite pentru comiterea faptei, natura instrumentelor și aptitudinea lor intrinsecă de a prezenta sau nu pericol public ori urmări grave și, mai ales, de măsură în care făptuitorul s-a folosit de astfel de mijloace².

b) *Scopul urmărit de făptuitor.* Așa cum este cunoscut, scopul reprezintă ceea ce urmărește făptuitorul prin săvârșirea faptei. De cele mai multe ori, prin săvârșirea unor fapte se urmăresc direct sau indirect scopuri periculoase, egoiste, josnice, individualiste. Alteori, săvârșirea unor fapte demonstrează existența unor scopuri mai puțin periculoase, ceea ce înseamnă că făptuitorul nu a avut înclinații infracționale deosebite. De aceea, privite sub raportul scopului urmărit de făptuitor, faptele prevăzute de legea penală se diferențiază între ele, unele putând fi considerate infracțiuni altele însă nu.³

c) *Împrejurările în care fapta a fost comisă.* Împrejurările reprezintă acele stări, situații sau circumstanțe de fapt care influențează conținutul concret al faptei. Săvârșirea faptei în anumite situații, vădește lipsa de periculozitate socială a acesteia, prezentând-o într-o coloratură și semnificație proprie, specifică. Astfel de împrejurări pot fi considerate, spre exemplu, timpul și locul comiterii faptei, sfera de răsfrângere a faptei asupra obiectivelor urmărite, activitățile de precauție desfășurate pentru a zădărnici descoperirea, ceea ce duce la posibilitatea practică de a comite fapta⁴ etc.

c) *Urmărea produsă ori care s-ar fi putut produce.* Se referă la consecințele concret pricinuite prin comiterea faptei prevăzute de legea penală, precum și la cele eventuale pe care, fapta săvârșită era susceptibilă să le producă, cum ar fi: natură (patrimonială, organizatorică etc.) urmărilor, întinderea și semnificația socială a urmărilor efective sau viitoare ale faptei etc.

e) În sfârșit, criteriile prevăzute de lege, pe temeiul cărora se evaluează gradul concret de pericol social al unei fapte săvârșite, figurează și *persoana și conduita făptuitorului.* Analiza persoanei făptuitorului trebuie făcută, deopotrivă, sub raport psihofizic și social, adică a trăsăturilor de caracter și a temperamentului făptuitorului, a antecedentelor penale, dar și a integrării sociale.

4. Pericolul concret pentru ordinea publică - temei al arestării.

4.1. Arestarea preventivă

O veritabilă constantă a sistemului judiciar penal , arestarea preventivă a existat din cele mai vechi timpuri ,fiind cunoscută , după spusele lui Herodot , de vechii egipteni și evrei, cât și de Roma și Grecia antică .

¹ Gheorghe Nistoreanu, Alexandru Boroș, Drept penal, Curs selectiv pentru examenul de licență, editia a II-a, Ed. ALL BECK, 2002, p. 8.

² Trib. Supr., sect. pen., dec. nr. 828, 1985, în RDR nr. 6, 1985, p. 60.

³ Trib. Supr., sect. pen., dec. nr. 1263, 1987, în RDR nr. 11, 1987, p. 61.

⁴ Trib. Mun. Buc., sect. a II-a pen., dec. nr. 154, 1991, în Dreptul nr. 2, 1992, p. 85.

În dreptul roman această instituție a măsurilor procesuale penale apare sub denumirea de „custodie liberă” ,constând în punerea sub pază ,într-o casă privată , a celui acuzat ,închisoarea nefiind asociată unei pedepse , ci mai mult ca un mijloc de a-l împiedica pe acuzat să fugă (astfel, încă de pe acea vreme există semne de îngrădire a libertății de mișcare a persoanei; fapt care în cursul istoriei s-a dezvoltat și finisat legislativ- arestarea preventivă nefiind altceva decât o măsură de îngrădire a libertății de mișcare a persoanei care se impune, în condiții strict prevăzute de lege pentru bună desfășurare a procesului penal și implicit a înfăptuirii justiției.)

Tot în antichitate cuvântul „liber” intra în onomastica mitică (LIBER era supranumele lui Bachus ,deci libertatea era concepută ca afrodisiac) , în contemporaneitate acesta devenind un concept juridic complex ce asimilează concepte filozofice,psihologice și sociologice .

Astfel rămâne actuala afirmația lui Montesquieu : „într-un stat ,adică într-o societate în care există legi , libertatea nu poate consta decât în a putea face ceea ce ar trebui să vrei , și nu în a fi constrâns să faci ceea ce nu ar trebui să vrei .”¹.

În aprecierea pericolului pentru ordinea publică și a măsurilor necesare pentru a fi înlăturat, trebuie să recunoaștem organelor de urmărire penală o libertate de acțiune mult mai largă, deoarece ele se afla mult mai bine plasate în raport cu alte autorități, în lupta împotriva criminalității.

Din această viziune juridică, se poate susține că arestarea preventivă apare legitimă, când are drept scop crearea posibilității administrării probelor necesare aducerii în fața justiției a celor care au încălcat ordinea de drept².

Pot constitui astfel de temeiuri de arestare, în baza art. 148, lit.f, C.pr.pen. :

- particularitățile urmăririi penale în cauzele privind siguranța națională, crima organizată, criminalitatea de violență, criminalitatea economico-financiară, faptele de corupție, traficul de stupefiante și alte forme de criminalitate gravă;
- dificultăți incontestabile ale anchetei în anumite situații, cum ar fi, cauze privind faptele penale săvârșite de persoane care au deținut funcții importante, existând un real pericol ca aceste persoane, prin relațiile lor, să poată influența desfășurarea procesului penal;
- frecvența comiterii unor fapte penale, necesitatea strângerii probelor în cauzele complexe, etc.

Schimbarea ori dispariția temeiurilor arestării reprezintă modificări care au apărut în cursul desfășurării procesului penal, necunoscute organului judiciar în momentul luării măsurii preventive.

Schimbarea sau dispariția temeiurilor de drept și de fapt poate conduce la înlocuirea măsurii arestării cu o măsură neprivativă de libertate sau revocarea arestării, potrivit art. 139 C.pr.pen., numai dacă nu subzista alte temeiuri care să justifice privarea de libertate în continuare a celui în cauză.

Arestarea preventivă este măsura preventivă cea mai severă,ea constând în privarea de libertate a învinutului sau inculpatului pe o durată ce nu poate depăși 30 de zile , cu posibilitatea de prelungire .

Codul de procedura penală, tinad seama de cele două statute pe care le poate avea succesiv o persoană față de care se efectuează urmărirea penală și anume : situația de învinuit, cât timp nu s-a pus în mișcare acțiunea penală și situația de inculpat, după demararea acestei acțiuni, a considerat ca măsură arestării preventive poate fi necesară în ambele cazuri. Aceasta explică de ce reglementarea în Codul de Procedura Penală a măsurii arestării preventive este făcută în două modalități: arestarea învinutului și arestarea inculpatului, având în mod firesc un tratament diferențiat .

¹ Andrei Zărafiu, Arestarea Preventivă – Reglementare.Doctrina.Jurisprudenta, Editura C.H.Beck

² Budusan, Baldea si asociatii, Revista de drept penal comercial, Pericolul pentru ordinea publica.

4.2. Sensul noțiunii de "pericol concret pentru ordinea publică" prin prisma jurisprudenței CEDO.

În istoria CEDO, cu referire la arestarea preventivă a unei persoane bănuite de săvârșirea unei infracțiuni, s-a reținut că instanța europeană acceptă faptul că, datorită gravității deosebite și a reacției publicului față de acestea, unele infracțiuni pot determina tulburări sociale, ce pot justifica arestarea preventivă, cel puțin pentru o anumită perioadă de timp. Acest motiv trebuie considerat că relevant și suficient numai dacă este bazat pe fapte de natură să demonstreze că eliberarea acuzatului ar determina o tulburare reală a ordinii publice. În plus privarea de libertate va continua să fie legitimă numai dacă ordinea publică va fi pe mai departe amenințată, continuarea privării de libertate neputând fi folosită ca o anticipare a pedepsei cu închisoarea (vezi CEDO, cauza Letellier vs. Franța din 26.06.1991).

Recent, în cauză Târau c. României din 24 februarie 2009, Curtea EDO a constatat încălcarea art. 5, al. 3 din Convenție ca urmare a faptului că instanțele naționale nu au arătat în motivarea hotărârilor prin care au menținut măsură arestării preventive, care este, în concret, pericolul pentru ordinea publică, limitându-se la a reproduce în motivare textul de lege, au refuzat să analizeze argumentele prezentate de reclamanta privind profilul său personal și situația familială și nu au luat în calcul niciun moment posibilitatea adoptării unei măsuri alternative dintre cele prevăzute în dreptul intern, deși art. 5 din Convenție impune autorităților să aibă în vedere astfel de măsuri și să le aplice ori de câte ori situația se pretează și acuzatul furnizează garanții că va participa la proces.

Curtea accepta astfel detenția unei persoane numai pentru motive suficient de puternice care ar putea justifica prelungirea detenției preventive (vezi cauza Hass vs. Polonia din 07.11.2006). Se recunoaște de către instanța de contencios europeană că, prin gravitatea lor particulară și prin reacția publicului la săvârșirea unor infracțiuni pot să provoace o tulburare socială de natură a justifica o detenție provizorie, cel puțin pentru un anumit timp. În circumstanțe excepționale, aceasta împrejurare poate fi avută în vedere din punctul de vedere al Convenției, cu condiția ca și dreptul intern să accepte noțiunea de tulburare a ordinii publice. Însă, aceste elemente de fapt trebuie să se bazeze pe fapte de natură să demonstreze că eliberarea deținutului ar tulbura ordinea publică, care nu mai este legitimă dacă societatea nu este în continuare amenințată efectiv, detenția neputând fi menținută în anticiparea unei pedepse privative de libertate (vezi spre ex. considerentele Curții în cauză Letellier vs. Franța, precât. Din 1991 și Tomasi vs. Franța din 27.08.1992)

Cu titlu de exemplu¹, jurisprudența a statuat ca fapta funcționarului public – executor judecătoresc – de a primi mita justifica măsură arestării preventive tocmai prin pericolul public dat de calitatea făptuitorului.

În fapt, prin Încheierea nr. 815 din 19 februarie 2001, Tribunalul Arad, în baza art. 300 raportat la art. 139, al. 2 din Codul de procedura penală, a revocat măsură arestării preventive pentru inculpatul T.A. apreciind că nu mai subzista temeiurile care au determinat luarea măsurii.

Împotriva încheierii a declarat recurs Parchetul de pe lângă Tribunalul Arad criticând-o pentru netemeinicie.

Curtea de Apel Timișoara a admis recursul și a casat încheierea, menținând măsură arestării preventive. Inculpatul a fost executor judecătoresc și a fost surprins în flagrant luând o sumă de bani pentru a îndeplini o îndatorire de serviciu.

Prin calitatea sa, opinia publică a perceput faptă că fiind deosebit de gravă, fiind de natură să afecteze imaginea justiției locale. În acest caz, lăsarea în libertate ar reprezenta pericol pentru ordinea publică tocmai datorită perpetuării imaginii negative asupra actului de justiție².

¹ A se vedea și Tribunalul Bistrița-Nasaud, secția penală, înch. nr. 109/CC/17 din decembrie 2011.

² Curtea de Apel Timișoara, decizia penală nr. 167 din 22 februarie 2001, din programul Lex expert al Companiei de informatică Neat.

5. Concluzii

Arestarea preventivă, în cazul de la art.148, lit.f), presupune existența concomitentă două elemente:

- să fie îndeplinite condițiile de la art.143, C.pr.pen., adică, printre altele, să existe probe sau indicii temeinice ca învinutul respectiv inculpatul a comis o faptă prevăzută de legea penală (ceea ce implică și pericolul social al acestei fapte);

- să existe probe că lăsarea în libertate a făptuitorului prezintă pericol concret pentru ordinea publică.

De aici rezultă că pentru a aresta preventiv, este necesar atât pericolul social al fetei cât și pericolul concret pentru ordinea publică, îndeplinite cumulativ. De aceea, nu toți cei ce comit infracțiuni (deci fapte care prezintă pericol social) sunt și arestați (pentru că nu prezintă pericol pentru ordinea publică).

Extinderea criminalității în societatea modernă și necesitatea luării unor măsuri eficiente pentru asigurarea siguranței cetățenilor implică în mod obligatoriu stabilirea unui echilibru între posibilitățile de reacție a societății împotriva criminalității și protecția drepturilor individuale. Altfel, se ajunge ca legea să nu mai reprezinte mijlocul de ocrotire al celor care o respectă, ci, în principal, al celor care nu o respectă.

Atât pericolul social cât și arestarea preventivă sunt două noțiuni ce vor fi determinate de organele judiciare cu ocazia analizei fiecărei fapte, putând hotărî dacă fapta cade sau nu sub incidența legii penale, este sau nu infracțiune, în raport cu pericolul pe care îl prezintă.

În concluzie, să reținem, cel puțin, că menținerea în detenție nu trebuie folosită pentru a anticipa aplicarea unei pedepse privative de libertate sprijinindu-se în mod esențial și abstract pe gravitatea faptelor comise.

Referințe bibliografice

- Leontin Coras - Arestarea preventivă , Editura C.H. Beck
- Av. Bogdan Ionescu – REȚINEREA ȘI ARESTAREA (Legislație, doctrină și jurisprudența – Comentată și adnotată -) , Editura Continent XXI – București, 2000
- Gheorghe Nistoreanu, Alexandru Boroș, Drept penal, Curs selectiv pentru examenul de licență, ediția a II-a, Ed. ALL BECK, 2002
- Ion Neagu – Tratat de procedura penală.Parte generală – Ediția a II-a, revăzută și adăugită.
- G. Antoniu, Reflecții asupra conceptului de infracțiune, în SCJ nr. 2/1980
- Budusan, Baldea și asociații, Revistă de drept penal comercial, Pericolul pentru ordinea publică.
- Al. Tuculeanu, „Considerații în legătură cu măsură arestării reventive ”, în „Dreptul” nr.4/1995
- Andrei Zărafu, Arestarea preventivă– Reglementare.Doctrina.Jurisprudența, Editura C.H.Beck.
- Portal.just.ro

INTERCEPTĂRILE – MIJLOC DE PROBĂ ÎN PROCESUL PENAL

Elena MEISSNER¹

Abstract:

Atunci când sunt utilizate ca mijloc de probă în procesul penal, interceptările și înregistrările audio-video constituie o temă care necesită cercetare continuă, ca urmare a progresului tehnic permanent și în ritm accelerat. Din acest motiv, apărătorii, procurorii, judecătorii și deopotrivă organele legislative sunt chemate să răspundă unor noi provocări în ceea ce privește colectarea, administrarea și în special aprecierea calității lor, în vederea ajungerii la adevărul judiciar.

Dincolo de procedura specifică aplicabilă, acest studiu își propune să identifice și să clarifice acele aspecte particulare acestui tip de probe, care pot deveni problematice în procesul penal, sub aspectul aprecierii valorii lor.

Cuvinte cheie: interceptare, înregistrare, mijloc de probă, proces, penal

Introducere

Tematica probelor în procesul penal este o tematică extrem de complexă, al cărei studiu reclamă deseori utilizarea nu doar a cunostințelor de drept ci și a unor instrumente specifice altor științe. Complexitatea rezidă din faptul că, procesul penal are în conținutul lui o sumă importantă de drepturi și libertăți fundamentale ale individului, a căror respectare trebuie garantată pe parcursul derulării procesului penal.

Conținutul lucrării

Mijloacele tehnice moderne de investigație au evoluat continuu și în acest context, respectarea intimității vieții private a dobândit o importanță mare, fiind din ce în ce mai dificil de stabilit unde se află granița dintre viața privată și interesul general care justifică un anumit tip de ingerință. O dovadă elocventă în acest sens o reprezintă faptul că, părțile în procesul penal invocă în mod frecvent violarea art. 8 al Convenției europene a drepturilor omului pentru a solicita anularea unei probe obținute de către o parte sau printr-un act de administrare a probei.

De modul în care această problemă este cunoscută și lămurită depinde în bună măsură calitatea actului de justiție și aflarea adevărului judiciar, de aceea, în prezentul studiu ne propunem să identificăm probleme ce ar putea apărea în procesul de culegere, administrare și valorificare a interceptărilor și înregistrărilor audio – video, precum și eventuale soluții pe care legiuitorul le-ar putea adopta în asigurarea pe de o parte a unui grad ridicat de încredere în actul de înfăptuire a justiției, iar pe de alta parte o creștere a confortului psihic dat societății în ceea ce privește limitele ingerinței organelor abilitate sau mai puțin abilitate în viața privată a membrilor societății.

În analiza acestei problematice, care poate avea repercursiuni în cadrul procesului penal ce se pot solda fie cu înlăturarea răspunderii penale a unui vinovat fie cu tragerea la răspundere penală a unui nevinovat, am avut în vedere bogata doctrină în materie dar și cadrul legal și jurisprudența vastă pe această temă, atât la nivel național cât și la nivelul CEDO – Curții Europene a Drepturilor Omului.

¹ Student, Universitatea Româno-Americană, București, (mail: elenameissner@yahoo.com) .Acest studiu a fost coordonat de către asist. univ. Simona Tache (e-mail: tache.simona @profesor.rau .ro)

Astfel, admisibilitatea înregistrării unor convorbiri sau a unor imagini în vederea abținerii de probe în procesul penal, în lumina prevederilor Codului de procedură penală, ridică problema de a ști în ce măsură, acest mijloc de probă încalcă sau nu dispozițiile imperative cuprinse în art. 8 din Convenția Europeană privind Drepturile și Libertățile Fundamentale ale Omului („Convenția”) precum și pe cele din Constituția României, care consacră principiul secretului corespondenței și al vieții private, în general.

Potrivit art. 8 din Convenție, ratificată de România prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994, "orice persoană are dreptul la respect pentru viața sa privată și de familie, domiciliul și corespondența sa".

La o prima vedere s-ar putea spune că prin Convenție, interceptarea comunicațiilor și înregistrările audio-video nu ar fi permise însă, tot Convenția enunță limitele acestui drept, fixând astfel granițele restrângerii lui, cu scopul protejării binelui general al societății în ansamblul ei, permițându-le atunci când:

(i) Interferența autorităților naționale este expres prevăzută de legislația națională a statului pe teritoriul căruia se realizează;

(ii) Interferența să fie realizată în scopul protejării de către stat a cel puțin uneia dintre următoarele valori: securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea săvârșirii de infracțiuni, protejarea sănătății sau a moralei, sau protejarea drepturilor și libertăților altora;

(iii) Interferența să fie necesară într-o societate democratică;

(iv) Să fie respectată procedura legală din norma internă a statului a cărui autoritate realizează interferența cu drepturile prevăzute de art. 8 (1) și aceasta să specifice în mod foarte clar modalitatea și limitele în care interferența se realizează.

Conștientă fiind de pericolul pe care îl creează o astfel de reglementare asupra democrației, invocând tocmai apărarea ei, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a mai statuat¹ că Statele Părți ale Convenției, nu pot, sub umbrela luptei împotriva terorismului sau a altor activități îndreptate împotriva statului, să adopte orice fel de măsuri, fiind necesare garanții solide împotriva unor eventuale abuzuri.

Dincolo de aceste granițe aparent destul de lejere, este esențial de avut în vedere modul în care legislația internă fixează limitele acestor ingerințe și avem aici în vedere:

(i) Constituția,

(ii) Codul de procedură penală,

(iii) precum și o serie de legi speciale, dintre care exemplificăm: lg. 51/1991 privind siguranța națională a României, Lg. 14/1992 privind organizarea și funcționarea Serviciului Român de Informații, Lg. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului, Lg. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, Lg. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor

În ceea ce privește regimul juridic al interceptărilor și înregistrărilor efectuate după începerea urmăririi penale, ele au valoare probantă și vor fi apreciate ca atare, niciodată primate singure, ci în întregul ansamblu de probe existente în cauză. Singura condiție ce se cere a fi îndeplinită este aceea de a fi obținute în mod legal, cu respectarea procedurii specifice, astfel:

(i) *durata*: art. 91¹ indică perioada pentru care o astfel de măsură poate fi dispusă, aceasta fiind de maxim 30 de zile dar cu posibilitatea de prelungire cu perioade succesive de maxim 30 de zile, până la un maxim total de 120 de zile. De remarcă faptul că, în cuantificarea perioadei, se au în vedere: unitatea de infracțiune și unitatea de infractor, ceea ce înseamnă că, dacă în cursul primelor 120 de zile ale interceptărilor, organul de cercetare ia la cunoștință cu privire la savârșirea de către aceeași persoană a unei alte fapte incriminate, pentru care sunt incidente prevederile art. 91¹, poate

¹ Hotărârea CEDO din 06.09.1978, cauza Klass și alții c. Germaniei

dispune o nouă interceptare care, adăunată la perioada anterioară poate conduce până la un maxim chiar dublu față de 120 de zile;

(ii) **infracțiuni:** art. 91¹ al. 2 enumeră exemplificativ infracțiunile pentru care poate fi dispusă interceptarea, printre ele se numără:

- a) infracțiuni contra siguranței naționale;
- b) infracțiuni de trafic: de stupefiante, de arme sau de persoane;
- c) acte de terorism;
- d) spălarea banilor;
- e) falsificare de monede sau alte valori;
- f) fapte de corupție;
- g) infracțiuni care se savârșesc prin mijloace de comunicare electronică;
- h) alte infracțiuni grave.

(iii) **Condiții:**

a) *“cu autorizarea motivată a judecătorului, la cererea procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală”*, rezultă deci că pentru a fi în prezența unui mijloc de probă, este necesar ca urmarirea penală să fie începută, cel puțin *in rem*;

b) *“atunci când sunt date ori indicii temeinice privind pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni (...) pentru care urmarirea penală se realizează din oficiu (...)”* – dacă reținem ca fiind corectă interpretarea data la pct. (i), ar însemna că în practică este posibil să existe situații în care urmărirea penală a fost începută (i) pentru o faptă care încă nu s-a săvârșit ci care doar se pregătește (ii), situație care evident nu se poate regăsi în realitate și prin urmare, ne întărește ideea potrivit căreia, legiuitorul a dorit să creeze un cadru mai larg acestui mijloc de investigare, în afara procesului penal;

c) ne aflăm într-una din următoarele situații: *“interceptarea și înregistrarea se impun pentru stabilirea situației de fapt ori pentru că localizarea sau identificarea participanților nu poate fi făcută prin alte mijloace ori cercetarea ar fi mult întârziată”*.

Probleme apar însă în majoritatea covârșitoare a cazurilor în care aceste interceptări și înregistrări au fost efectuate și documentate în faza actelor premergătoare și ele sunt invocate în faza de judecată în rândul mijloacelor de probă în acuzare.

O primă problemă pe care o ridică interceptările și înregistrările, reiese chiar din modul de reglementare la nivel național, mai precis reglementarea condițiilor în care ele se pot dispune. Dacă în ceea ce privește posibilitatea de interceptare sau înregistrare în faza premergătoare începerii urmăririi penale lucrurile sunt clarificate în sensul că ele se pot utiliza pentru scopul actelor premergătoare, nu există din păcate unitate de opinie în ceea ce privește statutul lor juridic în procesul penal, valoarea lor probantă, subiect care a ridicat o serie de probleme în practică. Pornim așadar în căutarea unui răspuns la întrebarea *“pot constitui mijloace de probă interceptările realizate în faza actelor premergătoare?”*.

Articolul 53 din Constituția României reglementează modul în care exercitarea unor drepturi poate fi restrânsă *“exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți, poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: (...) desfășurarea instrucției penale (...)”*. Prin aceasta, s-a dat posibilitatea legiuitorului de a crea cadrul legal necesar acestor restrângeri. Încă din această fază se impune a fi clarificat ce a dorit să spună legiuitorul prin *“instrucție penală”*. Atât în doctrină cât și în practică s-au formulat opinii atât în favoarea echivalentului *“urmărire penală”* cât și în favoarea unui sens mai larg, potrivit căruia legiuitorul nu a folosit intenționat noțiunea de urmărire penală pentru a da posibilitatea culegerii acestui mijloc de probă și în faza actelor premergătoare urmăririi penale.

Această din urmă interpretare este susținută de însăși Curtea Constituțională care, sesizată fiind de mai multe ori¹, cu soluționarea excepțiilor de neconstituționalitate vizând prevederile art. 91¹ Cpp, a pronunțat o ultimă Decizie² de respingere a excepției, în cursul anului 2009.

¹ Pentru detalii și argumentări suplimentare, a se vedea M.V. Tudoran, Teoria și practica interceptărilor și înregistrărilor audio sau video judiciare, p. 291-293

² Decizia 962/2009 a Curții Constituționale, în dosarul nr. 4941/1/2008 de la ÎCCJ

Pornind de la premisa că ne situăm în sfera urmăririi penale, aceasta poate începe, chiar și numai *in rem*, doar în situația în care fie sunt date concrete potrivit cărora fapta s-a săvârșit, fie există cel puțin indicii temeinice în conformitate cu care fapta s-a comis. Ori din enunțul art. 91¹ al. 1 Cpp rezultă că, interceptările și înregistrările pot fi autorizate tocmai în vederea constatării existenței sau nu a unei “pregătiri” sau “săvârșiri”, fără a căror constatare urmărirea penală nu poate începe. Mai mult, considerăm această interpretare ca fiind justificată și prin faptul că, în cazul anumitor infracțiuni, constatarea săvârșirii lor ar fi imposibilă fără utilizarea acestei modalități de culegere de informații, care nu se poate desfășura decât într-o etapă premergătoare începerii urmăririi penale, spre exemplu: acte de terorism, fapte de corupție, infracțiuni al căror element material reclamă utilizarea mijloacelor de comunicare electronică ș.a.. Este de altfel și rațiunea pentru care legiuitorul se referă în art. 91² al. 1 la secretul operațiunii ori, în condițiile în care persoanei vizate i s-a adus la cunoștință începerea urmăririi penale, este compromisă una dintre trăsăturile esențiale ale acestui mijloc de investigare – caracterul secret.

În plus, al. 5 al art. 91² prevede posibilitatea înregistrărilor efectuate și într-o altă cauză decât cea pentru care s-a autorizat înregistrarea, ceea ce conduce în mod direct la idea deja confirmată în practică, potrivit căreia, legea permite practic folosirea acestui procedeu și împotriva unei persoane față de care nu s-a început vreo urmărire penală.

Pornind de la acest principiu, o serie de autori¹ consideră și ne alăturăm opiniei lor, că organele care efectuează acte premergătoare trebuie să aibă drepturi largi care beneficiază de lipsa publicității.

În acest sens, ÎCCJ² a precizat cu valoare de principiu că legalitatea interceptărilor nu este condiționată de începerea urmăririi penale, ci acestea pot fi autorizate și în faza actelor premergătoare, având valoare de probe în sensul art. 64³ Cod procedură penală coroborat cu art. 91¹ alin. 1. Opinia exprimată de ÎCCJ este susținută și de dispozițiile art. 224 Cpp care se referă la actele premergătoare, ultima teză, potrivit căreia: “Procesul-verbal prin care se constată efectuarea unor acte premergătoare poate constitui mijloc de probă”.

Mai mult, valoarea probatorie a interceptărilor și înregistrărilor efectuate în condiții de legalitate nu este una absolută și de sine stătătoare ci, așa cum am remarcat și anterior, ele pot conduce la convingere în ceea ce privește existența faptei, a modului de săvârșire, a identificării făptuitorului și a stabilirii formei de vinovăție numai atunci când sunt corelate și concordante și cu alte mijloace de probă.

Pe de alta parte, nu există nicio prevedere legală care să limiteze strângerea probelor numai după începerea urmăririi penale. Chiar art. 224 alin. 3 Cpp arată că, procesul-verbal prin care se constată efectuarea unor acte premergătoare poate constitui mijloc de probă.

Lg. 51/1991 privind sigurața națională a României arată că interceptările și înregistrările pot fi autorizate și altfel decât în condițiile Cpp, printr-o procedură necondiționată de începerea urmăririi penale sau de existența vreunei sesizări. De aici rezultă indubitabil că voința legiuitorului a fost ca procedeul probatoriu al interceptării audio sau video să poată fi autorizat și în faza actelor premergătoare. Deasemenea, prin Noul Cod Penal, legiuitorul nu mai reglementează actele premergătoare ci le absoarbe practic cronologic în interiorul urmăririi penale, devansând momentul începerii urmăririi penale.

¹ A se vedea E.V. Ionășeanu, Procedura Inceperii Urmăririi Penale, pag. 185-2004

² Decizia penală nr. 10 din data de 07 ianuarie 2008 pronunțată de Secția penală a ICCJ

³ Art. 64 Cpp: *Mijloacele de probă prin care se constată elementele de fapt ce pot servi ca probă sunt: declarațiile învinuitului sau ale inculpatului, declarațiile părții vătămate, ale părții civile și ale părții responsabile civilmente, declarațiile martorilor, înscrisurile, înregistrările audio sau video, fotografiile, mijloacele materiale de probă, constatările tehnico-științifice, constatările medico-legale și expertizele.*

În acest context, considerăm că opiniile potrivit cărora interceptările și înregistrările efectuate în faza actelor premergătoare nu pot constitui mijloace de probă se înscriu mai degrabă în direcția unor tactici de apărare a învinutului/inculpatului având la bază simple tehnicalități și au mai puțin legătură cu voința legiuitorului, abatându-se astfel de la scopul fundamental al restrângerii exercițiului unor drepturi și libertăți ale individului, acela de a sacrifica în anumite limite interesul personal sau de grup în favoarea interesului general.

O altă problemă spinoasă ridicată în practică cu privire la interceptări și înregistrări, o reprezintă posibilitatea de a verifica legalitatea și temeinicia acestui mijloc de probă, atunci când el a luat naștere în baza unei autorizații emise conform lg. 51/1991 privind sigurața națională a României, care este o procedură pur administrativă ce poate conduce la reținerea săvârșirii unor infracțiuni de drept comun dar care, au fost descoperite printr-un mijloc/procedură în afara dreptului ce o incriminează și care implicit ar trebui să-i guverneze și mijloacele de probă.

Principala problemă o reprezintă caracterul de secret de stat¹ pe care îl are atât activitatea propriu-zisă de realizare a securității naționale, cât și actul de transpunere a operațiunilor desfășurate și a constatărilor efectuate în cadrul respectivelor activități. Ne referim aici la actul de constatare și la mandatul de autorizare a interceptărilor și înregistrărilor comunicațiilor.

Caracterul clasificat al probelor vine în contradicție cu unele garanții privind dreptul la apărare care presupune existența unei posibilități reale de a cunoaște probele în acuzare. Câtă vreme informația furnizată de autoritățile care au atribuții în domeniul securității naționale îndeplinește cerințele unei probe concludente, pertinente și utile dar în același timp are caracter de secret de stat, nici organul judiciar dar nici părțile în procesul penal nu le pot valorifica pe deplin, cu respectarea în același timp a garanțiilor fundamentale.

În acest sens, CEDO a admis² totuși că, punându-se în balanță drepturile acuzatului cu cele privind securitatea națională, dreptul la divulgarea unor probe nu trebuie apreciat ca fiind unul absolut, balanța putând fi înclinată în favoarea securității naționale, opinie susținută și de interpretarea art. 20 al. 1 și art. 23 al. 2 din HG nr. 585/2002, referitoare la situațiile care reclamă declasificarea, printre care necesitatea administrării probelor într-un dosar nu se regăsește.

Cu privire la prevederile lg. 51/1991, CEDO a reținut câteva aspecte deosebit de importante în plan procesual penal, și anume:

(i) în ceea ce privește controlul temeiniciei măsurii interceptării de către o autoritate independentă și imparțială – acest lucru nu este posibil de realizat în cadrul legal actual, întrucât art. 91¹-91⁵ Cpp nu obligă nici serviciile secrete nici procurorul să depună la dosarul cauzei înaintat instanței de judecată documentația care a stat la baza emiterii mandatului de interceptare. Pe cale de consecință, instanța competentă să soluționeze cauza se află în imposibilitatea de a verifica temeinicia autorizației în baza căreia interceptările au luat naștere și se rezumă la a verifica cel mult respectarea condițiilor de formă (procese verbale, transcrieri);

(ii) Un alt aspect important avut în vedere a fost acela privind protejarea caracterului intact și complet al înregistrărilor – legea neconținând dispoziții privind împrejurările în care astfel de interceptări pot fi distruse;

(iii) Posibilitatea atestării realității și fidelității înregistrărilor prin intermediul unei entități independente – posibilitate pe care lg. 51/1991 nu o prevede, dimpotrivă, autoritatea care este

¹ În categoria informațiilor secrete de stat sunt cuprinse informațiile care reprezintă sau care se referă la: "(...) f) activitatea de informații desfășurată de autoritățile publice stabilite prin lege pentru apărarea țării și siguranța națională; g) mijloacele, metodele, tehnica și echipamentul de lucru, precum și sursele de informații specifice, folosite de autoritățile publice care desfășoară activitate de informații"; Deasemenea art. 10 alin. 1 din lg. 51/1991 menționează că "activitatea de informații pentru realizarea siguranței naționale are caracter de secret de stat"

² CEDO, Hotărârea din 06.12.1988, cauza Barbera ș.a. c. Spaniei, CEDO, Hotărârea van Mechelen ș.a. c. Olandei

abilitată să verifice este aceeași care realizează interceptarea, motiv pentru care, exista dubii privind independența și imparțialitatea ei în operațiunea de certificare a autenticității.

Punctele de vedere cu privire la caracterul deficitar al prevederilor legii 51/1991 prin raportare la încălcarea drepturilor și libertăților individuale prevăzute în Convenție au fost susținute și în jurisprudența internă.

Astfel, cu privire la admisibilitatea probelor sub forma interceptărilor și înregistrărilor obținute în baza unei autorizații emise în baza legii 51/1991, Curtea de Apel București a motivat o decizie¹ de înlăturare din cadrul probațiunii a unor procese verbale de transcriere a convorbirilor telefonice după cum urmează:

(i) problema admisibilității probelor nu este de natură să interfereze cu drepturile și libertățile fundamentale ale omului deoarece admisibilitatea lor își are izvorul în dreptul intern;

(ii) pe de altă parte a fost reținut argumentul potrivit căruia voința legiuitorului nu poate fi interpretată în sensul ca accesul acuzatului la documentele din dosar trebuie garantat chiar cu riscul de a prejudicia grav securitatea națională;

(iii) Curtea a apreciat însă în consens cu opinia exprimată de CEDO că, legislația română în materia siguranței naționale contravine Convenției în ceea ce privește prevederile art. 8 al. 1, întrucât nu conferă garanții suficiente împotriva unei eventuale ingerințe arbitrare. Ea permite anumitor instituții să efectueze astfel de înregistrări, sub pretextul unei amenințări la adresa securității naționale, dar pe care să le folosească ulterior împotriva subiectului interceptării, privind savârșirea unei infracțiuni de drept comun, fără ca vreo instanță de judecată să poată cenzura legalitatea administrării unor astfel de mijloace de probă.

(iv) Faptul că interceptările reprezintă o ingerință în exercițiul dreptului la viață, reclamă necesitatea ca legislația în materie să ofere garanții adecvate și suficiente, menite să înlătore orice abuz, dincolo de justificarea acestei măsuri, garanții pe care legea 51/1991 în forma sa actuală nu le oferă. Cu alte cuvinte, legislația actuală poate servi ca justificare pentru probarea unor infracțiuni de drept comun prin ocolirea normelor de drept comun aplicabile, evitându-se astfel orice control judecătoresc asupra unor măsuri de o gravitate deosebită care aduc atingere unui drept fundamental al omului.

(v) Justa soluționare în procesul penal se sprijină și pe dezbateră în contradictoriu a tuturor aspectelor din dosar. În speța analizată, instanța a mai reținut (în mod corect) că, spre exemplu, nici măcar expertiza privind echipamentele utilizate în efectuarea interceptărilor nu se poate dispune întrucât, inclusiv acestea sunt incluse în categoria secretelor de stat.

Cu privire la expertiza ce poate fi realizată în faza de judecată a procesului penal, este importat a fi remarcat faptul că, în baza actualului cadru legal aplicabil, și această componentă ridică o serie de probleme care necesită o mai bună soluționare.

Expertizele sunt realizate de către Institutul Național de Expertize Criminalistice și de către experții Ministerului Justiției din cadrul Biroului Central de Expertize Tehnice, și sunt dispuse de instanța de judecată, având drept obiective:

(i) verificarea autenticității înregistrărilor audio și audio/video. În cadrul acestei verificări ar trebui să se clarifice de către expertul desemnat de instanță dacă, înregistrările conțin eventuale urme de alterare, sunt realizate cu metoda indicată de partea care a produs proba respectivă etc. și dacă ele sunt originale; în acest sens, textul art. 91³ Cpp prevede că, instanței i se transmite o copie a suportului original, consecința fiind aceea că, ceea ce se află în posesia instanței nu este altceva decât ceea ce legea prevede în mod explicit, adică o copie, iar nu un original. Potrivit experților INEC (Institutul Național de Expertize Criminalistice), originale sunt numai înregistrările de pe (din) server, de aceea pentru a stabili dacă înregistrările sunt autentice, este necesar accesul la originalele aflate pe server.

¹ CAB, S. a II-a penală, dec. nr. 53/2007

(ii) examinarea echipamentului tehnic cu care se pretinde că s-a realizat înregistrarea originală, acesta fiind în măsură să ofere indicii importante cu privire la autenticitatea înregistrării; de cele mai multe ori însă, instituțiile care se afla în posesia echipamentelor cu care s-a efectuat înregistrarea/interceptarea nu pun/nici nu ar putea să pună la dispoziție echipamentul pentru expertizare, pe de o parte pentru că fizic/ dimensiunea și caracteristicile lui nu permit, iar pe de altă parte, dacă acest lucru ar fi posibil, activitatea instituțiilor implicate ar fi blocată;

(iii) prin expertiză se verifică dacă înregistrările sunt realizate simultan cu desfășurarea evenimentelor descrise în dosarul cauzei

(iv) identificarea persoanelor după voce și vorbire - se efectuează numai asupra înregistrărilor originale sau duplicate (copii fidele) ale înregistrărilor originale eliberate și certificate de autoritățile care le-au realizat, cu condiția ca, duplicatele să fie admise de organul judiciar care a dispus expertiza. Nu rar se întâmplă ca, apărătorul inculpatului, cunoscând faptul că posibilitatea realizării unei astfel de expertize este extrem de redusă, recurge la tactica apărării prin nerecunoașterea vocii din interceptare, de către inculpat.

Pentru a fi autentică, o înregistrare trebuie să îndeplinească trei cerințe esențiale:

1. înregistrarea să fie originală, adică să fie efectuată simultan cu evenimentele conținute;
2. să fie nealterată de la momentul realizării ei;
3. să fie efectuată cu echipamentul prezentat de partea care prezintă proba.

În lipsa unuia dintre aceste trei elemente, din punct de vedere științific, expertul se află în imposibilitatea de a putea declara o înregistrare ca fiind autentică sau neautentică.

Inexistența suporturilor originale ale interceptărilor și înregistrărilor invocate ca probe și refuzul permiterii accesului părților și instanțelor la suporturile originale, câtă vreme cerința existenței suporturilor originale constituie o condiție legală imperativă de valabilitate a interceptărilor și înregistrărilor prezentate drept probe, determină nulitatea absolută a interceptărilor și înregistrărilor, făcând ca, și în situația în care mijlocul de probă a fost obținut cu respectarea tuturor prevederilor legale, acesta să nu poată fi utilizat în procesul penal.

În mai multe spețe similare¹, CEDO a reținut în multiple cauze faptul că, un asemenea cadru legislativ deficitar încalcă prevederile art. 6 din Convenție, care se referă la dreptul al un proces echitabil.

O altă problemă controversată legată de interceptări și înregistrări ne-a oferit-o și de această dată, tot legiuitorul care, dorind să transpună Directiva EU nr. 2006/24/CE a adoptat în anul 2008 legea 298 prin care reglementa în principal obligația furnizorilor de comunicații de a reține în mod continuu pe o perioadă de 6 luni datele (de trafic, localizare și identitate) generate sau prelucrate de către orice persoană. Dată fiind opoziția puternică manifestată de întreaga societate civilă, această lege a fost declarată² neconstituțională în integralitatea ei, ca urmare a faptului că prevederile ei încălcau drepturi și libertăți fundamentale, precum: dreptul la viață intimă, familială și privată sau libertatea de exprimare.

Prevederile Directivei au fost puse la îndoială în mai multe state semnatare ale Convenției, sub aspectul respectării drepturilor fundamentale ale omului. Spre exemplu, Germania a refuzat categoric să transpună directiva, declarând că este preferabil pentru statul german să-și asume riscurile unei eventuale proceduri de infringement ce ar putea fi declarată împotriva sa, în timp ce, țări precum Irlanda sau Slovacia, care au votat împotriva hotărârii Consiliului de a adopta Directiva în cauză, a preferat să înainteze Curții de Justiție de la Luxemburg o serie de întrebări preliminare care vizează tocmai compatibilitatea dintre prevederile Directivei și cele ale Convenției privind drepturile și libertățile fundamentale ale omului.

¹ a se vedea Hotărârea CEDO în cauza Natunen c. Finlanda, 21022/04 din 2009

² Decizia Curții Constituționale (CCR) nr. 1258/2009

Legea nr. 82/2012 privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de rețele publice de comunicații electronice și de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului, adoptată în vara anului 2012 și care nu aduce modificări esențiale față de vechea reglementare abrogată prin declararea ca neconstituțională, este o dovadă a opțiunii legiuitorului român în favoarea aplicării prevederilor obligatorii unionale și în defavoarea/detrimentul respectării drepturilor fundamentale, în ciuda opiniei deja exprimate de Curtea Constituțională a României pe marginea acestui subiect.

Concluzii

Concluzionând asupra problematicii expuse, se impune a fi remarcat că aceasta este mult mai vastă, problemele dezbătute aici fiind doar câteva dintre multele care îngreunează activitatea judecătorească și care face ca, nivelul de predictibilitate al soluțiilor pronunțate să fie unul foarte scăzut.

Având în vedere istoria țării noastre, care din păcate a permis fomarea unui curent de opinie în rândul populației, potrivit căruia interceptările și înregistrările sunt posibile și practicate pe scară largă, este cu atât mai important să se restabilească echilibrul în ceea ce privește cadrul exercitării interceptărilor și nu în ultimul rând, acest nou echilibru să fie perceput ca atare de către membrii societății.

Atât doctrina cât și cadrul legal adoptat în ultimii 20 de ani au avut în vedere soluționarea acestei probleme, înregistrându-se progrese importante în această direcție.

Pentru o bună rezolvare a problematicii, se impune ca organul legiuitor să adopte:

- (i) norme de clarificare/interpretare unitară a prevederilor art. 91¹-91⁵;
- (ii) o armonizare a prevederilor lg. 51/1991 cu viziunea CEDO, în ceea ce privește valoarea probatorie pe tărâm de drept comun a interceptărilor și înregistrărilor autorizate în baza acestei legi;
- (iii) modificarea cadrului legislativ în vigoare care reglementează noțiunea de “suport original” al interceptărilor și expertizarea echipamentului cu care s-au realizat interceptări și înregistrări;
- (iv) armonizarea prevederilor legii 82/2012 cu prevederile Convenției privind drepturile și libertățile fundamentale ale omului.

Referințe bibliografice:

Acte normative și publicații:

1. *Constituția României, art. 53*
2. Cod procedură penală
- 2.1. Lg. 51/1991 privind siguranța națională a României, art. 13-15
3. <http://www.juridice.ro/211609/interceptarile-audio-video-realizate-anterior-inceperii-urmarii-penale-nu-pot-constitui-mijloace-de-proba-in-procesul-penal.html>
4. Directiva UE 2006/24/CE
5. Legea nr. 82/2012 privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de rețele publice de comunicații electronice și de furnizorii de servicii de comunicații electronice

Cărți, culegeri, autori:

6. Ion Neagu, *Tratat de procedură penală – parte generală, ed. a II-a* (București, Universul Juridic, 2010), 452, 488-504

7. Ion Neagu, *Tratat de procedură penală – parte specială, ed. a II-a* (București, Universul Juridic, 2010), 98, 117
8. Mihai Viorel Tudoran, *Teoria și practica interceptărilor și înregistrărilor audio sau video judiciare* (București, Universul Juridic, 2012), 21-34, 78-80
9. Adrian Petre și Cătălin Grigoraș, *Înregistrările audio și audio-video* (București, C.H. Beck, 2010), 42, 183
10. Dr. Radu Botaș, drd. Petru Ștețcu și Miruna Gabor, *Mijloace de probă în procedura penală* (Arad, Concordia, 2005)

ASPECTE DE PSIHOLOGIE PRIVIND RELAȚIA ANCHETATOR – ANCHETAT

Antonia Ligia BONDAR*

Abstract

Ne-am propus să analizăm, atât din perspectivă criminalistică și procesual penală, cât mai ales din perspectivă psihologică, relația care se stabilește între anchetator și anchetat, interrelaționarea acestora, care evidențiază trăirea emoțională pe care contactul cu reprezentantul autorității o generează. Astfel, am considerat oportun să facem referire la contactul care se stabilește în biroul de anchetă, analizând personalitatea anchetatorului, prin prisma calităților intelectuale și moral-afective ale sale, identificând totodată și tipurile de anchetatori, dar și particularitățile psihologiei învinutului sau inculpatului și tipurile temperamentale. De asemenea, am acordat atenție și comportamentului simulat și modalităților de depistare a acestuia, prin intermediul indicatorilor psihofiziologici și a mijloacelor tehnice de detectare a tensiunii psihice.

Cuvinte cheie: *biroul de anchetă, psihologia anchetatorului, psihologia învinutului sau inculpatului, comportament simulat, tipologii*

1. Introducere

În această lucrare ne-am propus să acordăm o atenție deosebită relației care se stabilește între anchetator și anchetat, pentru a contura specificul activității de cercetare penală, în special a anchetatorilor și a demonstra complexitatea activității acestor persoane, care trebuie să posede o solidă bază de cunoștințe procesual penale, criminalistice și psihologice și o personalitate puternică și bine definită.

Am ales să abordăm această temă în primul rând din perspectivă psihologică, întrucât interrelaționarea reprezintă, în fapt, o confruntare a personalităților, a unor universuri distincte, bogate psihic, emoțional, cultural, confruntare guvernată de cadrul legal, care îi stabilește limitele, dar care depășește însă litera legii, articolul și alineatul, căci urmează legea naturii umane, iar esența acestei confruntări nu poate fi decât de sorginte psihologică.

Pentru a evidenția specificul acestei activități și a-i surprinde trăsăturile, am ales să analizăm personalitățile celor implicați, de pe poziții inegale, în această confruntare, pentru a demonstra cât de necesare sunt cunoștințele de psihologie pentru organele judiciare, pentru ca interrelaționarea să fie una autentică, să se creeze contactul psihologic, în atmosfera sobră, dar de încredere, care să constituie un mediu propice mărturisirii. De asemenea, am trecut în revistă și modalitățile de depistare a comportamentului simulat și am făcut referire și la valoarea probantă a rezultatelor obținute, atât din perspectivă psihologică, cât și procesual penală.

Ne-am propus ca această lucrare să reprezinte o îmbinare a ideilor și teoriilor unor mari autori, consacrați în domeniile pe care le reprezintă, o compilație de informații care conturează specificul acestei activități, prin atenția acordată contactului uman care se stabilește între temperamentele, personalitățile, educația și valorile persoanelor implicate și, uzând de aportul ideatic al unor psihologi recunoscuți, ne-am dorit să “umanizăm” cadrul legal rigid, care guvernează activitatea de ascultare a învinutului sau inculpatului.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București (e-mail: a_ligia_11@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin (damaschin.mircea@gmail.com).

2. Contactul în biroul de anchetă

Interrelaționarea anchetator – anchetat evidențiază mai ales trăirea emoțională, pe care contactul cu reprezentantul autorității o generează. Atitudinea anchetatorului, politicoasă, însă oficială și rezervată, care chestionează și cere lămuriri, creează un fond difuz emoțional pentru persoana anchetată¹.

În urma contactelor inițiale cu învinuitul sau inculpatul, anchetatorul îi apreciază acestuia comportamentul expresiv. Învinuitul sau inculpatul poate simula stăpânirea de sine, calmul sau anumite stări de suferință ori poate adopta o atitudine de revoltă, pentru a impresiona pe anchetator, iar aceste manifestări pot fi demascate și înlăturate. Manifestările involuntare însă, care reprezintă reacții fiziologice ale tensiunii psihice, nu pot fi mascate și nici provocate voluntar, iar cele mai ilustrative în acest sens sunt: înroșirea/paloarea feței, tremurul vocii, frământatul mâinilor, latența în răspunsuri etc.

De multe ori însă, anumite reacții emoționale pot fi greșit interpretate, ca un indiciu de vinovăție, deși ele pot fi expresii ale temerii inocentului de contactul cu reprezentantul autorității.

Astfel, anchetatorul trebuie să înțeleagă corect motivele care provoacă starea emoțională, care pot fi legate de labilitatea psihoemoțională a învinuitului sau inculpatului, de trecutul său infracțional, de problemele personale prezente etc. De aceea, discuțiile introductive, legate de situația familială, profesională, stare de sănătate au rolul de a degaja atmosfera și de a “încălzi” relația anchetator-anchetat².

Este necesară crearea unei atmosfere de siguranță și încredere, pentru ca o persoană sinceră, dar labilă emoțional (minori, femei, vârstnici) să se destindă, iar interogatoriul să aibă succes. În caz contrar, persoana respectivă se va afla într-un vădit disconfort generat de teama față de implicațiile învinuirii, la care se adaugă și încordarea emoțională generată de contactul cu reprezentantul autorității.

Dacă persoana anchetată este chiar autorul faptei, se observă că discuțiile introductive nu dau roade, ambianța rămâne artificială. În timp ce persoana nevinovată, ca urmare a discuțiilor preliminare, are capacitatea psihică de a se degaja de situația în care se află, căci nu are nicio legătură cu cauza, învinuitul nu dispune de aceeași capacitate de comutare.

3. Elemente de psihologie care privesc personalitatea anchetatorului

Anchetatorul este dator să se supună anumitor exigențe³ de ordin legal, moral, de competență, pentru ca activitatea sa să fie una de calitate și să permită atingerea scopului, aflarea adevărului. Astfel, exigențele legale îi cer acestuia cunoașterea profundă a normelor legale penale și procesual penale și a drepturilor omului. Exigențele de ordin moral se referă la raportarea acestuia la valorile umane, să cunoască în ce fel au fost lezate aceste valori și interese ale omului, iar exigențele de competență vizează pregătirea de specialitate a anchetatorului, experiența sa și abilitatea de a utiliza tehnologia judiciară și de a solicita expertizele de specialitate pe care cauza le reclamă.

“*Codul de conduită pentru persoanele răspunzătoare de aplicarea legii*”, adoptat de Adunarea Generală a ONU în decembrie 1979, conține prevederi interesante, legate de îndatoririle de care trebuie să se achite aceste persoane și de exigențele cărora trebuie să li se supună.

3.11 Calități psiho-intelectuale și moral-afective

Psihologia judiciară se oprește în mod constant asupra anumitor calități, care conturează profilul psiho-intelectual al anchetatorului: gândirea, memoria, integritatea senzorială, echilibrul psihologic, capacitatea de a juca diferite roluri și buna credință⁴.

¹ Nicolae Mitrofan, Voicu Zdrengea, Tudorel Butoi, *Psihologie judiciară*, Casa de Editură și Presă “Șansa” SRL, București, 1992, p. 187.

² *ibidem*, p. 188.

³ Ioana Teodora Butoi, Tudorel Butoi, *op. cit.*, p. 271.

⁴ Ilie Magureanu, *op. cit.*, p. 39.

Gândirea este "un proces psihic de integrare a informației la nivel conceptual, prin care subiectul cunoașterii individuale "devine capabil să depășească limitele hic et nunc ale percepției și să pătrundă mai adânc, nu atât constatativ, cât mai ales comprehensiv-explicativ, în esența realității".¹

Gândirea anchetatorului trebuie să fie clară, riguroasă și cu un dezvoltat spirit critic.

Memoria reprezintă ceea ce se obține în urma operațiilor de stocare și conservare a informației care provine din exterior și a celei legate de trăirile subiective în raport cu sursele externe.

Anchetatorului îi este necesară atât memoria de scurtă durată, pentru a putea consemna relațiile anchetatului, ulterior convorbirii, cât și memoria de lungă durată, care este rezervorul informațiilor trăite și a evaluărilor și interpretărilor acestor informații prin raportarea la etaloane socio-culturale, etice, științifice etc.

Integritatea senzorială se referă la condiția fiziologică normală a analizatorilor anchetatorului. Integritatea senzorială determină corectitudinea percepției și asimilării informației venite dinspre anchetat și exactitatea redactării actelor de urmărire penală.

Echilibrul emoțional vizează componenta afectivă a psihicului anchetatorului². Acesta trebuie să dea dovadă de autocontrol, pentru a-și ține în frâu manifestările negative (dezgust, plictiseală, agresivitate) și să se elibereze de orice prejudecăți legate de persoana anchetată.

Capacitatea actoricească este necesară pentru a putea simula anumite stări sau a juca rolul unui anumit personaj și astfel să înțeleagă motivele, stările și reacțiile infractorului. Acest lucru nu justifică însă adoptarea de procedee specifice artei teatrale și nici scenariile, întrucât cadrul de desfășurare a anchetei trebuie să fie unul sobru și solemn. Anchetatorul trebuie doar să dețină abilitățile de a simula furia, nerăbdarea sau simpatia, fără a-și pierde stăpânirea de sine, fără a intra în pielea infractorului, ca tactică pentru obținerea unei mărturisiri sincere și complete.

Buna credință presupune onestitate, care constă în ordine, loialitate, prudență și intenția dreaptă (aflarea adevărului cu respectarea legii), diligență (evitarea abuzurilor de orice fel), liceitate (utilizarea doar a procedurilor admise de lege, respectarea drepturilor omului) și abținerea de la producerea prejudiciilor.

În concluzie, anchetatorul trebuie să dispună de anumite calități, precum: perspicacitate, spirit de observație, subtilitatea deducțiilor, rapiditatea sesizării unor reacții, dar și o gândire suplă, lipsită de șabloane.

3.2. Tipuri de anchetatori

Studierea comportamentului anchetatorilor, în relația cu persoanele anchetate, a condus la anumite clasificări:

Anchetatorul temperat are un comportament firesc, natural, ascultă cu interes interlocutorul, este răbdător, calm și intervine oportun pentru lămurirea aspectelor.

Anchetatorul amabil manifestă o anumită jovialitate în relația cu persoana anchetată, nu ezită să-i ofere acesteia o cafea sau o țigară, pentru a destinde astfel atmosfera. Dacă însă amabilitatea sa nu este constantă, echilibrul anchetei se rupe, anchetatul se inhibă și investigația se poate compromite.

Anchetatorul autoritar are o atitudine rigidă, cu accente de solemnitate. Nu este interesat în studiul psihologiei anchetatului și astfel nu găsește modalitățile de a stimula pozitiv convorbirea. El mizează mai mult pe intimidarea anchetatului.

Anchetatorul vorbăreț este o persoană complexată de necesitatea afirmării sau de necesitatea descărcării unei tensiuni afective, iar logoreea este modalitatea de eliberare a acestei stări. Astfel, el intervine inoportun în relațiile anchetatului și poate compromite ancheta.

¹ Mihai Golu, *Principiile psihologiei cibernetice*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1975, p. 158.

² Ioana Teodora Butoi, Tudorel Butoi, *op. cit.*, p. 274.

Anchetatorul cabotin exagerează utilizarea procedeelelor actoricești, fapt ce poate provoca stări improprii pentru anchetat: amuzament, dispreț, penibilitate sau chiar inhibarea anchetatului, iar în felul acesta ancheta se poate compromite.

Anchetatorul patern este cel care adoptă un comportament blând, manifestând chiar compasiune față de anchetat, însă o astfel de atitudine va fi imediat speculată de un infractor recidivist și versat, care va încerca să-și atenueze faptele.

În această clasificare, istoria a cunoscut și inclus și tipologia *anchetatorului torționar*, însă în sistemul judiciar modern existența sa este de neconceput.

4. Particularități ale psihologiei învinutului sau inculpatului

4.1. Observația comportamentului expresiv și rolul în studierea personalității

Observația, conform DEX, reprezintă procedeul cunoașterii științifice care constă în contemplarea metodică și intenționată a unui obiect sau a unui proces. Din punct de vedere psihologic, reprezintă *concentrarea tuturor mecanismelor senzoriale prin care omul ia act de structura unui obiect sau de particularitățile desfășurării unui fenomen, a unei acțiuni, a unor acte de conduită*¹.

Fiecare persoană, la întâlnirea cu altă persoană, realizează o cunoaștere, mai întâi intuitivă, apoi conștientă, a însușirilor psihice ale acesteia și își adaptează propriile manifestări, ținând cont de statura, ținuta, mimica, gestica și exprimarea persoanei respective.

Există în fiecare dintre noi, tendința de a căuta să apărăm în fața celorlalți într-o lumină mai bună și astfel ne intensificăm unele trăsături și le mascăm pe altele, ceea ce poate determina formarea unei prime impresii greșite.

Observația are un caracter selectiv și este important să știm în ce măsură aspectele exterioare observate sunt caracteristice persoanei sau situației. Aspectele exterioare se referă la:

Pantomima, adică ansamblul reacțiilor la care participă tot corpul (ținută, mers, gesturi). Ținuta exprimă poziția corpului, dar și atitudinea individului, ca urmare a trăirii sale psihice din acel moment. Mersul exprimă fondul energetic de care dispune persoana și constituie un semnal al coloraturii sale afective. Gesturile exprimă reacția la o modificare survenită în mediul exterior sau interior și sunt: instrumentale, retorice și reactive.

Mimica constituie ansamblul modificărilor expresive la care participă părțile mobile ale feței: ochi, sprâncene, frunte, gură, maxilare, obraji. Rolul esențial revine privirii, căci gradul de deschidere a ochilor, direcția privirii, mobilitatea sau imobilitatea sa sunt edificatoare pentru situația în care se află persoana.

Vorbirea poate fi și ea valorificată din punct de vedere psihologic, prin analiza sa formală, fluentă, debit, intonație, pronunție, analiză semantică și plasticitate sau expresivitate. Toate acestea oferă informații legate de procesele cognitive, de caracteristicile temperamentale, de gradul de educație și coerență în raționamente.

Îmbrăcămintea reprezintă un indiciu asupra stării materiale a individului, însă are și semnificații psihologice, întrucât reflectă preferințele estetice sau imaginea pe care individul dorește s-o contureze în ochii celorlalți.

4.2. Temperamentul. Indici psihologici și tipuri temperamentale

Temperamentul exprimă dinamica persoanei, potențialul său energetic. Indicii psihologici ai temperamentului² sunt: *impresionabilitatea*, adică tăria cu care sunt trăite fenomenele psihice, în special cele senzoriale și afective; *impulsivitatea*, care reflectă caracterul brusc al răspunsurilor sau perioadele mari de latență și intensitate redusă; *ritmul reacțiilor și al trăirilor interioare* înfățișează alternarea lor uniformă sau neuniformă între răspunsuri și pauze sau o instabilitate psihică; *tempoul*

¹ Ioana Teodora Butoi, Tudorel Butoi, *op. cit.*, p. 231.

² Ioana Teodora Butoi, Tudorel Butoi, *op. cit.*, p. 238.

modificărilor neuropsihice temperamentale se exprimă în frecvența fenomenelor într-o anumită unitate de timp; *expresivitatea psihică* apare în intonația, debitul și fluența limbajului, în expresiile emoționale și mimice.

În ceea ce privește tipurile temperamentale, acestea sunt în număr de patru și prezintă, fiecare, anumite caracteristici distinctive:

Colericul este cel neliniștit, nervos, impulsiv, cu mișcări bruște, trăiri afective intense, dar inegale, reacții explozive; manifestă adesea momente de încordare și o stare de alarmă internă, nejustificate; conduita, privită în ansamblu este inegală, stăpânirea de sine lasă de dorit; somnul este agitat; este capabil de sentimente puternice și durabile.

Sangvinicul este mobil, cu mare capacitate de adaptare și receptiv la nou, aproape mereu binedispus, energic și stabilește cu ușurință relații cu cei din jur; vorbirea este clară, cu intonații; poate deveni repede indiferent față de o activitate neinteresantă; nu este foarte înclinat spre sentimente puternice și stabile.

Flegmaticul este liniștit, foarte calm; lent în mișcări și fără reacții emoționale vii, pare uneori indiferent; vorbirea este monotonă și egală; este ordonat, rezervat; se concentrează puternic într-o activitate și nu poate fi ușor distras; stările afective se desfășoară lent, dar sunt stabile.

Melancolicul este sensibil, timid, închis, are un tonus slab al conduitei și rezistență scăzută la eforturi intelectuale, capacitate de concentrare slabă și înclinații spre reverie; se adaptează greu la situații noi.

Tipurile temperamentale pure apar foarte rar în realitate. Cel mai adesea întâlnim temperamente combinate, în care domină trăsăturile unui anumit tip.

4.3. Psihologia învinuitului sau inculpatului în momentul interogatoriului și în perioada postinfracțională

Învinuitul sau inculpatul traversează, mai mult sau mai puțin conștient, câteva etape infracționale. Astfel, mecanismele sale psihologice trebuie raportate la aceste etape:

În prima etapă se conturează latura subiectivă a infracțiunii, prin conceperea activității infracționale (reprezentarea actului) și rezoluției infracționale¹. Această etapă este prezentă în cazul infracțiunilor săvârșite cu intenție.

În a doua etapă are loc desfășurarea activității infracționale, care, la rândul său, parcurge trei faze: faza actelor pregătitoare, faza actelor de executare și faza urmărilor. Această etapă este marcată de o puternică activitate psihică, care dezorganizează percepția și din cauza concentrării atenției, aproape în exclusivitate, asupra obiectului infracțiunii.

În a treia etapă, postinfracțională, apar procesele psihice determinate de teamă, de lupta făptuitorului pentru a evita răspunderea penală.

După săvârșirea unei infracțiuni, la cei mai mulți dintre infractori se instalează o stare de tensiune psihică, generată de neliniște, nesiguranță, care pot conduce la adoptarea unui comportament nefiresc: plecarea precipitată de la locul faptei, ascunderea unor mijloace de probă, dispariția de la domiciliu, crearea de alibiuri. Strădania infractorului de a nu fi descoperit face ca, în exprimarea sa, să existe o greșeală care îl demască.

Aceste acțiuni, efectuate sub imperiul stării de tensiune psihică, conduc la erori, la scăpări din cele mai diverse. Astfel apar și contradicțiile ulterioare din declarații sau negarea unor fapte stabilite cu certitudine.

Stărilor emoționale de tensiune psihică le corespund anumite manifestări somatice, precum: accelerarea sau dereglarea ritmului respirației, scăderea salivației, accelerarea băților inimii, contractarea mușchilor scheletici, schimbarea mimicii și pantomimicii, modificarea timpului de reacție sau de latență. Toate aceste modificări pot fi stabilite cu o anumită aproximație în cadrul

¹ Constantin Bulai, *Drept penal român. Partea generală*, vol.I., Editura Șansa, București, 1992, p. 164-165.

interogatoriului, de un magistrat cu o experiență bogată, care poate sesiza momentele de creștere a tensiunii psihice.

4.4. Tipologii umane și contracararea atitudinii de rezistență la interogatoriu

Învinuitul sau inculpatul, în timpul interogatoriului, se va manifesta într-un anumit fel față de organele judiciare, față de fapta comisă, în funcție de structura personalității sale.

Un individ care manifestă o structură psihică deosebit de anxioasă în fața organului judiciar, poate adopta o serie de acte comportamentale care să constituie “dovezi” ale vinovăției sale¹.

Organul judiciar, dacă va cunoaște structura de personalitate a anchetatului, va putea dirija ascultarea astfel încât factorii de personalitate ai acestuia să-l ajute în conturarea adevărului. De aceea, trebuie adoptate procedee specifice de interogare pentru fiecare categorie de indivizi: cel hiper-emotiv trebuie abordat astfel încât să se evite blocajele emoționale, iar cel hipo-emotiv, care nu va fi influențat de mijloacele psiho-emoționale, va trebui abordat prin mijloace logico-raționale; colericul, care este foarte temperamental și irascibil, dacă va fi “invadat” de întrebările anchetatorului, își va pierde ușor autocontrolul și va comite gafe.

Din perspectiva rezonanței reprezentărilor sau a gradului de impresionabilitate, indivizii se pot încadra în două categorii: tipul primar și tipul secundar².

Tipul primar se află sub dependența directă a evenimentelor prezente, acționează sub impulsul prezentului și este orientat spre exterior. Se adaptează rapid, are reacții vii, dar superficiale.

Tipul secundar este orientat spre trecut, spre interior și mai greu adaptabil. Se angajează profund în ceea ce face și este mai mult reflexiv, decât spontan.

4.5. Recunoașterea comiterii faptei – de la refuz la mărturisire

În timpul ascultării, învinuitul sau inculpatul poate recunoaște sau nu învinuirea care i se aduce sau poate chiar refuza să facă vreo declarație.

În cazul în care recunoaște, există două situații:

1. învinuitul sau inculpatul își recunoaște vinovăția, iar recunoașterea este sinceră, pentru că el este cel care a săvârșit infracțiunea;

2. învinuitul sau inculpatul recunoaște în tot sau în parte învinuirea care i se aduce, însă declarațiile sale nu sunt sincere.

În cazul în care nu recunoaște, se pot distinge, de asemenea, două situații:

1. învinuitul sau inculpatul nu recunoaște învinuirea care i se aduce, dar declarațiile sunt de rea-credință;

2. învinuitul sau inculpatul nu recunoaște învinuirea, dar declarațiile sale sunt sincere, căci nu el este autorul faptei.

Există în practică anumite situații, când învinuitul sau inculpatul recunoaște fapta fără să opună rezistență. Fundamentul psihologic al acestei “prezumții de sinceritate” a mărturisirii³ este faptul că cel care se consideră vinovat de comiterea unei infracțiuni, este conștient de gravitatea consecințelor care decurg din recunoaștere, fiind nefiresc ca cineva să se incrimineze în mod fals.

Recunoașterea poate fi determinată de diverse motive: unii infractori sunt copleșiți de regret și vor să-și recapete astfel liniștea sufletească; alții recunosc, fiindcă înțeleg că probele care susțin vinovăția sunt imbatabile; recunoașterea poate fi și rezultatul regretului provocat de posibilitatea condamnării pe nedrept a altei persoane, nevinovate; unii infractori mărturisesc dintr-o vanitate imensă, dintr-un orgoliu mărit.

Recunoașterea poate fi sinceră sau nesinceră, însă oricât de convingătoare ar fi, există pericolul ca învinuitul sau inculpatul să retracteze cele afirmate. Este mai ales cazul celor cu o bogată

¹ Ioana Teodora Butoi, Tudorel Butoi, *op. cit.*, p. 262.

² *ibidem*, p. 263.

³ Ioana Teodora Butoi, Tudorel Butoi, *op. cit.*, p. 264.

experiență infracțională, care urmăresc ca prin această recunoaștere să determine trimiterea lor în judecată, fără ca mărturisirea să fie susținută de probe solide, iar în fața instanței să retracteze declarațiile și astfel să se sustragă de la răspunderea penală.

Practica judiciară cunoaște și falsele declarații, situații în care învinuitul sau inculpatul recunoaște în tot sau în parte comiterea unei fapte penale, însă declarațiile sale nu sunt sincere. Acest individ, care se recunoaște vinovat de o faptă pe care nu a comis-o, are probabil motive foarte serioase să o facă, motive care se găsesc la granița dintre normal și patologic (afecțiuni psihice – melancolia, isteria). În aceste cazuri este necesar suportul unui medic de specialitate.

Motivele care se încadrează în sfera normalului pot fi: recunoașterea unei infracțiuni mai ușoare, pentru a ascunde comiterea uneia mai grave, individul se afla în eroare din cauza unei false convingeri legate de propria responsabilitate, recunoașterea din motive altruiste, din devotement față de adevăratul făptuitor.

Recunoașterea poate fi determinată și de prezentarea, de către organul judiciar, a probelor care susțin vinovăția. Organul judiciar va aprecia care sunt probele care vor fi folosite, modalitatea și momentul oportun de înfățișare a lor. În cazul în care învinuitul sau inculpatul neagă faptele, se poate apela la doua procedee de prezentare a probelor incriminatorii, progresiv și frontal de audiere.

Indiferent însă de metodele sau procedeele alese, ancheta penală este incompatibilă cu tortura, prin aceasta înțelegând, în sensul art. 4 al Convenției împotriva torturii și a altor pedepse ori tratamente cu cruzime, inumane sau degradante *“orice act prin care se provoacă unei persoane, cu intenție, o durere sau suferințe puternice, fizice sau psihice, mai ales cu scopul de a obține de la această persoană sau de la o persoană terță informații sau mărturisiri”*.

5. Comportamentul simulat. Modalități de depistare

Dintre formele de simulare, discutăm despre minciună, pe care o întâlnim atunci când este comunicată prin limbaj și despre refuzul de a mărturisi, ca o formă mai intimă de simulare¹.

Oamenii, prin simulare, doresc să-și convingă auditorii de poziția pe care și-o expun aparent, însă oricărui comportament aparent îi corespunde aspectul său inaparent și, întrucât comportamentul acționează ca un tot, există și posibilitatea de a cunoaște simularea.

Detectația minciunii se poate realiza prin mai multe metode², precum: *metoda asocierilor de idei*, în care o anumită semnificație a cuvintelor care se spun cuiva poate influența asocierile pe care aceasta le stabilește. Există cercetări care susțin că în conținutul asocierilor pe care le facem pot fi incluse și aspectele unor percepții subliminale. Dacă viteza de reacție verbală este diferită la cuvintele critice față de acelea ne semnificative, se poate dovedi simularea; *indicatorii vegetativi* se situează pe primul plan prin modificările pe care le produc: pulsul crește imediat după minciuna afirmată, poziția verticală a undelor pulsațiilor înscrise este modificată, presiunea sangvină crește; *înregistrările fiziologice* sunt asociate cu alți indicatori de detecție a simulării și contribuie considerabil la detectarea comportamentului simulat; *expresia sonoră a răspunsului verbal*.

5.1. Indicatori psihofiziologici de depistare

Primul aparat specializat de “detectare a minciunii” (lie-detector) a fost realizat în 1925, în Statele Unite, de Larson. Ulterior au fost concepute aparate tot mai perfecționate care detectează emoția (nu cauza acesteia) și care se bazează pe faptul că, în momentul simulării, individul prezintă o serie de manifestări emoționale și nu-și poate controla în întregime aceste manifestări.

Indicatorii fiziologici care servesc la depistarea tensiunii emoționale sunt consecința unor procese fiziologice³: *modificările activității cardiovasculare* (manifestate în ritmul și amplitudinea pulsului, tensiunea arterială), *modificarea caracteristicilor normale ale respirației* (devine nereglată

¹ Ioana Teodora Butoi, Tudorel Butoi, *op. cit.*, p. 291.

² *ibidem*, p. 293.

³ Emilian Stancu, *Tratat de criminalistica*, editia a V-a, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2010, p. 482.

și grea), *modificarea rezistenței electrice a pielii* (reacție electrodermică – R.E.D), *modificarea caracteristicilor normale ale vocii*, *modificarea caracteristicilor scrierii* (viteza de execuție și presiune).

Printre mijloacele psihologice de obiectivare a tensiunii psihice le amintim pe cele cuprinse în chestionarele și testele de personalitate¹.

O parte dintre cei solicitați să răspundă la *chestionarele psihologice* au tendința de a face o bună impresie și astfel, pentru a preveni falsitatea răspunsurilor s-a pus problema introducerii în chestionare a unor “scale speciale” de detecție a unor disimulări.

Testul M.M.P.I. (Minnesota) conține, la rândul său, o “scala specială” de 18 elemente și o “scală specială pentru copii” (N.M.P.I.), cu doi indici de simulare, identificați ca factori care exprimă tendința de a minți și o apărare perceptivă.

Testul de a percepție tematică (T.A.T.), aplicat într-o condiție standard, comparat cu o agresivitate simulată, poate evidenția încercările de a da răspunsuri false.

Testul de frustrare ROSENZWEIG, acumularea agresivității este introproiectată, exteriorizată sau mediată.

5.2. Mijloace tehnice de detecție a tensiunii psihice

Printre cele mai apreciate mijloace de detecție a tensiunii emoționale se află poligraful, detectorul de stres emoțional în voce și detectorul de stres emoțional în scris.

5.2.1. Poligraful. Organizarea și desfășurarea testării

Poligraful este rezultatul experimentelor efectuate de către Larson, care a conceput un detector numit “Keller Polygraph” și care urma să fie perfecționat după al doilea război mondial de către John Reid și Fred Inbau.

Poligraful este un instrument care înregistrează sub formă grafică trei indicatori de bază și modificările fiziologice tipice stărilor de stres psihologic: tensiunea arterială și pulsul; dereglările respirației; rezistența electrodermică; contractura musculară.

Înregistrarea se face pe o bandă de hârtie specială, prin intermediul unor pârgșii prevăzute cu penițe, a căror acțiune se face electronic, penițe care descriu trasee specifice. Din interpretarea lor se pot deduce momentele de tensiune ale persoanei testate.

Procesul de testare se desfășoară în trei etape: pregătirea, testarea propriu-zisă și interpretarea rezultatelor.

Pregătirea testării implică studierea materialului cauzei și cunoașterea personalității individului. Este necesar și un examen medical, care să ateste integritatea fizică și psihică a persoanei respective. De asemenea, persoana trebuie să nu fi fost supusă anterior unor interogări îndelungate. Testarea se face numai cu consimțământul scris al persoanei care urmează să fie examinată.

Dialogul pre-test, este o etapă intermediară, în care celui testat i se dau explicații cu privire la principiile de funcționare a aparatului și drepturile pe care le are în raport cu acest procedeu. Apoi se face un instructaj legat de modul de comportare în timpul examinării, când subiectul trebuie să stea relaxat în scaun, să fie atent la întrebările care i se adresează și să răspundă cu “da” sau “nu”. Apoi subiectul este instalat la poligraf.

Testarea propriu-zisă constă în formularea de întrebări scurte, clare, la care se răspunde cu “da” sau “nu”. Testele conțin *întrebări neutre*, *întrebări de control*, pentru stabilirea răspunsurilor afirmative și negative sincere, necesare comparării cu răspunsurile la întrebările critice și *întrebări cu conținut afectogen*, referitoare la faptă sau împrejurările cauzei.

Interpretarea diagramei se realizează prin compararea caracteristicilor de traseu ale răspunsurilor sincere la întrebările neutre, ca și la răspunsurile nesincere cu caracter de control, cu răspunsurile nesincere la întrebările relevante.

¹ Ioana Teodora Butoi, Tudorel Butoi, *op. cit.*, p. 295.

5.2.2. Detectorul de stres emoțional în voce

Apariția sa poate fi situată în perioada anilor 1970, tot în Statele Unite. În mod curent, acesta se folosește împreună cu poligraful.

Indicatorul folosit pentru detectarea tensiunii psihice îl reprezintă microtremurul vocii, determinat de stările specifice emoției.

5.2.3. Detectorul de stres emoțional în scris

Este un dispozitiv anexă al poligrafului, care înregistrează tot sub formă grafică modificările apărute în scrisul unei persoane aflate într-o stare de tensiune psihică. Se înregistrează timpul de latență, durata scrierii răspunsului și presiunea scrierii.

Încăperea în care se desfășoară testarea este amenajată special, trebuie să fie izolată fonic și să lipsească din ea telefoanele, soneriile sau dispozitivele de semnalizare luminoase.

5.3. Valoarea probantă a rezultatelor obținute¹

5.3.1. Perspectiva psihologică

Se consideră, din punct de vedere psihologic, că înregistrările poligrafice sunt imperfecte, deoarece indicatorii utilizați în detecția nesincerității sunt dependenți de manifestările emotive. Există anumiți factori care pot influența negativ detecția simulării: *nervozitatea excesivă* (determinată de teama de a nu fi bănuț pe nedrept), *stările fiziologice proaste* (specifice infecțiilor, dereglărilor respiratorii), *deficiențele psihice* (debilitatea mintală, nevrozele, psihozele), *intensitatea emotivă*.

5.3.2. Perspectiva procesual penală

Din punct de vedere legal, mijloacele de probă admise sunt limitativ prevăzute în art. 64 C.pr.pen.: declarațiile învinutului sau inculpatului, părții responsabile civilmente, declarațiile martorilor, înscrisurile, mijloacele materiale de probă, constatările tehnico-științifice, constatările medico-legale și expertizele. Rezultă, deci, că testarea cu ajutorul poligrafului nu se regăsește printre aceste mijloace de probă.

Se poate susține că detecția nesincerității reprezintă o constatare tehnico-științifică, însă, potrivit art. 112 C.pr.pen., constatarea tehnico-științifică reprezintă o examinare tehnică determinată de necesitatea lămuririi urgente a unor fapte sau împrejurări ale cauzei, atunci când există pericolul de dispariție a unor mijloace materiale de probă sau de schimbare a unor situații de fapt. Această constatare se efectuează asupra materialelor și datelor puse la dispoziție sau indicate de către organul judiciar. Testarea la poligraf, fiindcă nu se efectuează asupra mijloacelor materiale de probă, nu poate fi, deci, inclusă în categoria constatărilor tehnico-științifice.

Rezerva cu privire la încadrarea acestor tehnici de detecție a emoției în rândul mijloacelor de probă este determinată nu numai de faptul că ele nu sunt prevăzute de norma procesual penală, ci mai ales fiindcă există posibilitatea producerii unor erori. Tehnicile de acest fel permit numai detecția emoției, nu și a cauzei acesteia.

6. Concluzii

În această lucrare am analizat ascultarea învinutului sau inculpatului mai puțin din perspectiva procesual penală și mai mult din cea psihologică, deoarece contactul dintre anchetator și anchetat, deși se supune rigorilor legii procesual penale, care îi stabilește cadrul și limitele, pentru a deveni o interrelaționare autentică, aptă să conducă la rezultatele scontate, trebuie să depășească acest cadru rigid, al literii legii penale și să urmeze legea naturii umane, căci în biroul de anchetă nu se confruntă pasaje din lege, ci persoane, de pe poziții inegale, cu personalități bine conturate, cu educație, cultură și experiențe proprii, care au ales să respecte sau nu valorile societății.

¹ Emilian Stancu, *op. cit.*, p. 486.

Ne-am dorit ca prin această lucrare să demonstrăm, dacă mai era cazul, complexitatea activității organelor de cercetare penală care, pe lângă cunoștințele de procedură penală, de criminalistică și psihologie, trebuie să posede și o personalitate puternică, bine definită și ghidată, în demersul de aflare a adevărului într-o cauză penală, de respectul față de valorile societății, de satisfacția de a le apăra din poziția reprezentantului autorității statale și de respectul pentru ființa umană, chiar dacă ipostaza în care aceasta se prezintă determină amendarea acțiunilor reprobabile.

Am considerat că această temă va fi mereu una de actualitate, întrucât societatea este într-o continuă schimbare, valorile sale își schimbă mereu valențele sau nuanțele și, astfel, și universul individual urmează traiectoria societății în care se conturează și dezvoltă, prin adaptarea sau nu la noile exigențe sociale impuse, prin respectarea sau nu a valorilor protejate. Altfel spus, întotdeauna vor exista, mai mult decât infracțiuni, infractori, iar anchetatorii nu le vor putea aplica șablonul literii legii penale, ci plecând de la aceasta, vor trebuie mereu să se raporteze la persoana aflată în fașa lor, pentru a putea înfăptui în mod autentic justiția.

Referințe bibliografice:

- Bulai Constantin, *Drept penal român. Partea generală*, vol. I, Editura Șansa, București, 1992, p. 164-165
- Butoi Ioana Teodora, Butoi Tudorel, *Psihologie judiciară. Tratat universitar*, vol. I, Editura Fundația România de Mâine, București, 2001, p. 231-295
- Golu Mihai, *Principiile psihologiei cibernetice*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1975, p. 158
- Măgureanu Ilie, *Ascultarea persoanelor în procesul penal*, Editura Lumina Lex, București, 2004, p. 39
- Mitrofan Nicolae, Zdrenghea Voicu, Butoi Tudorel, *Psihologie judiciară*, Casa de Editură și Presă “Șansa” SRL, București, 1992, p. 187-188
- Stancu Emilian, *Tratat de criminalistică*, editia a V-a, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 482-486

MĂSURILE ASIGURĂTORII ÎN PROCESUL PENAL

Dănuț-Mădălin BODRON*

Abstract

Prin săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, cu vinovăție, se naște un raport de drept penal, prin care statul are dreptul să îl tragă la răspundere penală pe făptuitor, iar acesta din urma este afectat de toate consecințele faptei sale¹. Printre aceste consecințe se poate număra și obligația de a repara prejudiciul produs părții vătămate sau oricărei alte persoane prin săvârșirea infracțiunii respective. Organul de urmărire penală precum și instanța de judecată trebuie să posede în arsenalul lor diferite pârghii prin care să asigure justa compensație a celui păgubit, prin orice fel, de fapta respectivă. Aceste pârghii constau în diferite măsuri cu caracter real pe care atât procurorul cât și judecătorul le pot dispune de-a lungul procesului penal ori de câte ori există riscul ca persoana care a produs un prejudiciu, printr-o faptă prevăzută de legea penală, să devină insolubilă, incapabilă de a repara paguba produsă.

Cuvinte cheie: măsuri asigurătorii, sechestrul penal, poprire, inscripție ipotecară, indisponibilizare

Introducere

Pornind de la ideea² că este lipsit de orice interes să fii creditorul unui debitor insolubil, ajungem la concluzia că în cazul producerii unui prejudiciu partea vătămată trebuie să aibă la îndemână un mijloc de protecție împotriva, fie a rea-credinței celui responsabil a repara prejudiciul, fie împotriva unei lipse de diligență a acestuia în administrarea propriului patrimoniu. Măsurile asigurătorii vin ca o plasă de siguranță pentru creditorii, ori de câte ori există pericolul ca debitorul să devină insolubil, astfel dacă cel prejudiciat este diligent³, poate cere instituirea acestor măsuri asigurându-și acoperirea daunelor produse -,creditorul, armat cu toate căile de executare, va putea să vândă toată averea debitorului său⁴. În cadrul procesului penal vom considera că debitor este învinuitul, inculpatul ori partea responsabilă civilmente, iar creditor este, fie persoana căreia i s-a produs un prejudiciu prin fapta sancționată de lege ori chiar statul în cazul pedepsei cu amenda penală.

Prezenta lucrare privește analiza dispozițiilor prevăzute în art.163-168 Cod procedură penală, privitoare la măsurile asigurătorii, precum și a dispozițiilor prevăzute în alte legi referitoare sau în legătură cu acestea.

Scopul urmărit este o cât mai bună înțelegere a mecanismelor puse în mișcare de către organele competente atunci când dispun luarea unor astfel de măsuri, o apreciere a utilității lor în cadrul unui proces penal în desfășurare, precum și înțelegerea efectelor produse de către acestea asupra participanților sau, în anumite cazuri, asupra persoanelor străine de cauză penală respectivă.

Un obiectiv secundar constă în sublinierea importanței acțiunii civile exercitată într-un cadru procesual penal și drept urmare, despăgubirea celor cărora li s-au produs prejudicii prin intermediul unei fapte prevăzute de legea penală, săvârșită cu vinovăție și care prezintă pericol social.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: bodrondanutmadalin@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin (e-mail: damaschin.mircea@gmail.com).

¹ Mircea Damaschin, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010 pag. 21.

² Traian Cornel Briciu, *Măsurile asigurătorii în procesul civil*, Editura C.H. Beck, București, 2008, pag. 1.

³ Andreea Tabacu, *Drept procesual civil*, Ediția a-III-a, Editura Universul Juridic, București, 2008, pag. 424.

⁴ Demetru Negulescu, *Execuțiune silită. Principii generale*, Volumul I, Gutenberg, București 1910, pag. 6.

Importanța studiului reiese din analiza detaliată a instituției sechestrului asigurător, facându-se trimitere la numeroase lucrări de specialitate, la jurisprudența instanțelor române, precum și prezentarea elementelor de noutate ce vor fi aduse de viitorul Cod de procedură penală.

1. Noțiuni

Doctrina este destul de generoasă cu privire la numărul definițiilor date măsurilor asigurătorii, fiecare autor încercând elaborarea, atât a unei descrieri cât mai exacte a acestora, cât și sublinierea acelei caracteristici pe care de la o rațiune la alta a fost considerată mai importantă. Unii doctrinari subliniază caracterul constrângător¹ și real² al acestora denumindu-le măsuri de constrângere și reale, alții³ scot în evidență faptul că sunt garanții procesuale, ba chiar obstacole legale menite a conferi protecție părții civile împotriva unui eventual eșec privind repararea efectivă a pagubei.

Noi vom considera măsurile asigurătorii ca fiind acele instrumente aflate la îndemâna organului de urmărire penală sau a instanței de judecată, a căror efect este indisponibilizarea bunurilor învinutului, inculpatului sau părții responsabilă civilmente, în vederea confiscării speciale, protejării părții civile de un eventual eșec în repararea pagubei produse prin săvârșirea unei infracțiuni, precum și pentru asigurarea executării pedepsei cu amenda penală.

Din definiția enunțată mai sunt rezultă că aceste instrumente de drept procedural penal urmăresc atingerea a trei scopuri⁴: în primul rând asigurarea sancționării⁵ infractorului prin confiscarea bunurilor prevăzute în art. 118 C.p., în al doilea rând atingerea obiectului acțiunii civile și în al treilea, dar nu în ultimul rând, asigurarea executării unei pedepse. Am putea face și o clasificare bazată pe scopul urmărit de acestea și anume: măsuri asigurătorii aplicate în vederea confiscării speciale, măsuri asigurătorii luate în vederea garantării pagubelor civile și măsuri asigurătorii aplicate pentru asigurarea executării pedepsei cu amenda penală.

Legiuitorul a prevăzut chiar și unele mijloace de protecție legală cu privire la sechestrul asigurător incriminând faptele de sustragere a bunurilor legal sechestrate⁶ și de rupere de sigilii legal aplicate⁷, precum și lovirea cu nulitate⁸ a oricărei înstrăinări a bunurilor indisponibilizate.

2. Caracteristici

Măsurile asigurătorii se identifică printr-un caracter asigurător, real, constrângător, facultativ și colateral activității principale a procesului penal.

Este imposibil de trecut cu vederea caracterul asigurător al acestor măsuri, ele nu sunt aplicate pentru a repara ci pentru a asigura posibilitatea unei viitoare reparații⁹, garantează¹⁰ executarea obligațiilor de ordin patrimonial, urmând¹¹ ca instanța de judecată să oblige prin hotărâre

¹ Grigore Gr. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2007, pag. 469.

² Ion Neagu, *Tratat de procedură penală, Partea generală*, Ediția a 2-a, Editura Universul Juridic, București, 2010, pag. 622.

³ Anastasiu Crișu „Drept procesual penal”, Ediția a-3-a, Hamangiu, București 2011, pag.348

⁴ Noul Cod de procedură penală prevede posibilitatea aplicării unor astfel de măsuri și atunci când se urmărește garantarea executării cheltuielilor judiciare.

⁵ Traian Dima “Drept penal. Partea generală” Ediția a-II-a, Hamangiu, București 2007, pag.689

⁶ Art. 244 C. p. “Sustragerea unui bun care este legal sechestrat se pedepsește cu închisoare de la o lună la 1 an sau cu amendă. Dacă fapta a fost săvârșită de custode, pedeapsa este închisoarea de la 3 luni la 2 ani sau amendă”

⁷ Art. 243 C. p. “Înlăturarea ori distrugerea unui sigiliu legal aplicat se pedepsește cu închisoare de la o lună la 1 an sau cu amendă. Dacă fapta a fost săvârșită de custode, pedeapsa este închisoarea de la 3 luni la 2 ani sau amendă.”

⁸ Alexandru Pinteă „Drept procesual penal, partea generală și partea specială”, Lumina-Lex, București 2002, pag. 268

⁹ Nicolae Volonciu „Tratat de procedura penală, partea generală”, Vol.I, Paideia, București 2003 pag.448

¹⁰ Neagu, „Tratat de procedură penală, partea generală”, pag.623

¹¹ Damaschin, „Drept procesual penal”, pag.286

judecătorească pe inculpat sau partea responsabilă civilmente la repararea prejudiciului rezultat în urma comiterii infracțiunii.

Spunem că aceste măsuri sunt reale prin faptul că ele se aplică asupra unor bunuri și nu asupra persoanelor. Toate formele sechestrului asigurător sunt în legătura cu bunurile învinutului/inculpatului sau persoanei responsabile civilmente.

Caracterul constrângător rezultă din faptul că prin utilizarea acestor instituții drepturile celor asupra cărora își produc efectele sunt restranse. Spre exemplu în cazul aplicării unei inscripții ipotecare asupra locuinței inculpatului, acestuia îi este îngădit dreptul de a dispune de imobilul respectiv, dreptul de a folosi bunul îi este respectat și protejat în continuare.

Aplicarea măsurilor asigurătorii, în principiu¹, este facultativă, ele pot fi dispuse din oficiu de către organele judiciare, care apreciază² oportunitatea și necesitatea lor sau la cerera părții civile. Există trei excepții³ când sechestrul asigurător este obligatoriu: atunci când acțiunea civilă este pornită din oficiu, adică în acele situații în care partea vătămată este o persoană lipsită de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă; în cazul infracțiunilor de spălare a banilor sau de finanțare a actelor de terorism⁴; precum și în ipoteza constituirii unui dosar penal ca urmare a săvârșirii unei infracțiuni prevăzute în Legea 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție⁵. În aceste trei situații în care luarea măsurilor asigurătorii este obligatorie, dacă organul de urmărire penală nu a procedat la aplicarea unor astfel de măsuri, instanța de judecată trebuie⁶ să verifice dacă inculpatul posedă bunuri care ar putea fi sechestrate în vederea reparării pagubei produse. Ca element de noutate, în viitorul cod de procedură penală este specificat⁷ că măsurile luate din oficiu de organele judiciare pot folosi și părții civile.

Înainte intrării în vigoare a Legii 281/2003 mai exista un caz în care instituirea unui sechestrul asigurător era obligatoriu, și anume⁸ „în cazul în care prin infracțiune s-a adus o pagubă avutului uneia din unitățile la care se referă art. 145⁹ din Codul penal, fără deosebire, dacă este sau nu parte civilă constituită”. Curtea Constituțională¹⁰ a reținut că luarea diferențiată a măsurii asigurătorii, în vederea reparării pagubei cauzate prin infracțiune asupra unei persoane fizice sau juridice în funcție de persoana pagubită prin infracțiune, în mod obligatoriu și din oficiu, reprezintă o ocrotire diferențiată și discriminatorie a proprietății private, contrară prevederilor din Constituție¹¹ conform căroră proprietatea privată este garantată și ocrotită în mod egal, indiferent de titularul acesteia.

Măsurile asigurătorii nu sunt fixe. Ele pot oscila în timpul procesului penal, în sensul că¹² sechestrul poate fi extins sau, dimpotrivă, restrâns dacă se constată o schimbare a cuantumului valorii

¹ Neagu, „Tratat de procedură penală, partea generală”, pag.625

² Gheorghe Nistoreanu, Adrian-Ștefan Tulbure, Mihai Apetrei, Laurențiu Nae „Manual de drept procesual penal”, Europa Nova, București 1999, pag.142

³ În perioada regimului comunist atunci când se aplica pedeapsa confiscării averii, luarea măsurilor asigurătorii era obligatorie. Acestea nu aveau limită valorică aplicându-se pe toate bunurile confiscabile ale învinutului/inculpatului

⁴ Legea 656/2002 Art. 32 „În cazul în care s-a săvârșit o infracțiune de spălare a banilor sau de finanțare a actelor de terorism, luarea măsurilor asigurătorii este obligatorie”; Art.33 alin.6 “Pentru a garanta ducerea la îndeplinire a confiscării bunurilor, este obligatorie luarea măsurilor asigurătorii prevăzute de Codul de procedură penală”

⁵ Mircea Damaschin „Drept procesual penal. Partea generală” Universul Juridic, București 2013, pag.390

⁶ Vasile Papadopol, Vasile Dobrinioiu, Mihai Apetrei „Codul de procedură penală adnotat, partea generală” Vol.I, Editura Albastră, București 1996, pag.161

⁷ Art. 250, alin.5

⁸ Art.163 alin.6 lit.a C.p.p.

⁹ Art.145 C.p. „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”

¹⁰ Decizia Curții Constituționale nr. 191 din 12 octombrie 2000 Publicată în M.Of. nr. 665 din 16 decembrie 2000

¹¹ Art.44, alin.2, Constituția României

¹² Vintilă Dongoroz, Sigfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stănoiu „Explicatii teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală”, Vol.V, Ediția a-II-a, Editura Academiei Române, All Beck, București 2003, pag.339

probabile a pagubei ori o modificare a valorii bunurilor indisponibilizate, bineînțeles trebuie să fie vorba de variații de oarecare proporții. Instanța trebuie să dispună ridicarea sechestrului asigurător în privința sumelor de bani sau bunurilor ce depășesc valoarea despăgubirilor¹, această măsură nu trebuie să fie una vexatorie² pentru datornic. O situație de extindere a sechestrului este și atunci când învinuitul, inculpatul sau partea responsabilă civilmente dobândește alte bunuri în timpul procesului penal, iar valoarea celor indisponibilizate nu este suficientă pentru a acoperi prejudiciul cauzat, spre exemplu, dreptul de proprietate asupra unui anumit bun era afectat de o condiție suspensivă, iar aceasta a fost indeplinită în timpul procesului.

La fel ca toate măsurile procesuale sechestrul asigurător nu³ face parte din activitatea principală a procesului penal, el produce raporturi juridice colaterale. Deși au acest caracter adiacent ele vizează bunuri sau lucruri în legătură cu procesul ce se află în desfășurare.

Noul cod de procedură penală mai prezintă un caracter a măsurilor asigurătorii și anume cel suspensiv, în sensul că “luarea unei măsuri asigurătorii suspendă orice procedură ce are ca obiect înstrăinarea, partajul sau revendicarea bunurilor sechestrate, până la dispunerea de către procuror a unei soluții de netrimiteră în judecată sau pronunțarea unei hotărâri definitive de către instanță.”⁴

3. Formele măsurilor asigurătorii

Indisponibilizarea bunurilor se realizează prin aplicarea unui sechestrul penal. Acest sechestrul poate avea mai multe forme de realizare⁵: sechestrul penal propriu-zis, inscripția ipotecară și poprirea.

Sechestrul penal propriu-zis⁶ reprezintă măsura asigurătorie cel mai des întâlnită în practică și constă în indisponibilizarea unor bunuri mobile aparținând învinuitului, inculpatului sau părții responsabilă civilmente în vederea confiscării speciale, reparării unei pagube produse printr-o infracțiune precum și pentru a garanta executarea pedepsei cu amenda penală.

Inscripția ipotecară este o formă specială a sechestrului penal, o măsură asigurătorie aplicabilă în cazul bunurilor imobile atât prin natura lor, cât și celor imobile prin destinație ori prin obiectul la care se aplică⁷, conform reglementărilor de drept civil, și care constă în indisponibilizarea bunului imobil cu privire la care a fost dispusă măsură, în vederea confiscării speciale, garantării executării efective a reparării pagubei produse prin infracțiune ori a executării pedepsei cu amenda penală.

Poprirea este o formă a măsurilor asigurătorii folosită în cazul sechestrării unor sume de bani datorate învinuitului, inculpatului sau părții responsabilă civilmente de o a treia persoană sau pe care aceasta i le va datora în viitor, în temeiul unor raporturi juridice existente, în vederea reparării prejudiciului produs sau pentru a garanta executarea pedepsei cu amenda.

Nu trebuie să confundăm sechestrul asigurător cu ridicarea de obiecte, acestea sunt două instituții diferite. Aspectele de diferențiere dintre ele sunt următoarele⁸: au reglementări diferite, ridicarea de obiecte este reglementată în Titlul III C. p. p. art.96-111; au rațiuni și scopuri diferite, ridicarea obiectelor se face în vederea străngerii fără întârziere a mijloacelor de probă iar nu pentru a garanta repararea prejudiciului produs prin infracțiune sau pentru executarea pedepsei cu amenda; spre deosebire de sechestrul bunurilor ce pot fi ridicate pot aparține și altor persoane decât

¹ Papadopol, Dobrinioiu și Apetrei „Codul de procedură penală adnotat, partea generală”, pag. 161

² Dongoroz et al., „Explicatii teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală”, pag. 339

³ Alexandru Vasiliu „Teoria generală a actelor de procedură penală” All Beck, București 2003, pag.49

⁴ Art. 250, alin.8, N. C. p. p.

⁵ Volonciu „Tratat de procedura penală, partea generală”, pag.444

⁶ Alexandru Boro, Georgeta-Ștefania Ungureanu, Nicu Jidovu, Ion Măgureanu „Drept procesual penal”, All Beck, București 2001, pag.199

⁷ Gabriel Boro “Drept civil. Partea generală. Persoanele” Ediția a-III-a revizuită și adăugită, Hamangiu, București 2008, pag.98-99

⁸ Pop Virgil „Măsura ridicării de obiecte și măsura asigurătorie a sechestrului. Prezentare comparativă”, R.D.P. Drept Penal nr. 1/1995, pag. 65-66

învinit, inculpat sau persoană responsabilă civilmente; măsurile asigurătorii nu sunt condiționate de îndeplinirea unei condiții negative¹ ca ridicarea de obiecte; plângerile împotriva celor două măsuri sunt reglementate distinct, art.109 C. p. p. pentru ridicarea de obiecte, respectiv art. 168 C. p. p., în cazul sechestrului asigurător. Există, totuși, și câteva asemănări²: ambele măsuri presupun întocmirea unui proces-verbal; restituirea obiectelor sechestrate sau ridicate persoanelor cărora le aparțin se face numai dacă acest lucru nu stingherește în vre-un fel aflarea adevărului și justa soluționare a cauzei; în cazul obiectelor sau lucrurilor furate³ atât sechestrarea cât și ridicarea silită au ca și consecință imposibilitatea confiscării acestora.

Toate măsurile asigurătorii⁴ sunt modalități ale sechestrului judiciar, deosebindu-se asupra bunurilor asupra cărora sunt dispuse.

Înainte de intrarea în vigoare a decretului 318/1958 sechestrul cunoștea doua forme⁵: sechestrul asigurător și sechestrul provizoriu. Acesta din urmă era înființat de judecătorul de instrucție⁶ și de organele de primă cercetare numai asupra bunurilor mobile având o durată limitată în timp, înăotriva măsurii prin care era dispus nu era prevăzută nici o cale de atac.

4. Indisponibilizarea bunurilor

Indisponibilizarea bunurilor este efectul principal al măsurilor asigurătorii și presupune⁷ faptul că cel care le are în proprietate pierde dreptul de a le înstrăina sau greva cu sarcini. În unele cazuri existând chiar posibilitatea pierderii și dreptului de folosință Legea⁸ interzice sechestrarea anumitor bunuri: bunurile ce aparțin unor unități din cele prevăzute în art.145 C.p. cât și bunurile arătate în dispozițiile art.726-728 C.proc.civ. În cazul⁹ în care măsura asigurătorie privește garantarea executării pedepsei cu amenda, se vor aplica dispozițiile prevăzute în art. 63 C. p.p.

Bunurile ce aparțin unităților publice nu pot fi sechestrate deoarece acest lucru ar putea duce la încetarea sau îngreunarea unor activități de interes public. Spre exemplu nu putem aplica sechestrul asigurător pe aparatura aflată într-un spital public sau pe autovehiculele folosite pentru prestarea serviciilor în regim ambulatoriu.

Conform codului de procedură civilă nu pot fi executate silit, drept urmare sechestrate: bunurile de uz personal sau casnic strict necesare atât celui ce urmează a fi executat silit cât și familiei sale; obiectele de cult religios în cazul în care nu sunt mai multe de același fel; alimentele necesare debitorului și familiei sale pe timp de două luni, iar dacă debitorul se ocupă exclusiv cu agricultura, alimentele necesare până la noua recoltă; animalele destinate obținerii mijloacelor de existență și furajele necesare pentru aceste animale până la noua recoltă; combustibilul necesar debitorului și familiei sale socotit pentru 3 luni de iarnă; inventarul agricol, inclusiv animalele de muncă, furajele pentru aceste animale și semințele pentru cultura pământului, în afară de cazul în care asupra acestor bunuri există un drept de gaj sau privilegiu pentru garantarea creanței dacă debitorul se ocupă cu agricultura; alocațiile de stat și indemnizațiile pentru copii, ajutoarele pentru îngrijirea copilului bolnav, ajutoarele de maternitate, cele acordate în caz de deces, bursele de studii acordate de stat, diurnele, precum și orice alte asemenea indemnizații cu destinație specială, stabilite potrivit legii, nu pot fi urmărite pentru nici un fel de datorii precum și bunurile declarate

¹ Refuzul de predare a obiectului la cererea organului de urmărire penală.

² Pop „Măsura ridicării de obiecte și măsura asigurătorie a sechestrului. Prezentare comparativă”, pag. 66

³ Ibidem, 69

⁴ Nistoreanu et al. „Manual de drept procesual penal”, pag.142

⁵ Kahane Sigfried „Dreptul procesual penal în RPR” partea 1, Editura de stat Didactică și Pedagogică, București 1961, pag. 158-159

⁶ Magistrat care cerceta cauzele penale.

⁷ Damaschin, „Drept procesual penal”, pag. 285

⁸ Art.163, alin.4 C.p.p.

⁹ Doltu Ioan, Toma Dumitru „Sechestrul penal, inscripția ipotecară și poprirea. Contestarea acestor măsuri asigurătorii”, Dr. nr. 1/2005, pag. 228

neurmăribile prin alte dispoziții legale, spre exemplu¹ bunurile mobile de orice fel, care servesc la continuarea studiilor și la formarea profesională.

Salariile și alte venituri periodice realizate din muncă, pensiile acordate în cadrul asigurărilor sociale, precum și alte sume ce se plătesc periodic debitorului și sunt destinate asigurării mijloacelor de existență ale acestuia pot fi urmărite până la jumătate din venitul lunar net; pentru sumele datorate cu titlu de obligație de întreținere sau de alocație pentru copii și până la o treime din venitul lunar net, pentru orice alte datorii. Dacă sunt mai multe urmăriri asupra aceleiași sume, urmărirea nu poate depăși jumătate din venitul lunar net al debitorului, indiferent de natura creanțelor, în afară de cazul în care legea prevede altfel.

Veniturile din muncă sau orice alte sume ce se plătesc periodic debitorului și sunt destinate asigurării mijloacelor de existență ale acestuia, în cazul în care sunt mai mici decât cuantumul salariului minim net pe economie, pot fi urmărite numai asupra părții ce depășește jumătate din acest cuantum.

Ajutoarele pentru incapacitate temporară de muncă, compensația acordată salariaților în caz de desfacere a contractului individual de muncă pe baza oricăror dispoziții legale, precum și sumele cuvenite șomerilor, potrivit legii, nu pot fi urmărite decât pentru sume datorate cu titlu de obligație de întreținere și despăgubiri pentru repararea daunelor cauzate prin moarte sau prin vătămări corporale, dacă legea nu dispune altfel.

Bunurile care servesc la exercitarea ocupației debitorului nu pot fi supuse executării silite decât numai în lipsă de alte bunuri urmăribile și numai pentru obligații de întreținere, chirii, arenzi sau alte creanțe privilegiate asupra mobilelor.

Uneori² inalienabilitatea are caracter temporar astfel încât numai pe acel interval de timp operează și insesizabilitatea. În această situație se află locuințele construite ori cumpărate pe bază de credite ori de locuințele și spațiile cu altă destinație construite din fondurile statului sau ale unităților economice sau bugetare de stat care au fost vândute cu plata în rate. Ele nu pot fi executate silit, drept urmare sechestrate, până la plata integrală a prețului.

Bunurile exceptate de lege de la sechestrare nu sunt considerate legal sechestrate³.

O chestiune interesantă este în cazul drepturilor de autor. Drepturile morale⁴ asupra unei opere sunt⁵ inalienabile, imprescriptibile și insesizabile, nu pot fi urmărite de creditorii autorului, sunt atașate persoanei acestuia având un caracter strict personal⁶. Regula enunțată mai sus nu este valabilă și în cazul drepturilor patrimoniale, art.39 alin.1 din Legea 8/1996 privind drepturile de autor prevede faptul că drepturile patrimoniale pot fi cedate de autorul sau de titularul unei opere altor persoane prin contract. Strict referitor la sfera patrimonială a drepturilor de autor nu ar trebui să existe nici o problemă în aplicarea unei popriri pe sumele ce îi revin unei persoane dintr-un astfel de contract ba chiar, de ce nu, aplicarea unui sechestrului asigurător asupra acelor opere care sunt indisolubil legate de suportul material, care au și o expresie materială și nu numai una abstractă: operele de artă plastică și grafică, operele fotografice, operele de arhitectură. Menționăm că deși acestea pot fi sechestrate și

¹ Art. 151. C. proc. fisc. alin.2 lit.a

² Viorel Mihai Ciobanu, Gabriel Boro, Traian Cornel Briciu „Drept procesual civil. Curs Selectiv. Teste Grilă” Ediția a-V-a, C.H.Beck, București 2011, pag. 564

³ Al. Boro et al „Drept procesual penal”, pag.197

⁴ Legea 8/1996, Art. 10: Autorul unei opere are următoarele drepturi morale: a) dreptul de a decide dacă, în ce mod și când va fi adusă opera la cunoștință publică; b) dreptul de a pretinde recunoașterea calității de autor al operei; c) dreptul de a decide sub ce nume va fi adusă opera la cunoștință publică; d) dreptul de a pretinde recunoașterea calității de autor al operei și de a se opune oricărei modificări, precum și oricărei atingeri aduse operei, dacă prejudiciază onoarea sau reputația sa; e) dreptul de a retracta opera, despăgubind, dacă este cazul, pe titularii drepturilor de exploatare, prejudiciați prin exercitarea retractării.

⁵ Viorel Roș, Dragoș Bogdan, Octavia Spineanu-Matei „Dreptul de autor și drepturile conexe. Tratat”, All Beck, București 2005, pag.231

⁶ Ibidem, 230

executate silit trebuie respectate în continuare drepturile morale ale autorului exceptându-l pe cel de retractare. Chiar și unele drepturi patrimoniale trebuie respectate cum ar fi, de exemplu, dreptul de suită¹ în cazul operelor plastice și fotografice, prin intermediul căruia autorul va beneficia de un mic procent², care nu poate depăși 12.500 euro, din prețul de vânzare obținut la orice revânzare ulterioară primei înstrăinări precum și de controlul real al tranzacțiilor ulterioare ale operei prin înștiințarea acestuia despre locul în care se află operele sale.

Până în anul 1959³ putea fi urmărită și arenda însă decretul nr. 115 din 30 martie a interzis această practică pentru a lichida orice formă de exploatare a omului în agricultură, cu scopul ridicării continue a nivelului de trai material și cultural al țărănimii muncitoare.

5. Procedura de luare a măsurilor asigurătorii

Luarea măsurilor asigurătorii se face la cererea părții civile, la propunerea organului de cercetare⁴ penală sau din oficiu atunci când organele competente au îndoieli cu privire la justa compensație a celui păgubit de către cel responsabil a repara. Despăgubirea⁵ persoanei vătămate pe parcursul procesului de către cei responsabili are drept consecință ridicarea măsurilor aplicate.

Organele competente⁶ în a dispune aplicarea unui sechestrului asigurător sunt: procurorul, în faza de urmărire penală sau judecătorul în faza judecătii. Aceste organe nu numai că dispun luarea acestor măsuri, ci și cântăresc oportunitatea lor în realizarea scopului procesului penal. Trebuie prevăzute toate efectele pe care acestea le au atât asupra învinutului/inculpatului sau persoanei responsabilă civilmente, cât și asupra persoanelor care depind de acestea cum ar fi de exemplu minorii aflați în grija lor. Înainte de legea 281/2003 competența de a dispune astfel de măsuri o aveau și organele de cercetare penală.

Procurorul în faza incipientă a procesului, urmărirea penală, va dispune asupra instituirii sechestrului asigurător prin intermediul ordonanței, iar instanța, în faza judecătii, prin încheiere. Dacă legea nu prevede expres⁷ instanța mai poate dispune luarea de măsuri asigurătorii și prin decizie sau sentință cum ar fi de exemplu⁸ hotărârea prin care se dispune restituirea cauzei la procuror în vederea completării urmăririi penale poate conține și o dispoziție privind aplicarea unui sechestrului asupra bunurilor inculpatului. Atât ordonanța cât și hotărârile trebuie⁹ să cuprindă o motivare concretă și de speță, chiar și în cazul în care luarea acestor măsuri este obligatorie. Observăm că o măsură asigurătorie poate fi dispusă numai de un magistrat¹⁰.

În legislația viitoare, noul cod de procedură penală, va fi prevăzut ca organ competent și judecătorul de cameră preliminară, conform art. 351 N. C. p. p. “procedura camerei preliminare are ca obiect verificarea legalității trimiterii în judecată, precum și verificarea legalității administrării probelor ori efectuării actelor procesuale de către organele de urmărire penală.”

Organele ce se ocupă cu executarea dispozițiilor date în legătura cu instituirea unui sechestrului asigurător sunt¹¹: procurorul care a dispus luarea măsurii respective; executorul judecătoresc, când

¹ Ibidem, pag 285

² 300-3.000 euro -5%, 3.000,01-50.000 euro -4%, 50.000,01-200.000 euro -3%, 200.000,01-350.000 euro -1%, 350.000,01-500.000 euro -0,5%, >500.000 euro 0,25%

³ Kahane „Dreptul procesual penal în RPR”, pag. 166

⁴ Art. 203, alin.3 C.p.p. „Când organul de cercetare penală consideră că este cazul să fie luate anumite măsuri, face propuneri motivate.”

⁵ Doltu și Dumitru „Sechestrul penal, inscripția ipotecară și poprirea. Contestarea acestor măsuri asigurătorii”, pag. 221

⁶ Damaschin „Drept procesual penal”, pag.287

⁷ Damaschin „Drept procesual penal. Partea generală”, pag.390

⁸ Damaschin „Drept procesual penal”, pag.287

⁹ Kahane „Dreptul procesual penal în RPR”, pag. 163

¹⁰ Vasile Păvăleanu „Drept procesual penal, partea generală” Ed.a-III-a, Vol.I, Lumina-Lex, București 2007, pag.389

¹¹ Damaschin „Drept procesual penal”, pag. 287

măsura a fost luată de instanța de judecată; organele proprii de executare a unității păgubite, dacă aceasta este una din cele la care se referă art. 145 C. p.; secretarul parchetului, în situația în care procurorul care efectuează urmărirea penală a dispus această modalitate. În viitorul cod¹ este exclus din această listă secretarul parchetului. Când² bunurile ce urmează a fi indisponibilizate se află în alte localități decât cele în care se desfășoară procesul aducerea la îndeplinire se va face după caz prin delegare sau comisie rogatorie.

Înainte de anul 1989³ competența de a duce la îndeplinire cele necesare în instituirea unui sechestrului asigurător o aveau și funcționarii anume desemnați din cadrul Ministerului de Interne când măsura era dispusă de organul de cercetare al securității.

Putem clasifica⁴ subiecții participanți la procedura de luare a măsurilor asigurătorii în subiecți procesuali oficiali: organele judiciare competente și organele ce duc la îndeplinire dispoziția prin care s-a instituit un sechestrul; și subiecți procesuali neoficiali: persoanele față de care s-au luat măsurile, părțile care au cerut instituirea lor și eventual terțele persoane față de care s-a resfrânt efectele sechestrului asigurător (detentori ai bunurilor indisponibilizate, debitori în mâinile cărora au fost poprite sume datorate învinutului, inculpatului sau persoanei responsabile civilmente, etc.)

6. Condițiile aplicării măsurilor asigurătorii

Pentru a înainta în aplicarea unui sechestrului asigurător organele judiciare trebuie să se asigure că sunt îndeplinite anumite condiții, atât cu privire la oportunitatea aplicării unor astfel de măsuri cât și la dispozițiile legale ce trebuiesc respectate.

În primul rând⁵ pentru a se lua o măsură asigurătorie trebuie constată o pagubă, un prejudiciu produs prin săvârșirea unei infracțiuni, această condiție nu este valabilă și în cazul pedepsei cu amendă penală⁶. Despăgubirile⁷ nu se vor reduce cu valoarea bunurilor sau sumelor de bani asupra cărora s-a aplicat sechestrul asigurător.

În al doilea rând trebuie să existe suspiciunea că învinutul/inculpatul ori partea responsabilă civilmente ar putea căpata o stare de insolvabilitate. Ne referim atât la cazul în care se urmărește fraudarea intereselor părții civile prin înstrăinarea sau ascunderea unor bunuri, cât și la situația în care această stare de insolvență ar interveni datorită unei lipse de diligență în administrarea patrimoniului. Spre exemplu este cunoscut că inculpatul frecventează localurile în care sunt practicate jocurile de noroc, ori este cunoscut faptul că acesta nu se îngrijește de bunurile aflate în patrimoniul său existând pericolul deteriorării, sau distrugerii acestora.

În al treilea rând⁸ pentru aplicarea măsurilor asigurătorii este absolut necesară existența unui proces penal cu privire la infracțiune, cu alte cuvinte trebuie să fie începută urmărirea penală. Aceste măsuri nu pot fi dispuse în afara procesului penal cum ar fi în timpul actelor premergătoare. Când vreme cauza nu a fost rezolvată subzistă⁹ și posibilitatea instituirii unui sechestrului asigurător. Dacă¹⁰ instanța nu s-a pronunțat asupra acțiunii civile, nefiind abilitată în acest sens, căci a pronunțat achitare în baya art.10 lit.b sau încetarea procesului pe literele f) și j) măsurile asigurătorii se vor menține și în fața instanței civile, putând fi valorificate de partea civilă, cu condiția de a introduce acțiune în termen de 30 de zile¹¹ de la rămânerea definitivă a hotărârii penale.

¹ Art. 252, N. C. p. p.

² Dongoroz et al., „Explicatii teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală”, pag. 338

³ Nicolae Volonciu „Drept procesual penal”, Editura Didactică și pedagogică, București 1972, pag. 203

⁴ Dongoroz et al., „Explicatii teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală”, pag. 337

⁵ Theodoru „Tratat de drept procesual penal”, pag.469

⁶ Conform art.63 C.p. amendă este o pedeapsă ce constă în suma de bani pe care infractorul este condamnat să o plătească. Amendă penală nu este un mod de reparare a unui prejudiciu.

⁷ Papadopol, Dobrinou și Apetrei „Codul de procedură penală adnotat, partea generală”, pag. 459-460

⁸ Damaschin „Drept procesual penal”, pag.286

⁹ Volonciu „Tratat de procedura penală, partea generală”, pag. 443

¹⁰ Pungă Titus „În legătură cu restituirea lucrurilor”, R.D.P. nr. 2/2001

¹¹ Art. 353 C. p. p. alin. 3

O altă condiție ce trebuie îndeplinită este constituirea unei părți civile. Această condiție cunoaște două excepții: pedeapsa cu amenda penală când nu este vorba de repararea unui prejudiciu ci de executarea unei pedepse, în acest caz eventualul creditor¹ al căror interes pot fi fraudate este statul, iar acesta poate realiza orice pedeapsă patrimonială; și exercitarea acțiunii penale din oficiu² când organul de urmarire penală sau instanța de judecată trebuie să asigure din oficiu repararea pagubei și a daunelor morale, precum și atingerea scopului acțiunii civile. Măsura asigurătorie încetează³ prin împăcarea părților.

În sfârșit o ultimă condiție este ca bunurile sechestrate să aparțină învinutului/inculpatului sau părții responsabilă civilmente. În acest caz deosebim două situații diferite: cazul amenzii penale când sechestrul asigurător se aplică numai asupra bunurilor învinutului/inculpatului deoarece „răspunderea penală este personală, se rasfrange asupra pedepsei sau măsurii educative, care nu pot fi aplicate decât față de persoana care a săvârșit infracțiunea și nu pot fi transferate asupra altei persoane”⁴ și cazul în care se urmărește garantarea acoperirii pagubei produse prin infracțiune când sechestrate pot fi atât bunurile celui care a săvârșit infracțiunea cât și asupra persoanei responsabile civilmente. Menționăm⁵ că în situația în care bunurile sechestrate ale inculpatului depășesc valoarea pagubei nu există temei pentru a se lua măsuri și asupra părții responsabilă civilmente.

Putem observa că există câteva diferențe notabile⁶ între măsurile aplicate în cazul pedepsei cu amenda penală și a celor aplicate în cazul garantării reparației unui prejudiciu: în cazul pedepsei cu amenda penală nu este necesară constituirea unei părți civile, ci doar săvârșirea unei infracțiuni pentru care sa fie prevăzută o astfel de pedeapsă; pentru a garanta repararea unui prejudiciu pot fi sechestrate și bunurile ce aparțin părții responsabilă civilmente, bunurile sechestrate în cazul pedepsei cu amenda penală fac parte exclusiv din patrimoniul învinutului/inculpatului; nu în ultimul rând limita valorică a sechestrului este în principiu fixă în cazul în care a fost aplicat pentru a asigura executarea pedepsei cu amenda, situându-se la nivelul maximului special, în orice alte cazuri acesta are un caracter oscilant, în funcție de valoarea pagubei produse.

O problemă aparută în practica judiciară a fost cu privire la statutul societății de asigurare în procesul penal. S-au formulat astfel trei tendințe: societatea de asigurare are calitatea de garant, ea poate fi chemată în judecată în baza contractului încheiat între ea și asigurat; societatea de asigurare are calitatea de parte responsabilă civilmente⁷, C. p. p. precizând că persoana chemată în procesul penal ca parte responsabilă civilmente trebuie să răspundă, conform legii civile, pentru pagubele produse prin fapta inculpatului; nu în ultimul rând unele instanțe considerau că societatea de asigurare are calitatea de asigurător, deoarece raporturile juridice dintre aceste societăți și asigurat au la bază o solidaritate tacită, stabilită prin convenție, care dă dreptul persoanelor păgubite prin producerea accidentelor să pretindă despăgubiri atât celor răspunzători de producerea acestora cât și direct asigurătorului de răspundere civilă. ICCJ a soluționat acest conflict prin pronunțarea unei decizii⁸ prin care a stabilit că în cadrul unui proces penal societatea de asigurare va participa ca

¹ Volonciu „Tratat de procedura penală, partea generală”, pag.446

² Conform art.17 C.p.p. Acțiunea civilă se pornește și se exercită și din oficiu, când cel vătămat este o persoană lipsită de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă. În acest scop, organul de urmarire penală sau instanța de judecată va cere persoanei vătămate ca, prin reprezentantul sau legal, ori, după caz, persoanei care îi încuviințează actele, să prezinte situația cu privire la întinderea pagubei materiale și a daunelor morale, precum și date cu privire la faptele prin care acestea au fost pricinuite. Instanța este obligată să se pronunțe din oficiu asupra reparării pagubei și a daunelor morale, chiar dacă persoana vătămată nu este constituită parte civilă.

³ Dongoroz et al., „Explicatii teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală”, pag. 339

⁴ Dima “Drept penal. Partea generală”, pag.431

⁵ Papadopol, Dobrinou și Apetrei „Codul de procedură penală adnotat, partea generală”, pag.460

⁶ Volonciu „Tratat de procedura penală, partea generală”, pag.447

⁷ J. Deta, jud. Timiș, prin s. p. nr. 44/2004 a fost obligată la plata în solidar cu inculpatul P.G. și S.C. O S.R.L. ca parte responsabilă civilă și societatea de asigurări S.C. A S.A.. Inculpatul a fost trimis în judecată pentru infracțiunea prevăzută în art.178, alin.8 C.p.

⁸ ICCJ, decizia 1 din 25.03.2005

asigurător de răspundere civilă. Înalta Curte a susținut că între autorul prejudiciului și persoana chemată să răspundă civilmente trebuie să existe o relație a cărei specific constă în faptul că cel ce răspunde pentru altul are o putere de direcționare, supraveghere, îndrumare și control asupra activității persoanei care are răspundere directă, ori în cazul contractului de asigurare nu se oferă nici uneia dintre părți o poziție dominantă, fiecare având deplină libertate de acțiune, asiguratul nefiind ținut de nici o directivă a asigurătorului. Un alt argument adus este că în cazul celorlalte două opinii asiguratul și-ar diminua patrimoniul suportând exact riscurile cu privire la care s-a asigurat. De altfel¹ angajarea răspunderii asigurătorului, în baza contractului de asigurare intervine după stabilirea în mod definitiv a vinovăției asiguratului, până în acel moment instanța fiind obligată să soluționeze acțiunile civile cu care este sesizată potrivit raporturilor juridice născute din răspunderea civilă delictuală, ai căror subiecți sunt inculpatul și partea civilă. În cele din urmă mai menționăm că în cazul în care sumele plătite de asigurătorul de răspundere civilă nu sunt îndestulătoare se pot aplica măsuri asigurătorii și asupra celui ce a produs prejudiciul respectiv².

Există și o situație în care aplicarea măsurilor asigurătorii este inutilă, facem referire la cazul infracțiunilor privind cecurile, atunci când acestora nu le lipsesc mențiunile obligatorii³, caz⁴ în care nu mai sunt considerate cecuri, aplicarea sechestrului asigurător ar fi o pierdere de timp, cecul reprezintă titlu executoriu⁵, iar beneficiarul acestuia poate oricând să recurgă la calea executării silite. Am putea chiar considera că mai există încă o condiție și anume: partea civilă să nu detină vreun titlu executoriu prin intermediul căruia să își poată acoperi prejudiciul ce i-a fost produs prin săvârșirea infracțiunii. În doctrină⁶ există chiar părerea că lipsa unui titlu executoriu constituie premisa unei cereri de luare a măsurilor asigurătorii.

În ceea ce privește sechestrul aplicat asupra unor bunuri în vederea confiscării speciale⁷, considerăm că menținerea acestuia prin sentință nu este posibilă dacă instanța nu a dispus confiscarea specială. Spre exemplu⁸ greșit a fost menținut sechestrul asigurător asupra autoturismului marca F.B. a inculpatului S.M., atât timp cât în cauză partea vătămată nu s-a constituit parte civilă iar măsura de siguranță a confiscării speciale a autoturismului nu a fost dispusă față de acesta.

Punerea în mișcare a acțiunii penale nu⁹ condiționează în nici un fel posibilitatea aplicării sechestrului asigurător.

7. Sechestrul penal propriu-zis

Sechestrul penal propriu-zis poate fi aplicat numai asupra bunurilor mobile garantând repararea prejudiciului produs printr-o infracțiune. Este considerat¹⁰ ca fiind măsura asigurătorie cea mai des întâlnită în cadrul unui proces penal.

¹ Secția judiciară, serviciul judiciar penal, nr. 1483/C/3192/III-5/2012

² J. Bufta, s.p. 470 din 14.02.2006 “Instanța a dispus aplicarea sechestrului asigurător asupra apartamentului proprietate personală a inculpatei B.E.V., până la concurența sumei datorate de inculpată după scaderea sumelor plătite de asigurătorul de răspundere civilă al acesteia și după scaderea sumei platită în avans de inculpat urmând ca executorul judecătoresc ce va institui sechestrul asigurător asupra apartamentului inculpatului să ia inscripție ipotecară asupra bunului imobil sechestrat”

³ Legea 59/1934, Art. 1. – Cecul cuprinde: 1. Denumirea de cec trecută în însuși textul titlului și exprimată în limba întrebuințată pentru redactarea acestui titlu. 2. Ordinul necondiționat de a plăti o anumită sumă de bani. 3. Numele celui care trebuie să plătească (tras). 4. Arătarea locului unde plata trebuie făcută. 5. Arătarea datei și a locului emiterii. 6. Semnătura celui care emite cecul (trăgătorul).

⁴ Art.2, Legea 59/1934

⁵ Vasile Nemeș “Drept comercial”, Universul Juridic, București 2011, pag. 392

⁶ Tabacu „Drept procesual civil”, pag. 425

⁷ ICCJ, s. pen., dec.2094 din 27.05.2010

⁸ T. Gorj, s. pen., sentința nr. 301 din 25.11.2009

⁹ Volonciu „Tratat de procedura penală, partea generală”, pag 442

¹⁰ Neagu „Tratat de procedură penală, partea generală”, pag.627

Avantajul¹ principal pe care îl prezintă această formă a sechestrului asigurator este că debitorul nu va fi deposedat și prin urmare lipsit de folosința bunurilor sechestrate, exceptând cazul în care bunurile sunt ridicate sau predate unui custode.

Aplicarea acestui sechestr presupune desfășurarea unui set de activități: identificarea și evaluarea bunurilor, contactarea unor experți atunci când sunt întâlnite dificultăți în evaluarea anumitor bunuri, aplicarea unui sigiliu sau ridicarea bunurilor sechestrate și numirea unui custode în cazul în care există pericol de înstrăinare și în cele din urmă încheierea unui proces verbal prin care² bunurile sunt declarate sechestrate.

Identificarea bunurilor este³ activitatea de individualizare și enumerare, prin care organul care se ocupă cu aplicarea sechestrului va stabili care sunt bunurile ce aparțin celui obligat a repara prejudiciul, constatând în același timp și care dintre acestea sunt exceptate de la sechestrare precum și care trebuie ridicate în mod obligatoriu. Această activitate are o importanță desăvârșită deoarece prin ea se va stabili masa de bunuri din care partea pagubită își poate acoperi prejudiciul. Prin efectuarea într-un mod adecvat a acestei activități se pot evita diferite probleme ce pot apărea de-a lungul procesului penal, cum ar fi de exemplu sechestrarea unui bun ce aparține unei alte persoane.

Evaluarea bunurilor este activitatea prin care se stabilește valoarea pecuniară a bunurilor ce urmează a fi sechestrate, astfel încât să se poată acoperi prejudiciul. Această activitate se face⁴ pe baza actelor sau, în anumite situații, se poate recurge la serviciile unor experți, spre exemplu în stabilirea valorii unui automobil se poate apela la serviciile unui evaluator autorizat⁵.

Sunt momente în care datorită pericolului de înstrăinare este necesară aplicarea unui sigiliu asupra bunurilor sechestrate sau chiar ridicarea bunurilor respective putându-se numi chiar si un custode.

Prin sigiliu înțelegem „o măsura a autorității prin care se urmărește conservarea unei anumite situații de fapt”⁶. Sigiliul⁷ se poate pune atât pe fiecare bun în parte cât și prin depozitarea bunurilor într-o cameră sau într-un dulap și aplicarea sigiliului pe acestea.

Custodele⁸ are aceleași drepturi și obligații ca un depozitar al acelui bun, acestuia îi vor fi restituite cheltuielile efectuate în vederea întreținerii bunului pe timpul cât acesta s-a aflat în custodia lui.

Art.165 C.p.p. prevede o procedură specială în cazul anumitor categorii de bunuri și anume: a) bunurile perisabile dacă sunt sechestrate vor fi ridicate în mod obligatoriu și predate unităților comerciale cu capital majoritar de stat, potrivit profilului activității, care sunt obligate să le primească și să le valorifice de îndată. Sumele obținute se consemnează, după caz, pe numele învinutului, inculpatului sau persoanei responsabile civilmente, la dispoziția organului care a dispus instituirea sechestrului, căruia i se predă recipisa de consemnare a sumei, în termen de cel mult 3 zile de la ridicarea banilor ori de la valorificarea bunurilor; b) metalele sau pietrele prețioase ori obiectele

¹ Savelly Zilberstein, Viorel Mihai Ciobanu „Tratat de executare silită”, Lumina-Lex, București 2001, pag.345

² Theodoru ”Tratat de drept procesual penal”, pag.471

³ Al. Boroi et al „Drept procesual penal”, pag.199

⁴ Ibidem

⁵ Conform Uniunii Naționale a Evaluatorilor din România evaluator poate fi orice persoană care îndeplinește următoarele condiții: a) să aibă studii universitare finalizate cu diplomă eliberată de o instituție de învățământ superior din România sau dintr-un alt stat membru al Uniunii Europene, recunoscută de autoritățile române competente, potrivit legii, care atestă încheierea de către titular a ciclului de studii universitare de licență, în domeniile propuse de către Consiliul director și aprobate prin regulamentul de organizare a examenului de atribuire a calității de membru stagiar; b) să nu fi fost condamnată pentru săvârșirea unei infracțiuni cu intenție, pentru care nu a intervenit reabilitarea; c) să fie declarată admisă la examenul pentru atribuirea calității de membru stagiar al Uniunii; pot deveni membri stagieri fără susținerea acestui examen persoanele care au absolvit cursuri de formare specifice în domeniul evaluării, aprobate de Consiliul director; d) să achite taxa de examen în cuantumul și la termenele stabilite de Consiliul director.

⁶ Neagu, „Tratat de procedură penală, partea generală”, pag.615

⁷ Zilberstein și Ciobanu „Tratat de executare silită”, pag.345

⁸ Mihai Apetrei „Drept procesual penal.Parte Generală” Vol.1, Oscar Print, București 1998, pag.398

confeccionate cu acestea și mijloacele de plată străine în caz de sechestrare vor fi ridicate și depuse la cea mai apropiată instituție bancară competentă. Dacă obiectele sunt strict necesare urmăririi penale, depunerea se face ulterior, dar nu mai târziu de 48 de ore de la rezolvarea cauzei de către procuror, după terminarea urmăririi penale. c) titlurile de valoare interne, obiectele de artă sau de muzeu și colecțiile de valoare se predau spre păstrare instituțiilor de specialitate. Dacă sunt strict necesare urmăririi penale se va proceda la fel ca în cazul matalelor sau pietrelor prețioase ori obiectelor confeccionate cu acestea.

Termenele scurte de depunere și consemnare în cazul sechestrului penal urmăresc¹ o cât mai rapidă protecție a acestor valori de orice atingere ce le-ar putea fi adusă.

Ultima activitate din procedura aplicării sechestrului penal propriu-zis este întocmirea procesului verbal. Aceasta are o însemnătate deosebită deoarece în acest moment bunurile se declară sechestrate. Important de menționat este că procesul-verbal nu² constituie un titlu în baza căruia inculpatul ar putea fi urmărit, în vederea plății despăgubirilor civile.

Procesul-verbal pe lângă elementele prevăzute în art.91 C.p.p.³ va trebui să conțină⁴: indicarea activității efectuate de către organul competent; descrierea amanunțită a bunurilor, evitându-se astfel⁵ o eventuală substituție a acestora; indicarea valorii bunurilor; indicarea bunurilor găsite la persoana căreia i s-a aplicat sechestrul și care sunt exceptate de lege de la urmărire și nu în ultimul rând în procesul-verbal vor fi făcute mențiuni cu privire la eventualele obiecții pe care le au părțile sau oricare alte persoane interesate. Utilitatea⁶ consemnării acestor obiecții constă în faptul că ele pot cântări în aprecierea seriozității eventualelor contestații împotriva măsurii asigurătorii.

Legea 28/2012⁷ a completat art.166 C. p. p. instituind obligația ca procesul verbal să conțină și mențiuni cu privire la încunoștințarea părților că pot solicita valorificarea bunurilor sechestrate și că în cursul procesului penal, înainte de pronunțarea unei hotărâri judecătorești, bunurile mobile asupra cărora s-a instituit sechestrul pot fi valorificate de către organele judiciare chiar și fără consimțământul proprietarului dacă sunt îndeplinite condițiile legale.

Un exemplar după procesul-verbal va fi înmănat persoanei căreia îi aparțin bunurile sechestrate, dacă aceasta lipsește, va fi înmănat fie celor care locuiesc împreună cu persoana respectivă, fie administratorului, portarului, ori celui care în mod obișnuit îl înlocuiește. În cazul în care nici unul din aceștia nu sunt prezenți, poate fi înmănat și unui vecin.

În situația în care a fost numit un custode, va primi și acesta un exemplar după procesul-verbal. Un exemplar se va înainta și procurorului sau instanței de judecată care a dispus luarea măsurii asigurătorii, în termen de 24 ore de la încheierea acestuia.⁸

Bunurile sechestrate pot fi valorificate înainte de pronunțarea unei hotărâri judecătorești la cererea sau cu acordul proprietarului. Organele competente în această procedură specială de valorificare⁹ sunt organul de urmărire penală, în timpul urmăririi penale, prin ordonanță sau instanța de judecată care a instituit sechestrul prin încheiere.

¹ Dongoroz et al., „Explicații teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală”, pag.340

² Doltu și Dumitru „Sechestrul penal, inscripția ipotecară și poprirea. Contestarea acestor măsuri asigurătorii”, pag. 220

¹⁰¹ Procesul-verbal trebuie să cuprindă: data și locul unde este încheiat, ora la care a început și ora la care s-a terminat încheierea procesului-verbal; numele, prenumele și calitatea celui care îl încheie; numele, prenumele, ocupația și adresa martorilor asistenți, când există; descrierea amanunțită a celor constatate, precum și a măsurilor luate; numele, prenumele, ocupația și adresa persoanelor la care se referă procesul-verbal, obiecțiile și explicațiile acestora; mențiunile prevăzute de lege pentru cazurile speciale.

⁴ Al. Boroi et al „Drept procesual penal”, pag.200

⁵ Dongoroz et al., „Explicații teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală”, pag.339

⁶ Ibidem, 341

⁷ Legea 28/2012 pentru modificarea și completarea unor acte normative în vederea îmbunătățirii activității de valorificare a bunurilor sechestrate sau, după caz, intrate, potrivit legii, în proprietatea privată a statului. Art.II

⁸ art.166, alin.2

⁹ Art. 168¹ C. p. p.

Bunurile mobile pot fi valorificate și fără acordul celui ce le are în proprietate dacă ne aflăm în una din următoarele situații¹: atunci când, în termen de un an de la data instituirii sechestrului, valoarea bunurilor sechestrate s-a diminuat în mod semnificativ, respectiv cu cel puțin 40% în raport cu valoarea din momentul dispunerii măsurii asigurătorii²; când există riscul expirării termenului de garanție sau când sechestrul asigurător s-a aplicat asupra unor animale sau păsări vii; când sechestrul asigurător s-a aplicat asupra produselor inflamabile sau petroliere; iar ultima situație este atunci când sechestrul asigurător s-a aplicat asupra unor bunuri a căror depozitare sau întreținere necesită cheltuieli disproporționate în raport cu valoarea bunului. Sumele obținute se vor consemna pe numele învinutului, inculpatului sau persoanei responsabilă civilmente, la dispoziția organului judiciar care a dispus sechestrul respectiv. În cursul urmăririi penale, atunci când nu există acordul proprietarului, dacă procurorul care a instituit sechestrul apreciază că se impune valorificarea bunurilor mobile sechestrate, se fixează un termen, care nu poate fi mai scurt de 10 zile, la care sunt chemate părțile, precum și custodele bunurilor, atunci când a fost desemnat unul. La termenul fixat se aduce la cunoștința părților și a custodelui faptul că se intenționează valorificarea bunurilor mobile sechestrate și li se pune în vedere că au dreptul de a face observații sau cereri legate de bunurile ce urmează a fi valorificate. După examinarea obiectivelor și cererilor făcute de părți sau custode, procurorul dispune prin ordonanță asupra valorificării bunurilor mobile necontând dacă părțile legal citate sunt prezente sau nu.

În cursul judecății, instanța prin încheiere, din oficiu sau la cererea procurorului, a uneia dintre părți sau a custodelui, poate dispune asupra valorificării bunurilor mobile sechestrate. În acest scop, se va fixa un termen, care nu poate fi mai scurt de 10 zile, la care sunt citate părțile, iar în cazul în care a fost desemnat și un custode va fi citat și acesta. La termenul fixat, în cadrul unei ședințe publice, se va pune în discuția părților valorificarea bunurilor mobile sechestrate, de altfel li se va pune în vedere și faptul că au dreptul de a face observații sau cereri legate de acestea. Asupra cererilor facute de părți instanța se va pronunța prin încheiere. Lipsa părților legal citate nu împiedică desfășurarea procedurii.

În ceea ce privește autovehiculele ori mijloacele de transport asupra cărora s-au luat măsuri asigurătorii, acestea pot fi valorificate dacă nu au fost folosite la săvârșirea infracțiunii sau dacă a trecut o perioadă de un an sau mai mare de la instituirea sechestrului cu îndeplinirea cumulativă a următoarelor două condiții: proprietarul să nu fie cunoscut și să nu ne aflăm în una din cele patru situații prezentate mai sus. Sumele obținute în acest caz vor fi consemnate pe numele învinutului, inculpatului, persoanei responsabile civilmente sau într-un cont special constituit în acest sens la dispoziția organelor judiciare. Codul de procedură penală mai specifică și faptul că sumele obținute pot fi consemnate pe numele făptuitorului însă, nu ne putem imagina o astfel de situație deoarece măsurile asigurătorii se pot lua numai în cadrul procesului penal, după începerea urmăririi penale, ori calitatea de făptuitor³ o are cel care a săvârșit fapta, dar asupra căruia nu s-a declanșat procesul penal.

8. Poprirea

Această formă specială a sechestrului penal este larg folosită în ceea ce privește urmărirea sumelor de bani pe care învinutul, inculpatul sau persoana responsabilă civilmente este îndreptățită a le primi de la eventuali debitori. Cu alte cuvinte acest tip de sechestrul „permite creditorului urmărit să urmărească creanțele al cărui titular, în raporturile cu terții este însuși debitorul urmărit”⁴.

Art. 167 C.p.p. arată că sumele de bani datorate cu orice titlu învinutului, inculpatului sau părții responsabilă civilmente de către o a treia persoană, ori de către cel păgubit, sunt poprite în

¹ Art 168¹ alin. 2

² Dispozițiile art.165 alin.1 C. p. p. se aplică.

³ Ion Neagu, Mircea Damaschin, Bogdan Micu, Constantin Nedelcu „Drept procesual penal. Mapă de seminare” Ediția a-II-a revăzută și adăugită, Universul Juridic, București 2011, pag.54

⁴ Zilberstein și Ciobanu „Tratat de executare silită”, pag.361

măinile acestora și în limitele prevăzute de lege, de la data primirii actului prin care se înființează sechestrul. Aceste sume vor fi consemnate de debitor, după caz, la dispoziția organului care a dispus poprirea sau a organului de executare, în termen de 5 zile de la scadență, recipisele urmând a fi predate aceluiași organ în 24 de ore de la consemnare.

Ceea ce face interesantă această instituție este caracterul triunghiular pe care îl prezintă. În doctrină¹ este considerat că acest caracter se datorează participării obligatorie a trei subiecți și anume: creditor popritor, debitor poprit și terțul poprit. Creditorul popritor este persoana fizică sau juridică prejudiciată prin săvârșirea unei infracțiuni, debitorul poprit este învinuitul, inculpatul sau partea responsabilă civilmente, iar terțul poprit este persoana fizică sau juridică ce datorează părții responsabile a repara prejudiciul cauzat prin infracțiune o sumă de bani². În unele cazuri terțul poprit și creditorul popritor pot fi una și aceeași persoană³, de pildă în cazul unei infracțiuni de serviciu prin care s-a produs un prejudiciu angajatorului, sumele datorate de angajator celui ce a săvârșit infracțiunea pot fi poprite în limitele prevăzute de lege. Noi vom considera că de esența popririi⁴ este numărul raporturilor juridice iar nu cel al persoanelor implicate, acesta din urmă poate varia însă în ceea ce privește raporturile juridice acestea vor fi întotdeauna în număr de trei: raportul juridic născut în urma săvârșirii infracțiunii, raportul juridic născut în afara procesului penal între cel obligat a repara paguba și terț și nu în cele din urmă raportul juridic născut în urma aplicării popririi între terț și partea civilă constituită în procesul penal.

Procedura popririi cuprinde 2 momente⁵: înființarea popririi prin ordinul dat terțului debitor de a nu plăti suma datorată și de a o ține la dispoziția organului judiciar și plata sumei, care se va consemnata de debitor, după caz, la dispoziția organului care a dispus poprirea sau a organului de executare.

Această măsură asigurătoare prezintă numeroase avantaje⁶: poate fi dispusă asupra veniturile salariale ale debitorului, venituri ce constituie un element important al patrimoniului acestuia; procedura prin care se realizează conferă suplețe și rapiditate în recuperarea creditului, adică a sumei necesare a acoperi prejudiciul cauzat prin infracțiune; riscurile părții civile sunt mult mai reduse în cazul acestei proceduri; partea civilă este protejată de reaua-credință a debitorului, fiind puțin propabil ca terțul să fie și el la randul său de rea-credință, acesta oricum are de îndeplinit o obligație și nu ar avea nici un interes să se opună unei astfel de proceduri.

Pentru a fi posibilă poprirea, nu este necesar ca obligația să fie exigibilă⁷, ea trebuie să existe, cu alte cuvinte obligația trebuie să fie certă și lichidă.

În ceea ce privește învinuitul sau inculpatul minor, înainte de declanșa o astfel de procedură este necesară luarea măsurilor convenite în ceea ce privește reprezentarea sau ocrotirea acestuia⁸.

Un lucru foarte important de menționat este că nu trebuie să confundăm poprirea dispusă în cadrul unui proces penal cu cea aplicată într-un proces civil. Sfera de aplicare a popririi în cauzele penale vizează exclusiv sumele de bani⁹, spre deosebire de cauzele civile când aceasta cuprinde și titlurile de valoare (acțiuni, obligațiuni, etc.) sau bunurile mobile corporale, cum ar fi de exemplu drepturile de proprietate industrială(marca).

¹ Neagu, „Tratat de procedură penală, partea generală”, pag.629

² Apetrei „Drept procesual penal.Partea Generală”, pag.401

³ Dongoroz et al., „Explicatii teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală”,pag.341
“poprirea se poate face și în propriile mâini, ceea ce constituie un important mijloc de recuperare atunci când infractorul este salariat al unității pagubite”

⁴ Carmen Semenescu “Executarea silită.Comentată și adnotată”, Editura Nicoara M, București 2002, pag.63

⁵ Al. Boroș et al „Drept procesual penal”, pag. 201

⁶ Ioan Leș “Tratat de drept procesual civil”, Ediția a-V-a, C.H. Beck, București 2010, pag. 1130-1131

⁷ Zilberstein și Ciobanu „Tratat de executare silită”, pag.360

⁸ Leș “Tratat de drept procesual civil”, pag.1132

⁹ Briciu, “Măsurile asigurătorii în procesul civil”, pag.234

Sumele obținute în urma unor vânzări silite nu pot fi poprite, deoarece acestea vor fi împărțite creditorilor urmăritori¹.

9. Inscripția ipotecară

Această formă a măsurilor asigurătorii este utilizată în cazul sechestrului aplicat asupra bunurilor imobile. Prin bunuri imobile înțelegem atât terenurile, izvoarele și cursurile de apă, plantațiile prinse în rădăcini, construcțiile și orice alte lucrări fixate în pământ cu caracter permanent, platformele și alte instalații de exploatare a resurselor submarine situate pe platoul continental, precum și tot ceea ce, în mod natural sau artificial, este încorporat în acestea cu caracter permanent²; cât și materialele separate în mod provizoriu de un imobil, pentru a fi din nou întrebuințate, atât timp cât sunt păstrate în aceeași formă, precum și părțile integrante ale unui imobil care sunt temporar detașate de acesta, dacă sunt destinate spre a fi reintegrate sau materialele aduse pentru a fi întrebuințate în locul celor vechi din momentul în care au dobândit această destinație³. Pe scurt legea penală se referă atât la bunurile imobile prin natura lor cât și a celor care datorită provenienței sau întrebuințării lor legea le consideră imobile.

Spre deosebire de celelalte forme ale sechestrului penal inscripția ipotecară este o procedură mult mai complexă, ea presupune îndeplinirea mai multor formalități⁴ de autentificare și de publicitate menite a da eficiență măsurii în raport cu terții.

În art. 167 C. p. ultimul alineat este prevăzut că “Pentru bunurile imobile sechestrate, organul care a dispus instituirea sechestrului cere organului competent luarea inscripției ipotecare asupra bunurilor sechestrate, anexând copii de pe actul prin care s-a dispus sechestrul și un exemplar al procesului-verbal de sechestr”.

Legea nr. 7/1996 are o importanță deosebită deoarece procedura inscripției ipotecare se subsumează⁵ acesteia în ceea ce privește cadastrul și publicitatea imobiliară. Cadastrul și cartea funciară conform art.1 din lege formează un sistem unitar și obligatoriu de evidență tehnică, economică și juridică, de importanță națională, a tuturor imobilelor de pe întregul teritoriu al țării. Printre scopurile urmărite de acest sistem se numără și asigurarea publicității drepturilor reale imobiliare, a drepturilor personale, a actelor și faptelor juridice, precum și a oricăror alte raporturi juridice, prin cartea funciară, în cazul nostru publicitatea aplicării unei inscripții ipotecare. În cartea funciară⁶ mențiunile cu privire la sechestrul sunt cuprinse în partea a treia.

Fiind vorba de un imobil infracțiunea de sustragere de sub sechestrul nu⁷ este posibilă, bunurile imobile neconstituind obiect material al acestei infracțiuni. În cazul vânzării unui bun imobil⁸, asupra căruia a fost luată o măsură asigurătorie, prin intermediul unei licitații publice, o parte din preț fiind distribuită creditorilor proprietarului, inscripția ipotecară se va transforma într-un sechestrul penal propriu-zis ce va fi menținut numai asupra sumei de bani nedistribuite, acesta putând fi extins și asupra altor bunuri dacă suma respectivă nu este îndestulatoare.

Obiectul inscripției ipotecare⁹ poate fi proprietatea exclusivă a învinutului, inculpatului, părții responsabile civilmente sau poate fi proprietatea comună a soților, ori în indiviziune cu alte persoane. În situația în care se va ajunge la executare silită, trebuie avută în vedere doar cota ce le revine acestora.

¹ Carmen Semenescu, op. cit. ,pag.64

² Art. 537 C. civ.

³ Art. 538 C. civ.

⁴ Nistoreanu et al. „Manual de drept procesual penal”, pag.143

⁵ Neagu, „Tratat de procedură penală, partea generală”, pag.630

⁶ Art. 23 din Legea 7/1996

⁷ Neagu, „Tratat de procedură penală, partea generală”, pag.630

⁸ Ion Neagu, Mircea Damaschin “Codul de procedură penală, adnotat cu legislație și jurisprudență “, Ediția a-II-a, Universul Juridic, București 2010, pag.250

⁹ Adrian Stoica “Executarea silită imobiliară”, Universul Juridic, București 2009, pag.127

10. Contestarea măsurilor asigurătorii

Conform art. 168 și 168¹ C. p. p. pot face contestație împotriva măsurii asigurătorii luate, precum și împotriva a modului de aducere la îndeplinire a acesteia persoanele a căror bunuri au fost indisponibilizate - învinuit, inculpat sau parte responsabilă civilmente – cât și orice altă persoană interesată.

Contestarea acestor măsuri¹ se poate face în fața instanței penale pe toată durata procesului penal sau, dacă procesul a fost soluționat definitiv, în fața instanței civile potrivit legii civile și dacă nu s-a făcut plângere împotriva aducerii la îndeplinire a acestor măsuri.

Cu titlu de exemplu considerăm ca o persoană poate contesta aceste măsuri atunci când au fost aplicate asupra unor bunuri exceptate de lege de a fi indisponibilizate, când proprietarul al bunului este altă persoană care nu are nici o tangență cu procesul în desfășurare, de altfel poate fi făcută contestație atunci când pe parcursul procesului penal persoana vătămată a fost despăgubită iar sechestrul nu a fost ridicat². Atunci³ când organul de urmărire penală sau instanța de judecată nu s-a pronunțat cu privire la ridicarea măsurilor asigurătorii ne aflăm în situația unei omisiuni vădite.

Contestația acestor măsuri poate privi⁴ atât actul prin care acestea au fost dispuse, actul procesual, cât și modul de aducere la îndeplinire a acesteia, actul procedural⁵.

Justificarea⁶ posibilității contestării celor două acte distincte este ca luarea măsurii asigurătorii se realizează cu îndeplinirea altor condiții decât aplicarea lor în concret, iar persoanele implicate în realizarea lor sunt de regulă diferite.

Actele procesuale prin care poate fi instituit un sechestrul asigurător sunt: ordonanța procurorului în cadrul urmăririi penale și încheierea instanței de judecată în faza judecării.

Conform art. 168 alin. 1 C. p. p. “În contra măsurii asigurătorii luate și a modului de aducere la îndeplinire a acesteia, învinuitul sau inculpatul, partea responsabilă civilmente, precum și oricare altă persoană interesată se pot plânge procurorului sau instanței de judecată, în orice fază a procesului penal.” Textul legal enunțat a fost obârșia unei controverse în jurisprudență, unele instanțe considerând că în cursul urmăririi penale competența de a soluționa contestația împotriva măsurilor asigurătorii aparține exclusiv procurorului, în timp ce altele considerau că textul legal se referă la o competență alternativă între procuror și judecător aplicându-se totuși regula că odată ce plângerea a fost adresată procurorului contestarea soluției acestuia în fața instanței ar fi inadmisibilă. Înalta Curte de Casație și Justiție fiind sesizată cu aplicarea neuniformă a acestui articol a soluționat aceasta problemă stabilind⁷ că în cursul urmăririi penale competența de a soluționa plângerea formulată în temeiul art. 168 din Codul de procedură penală revine procurorului iar, în cursul judecării competența aparține instanței de judecată. ICCJ a considerat că o competență alternativă ar duce la posibilitatea părții de a face plângeri succesive atât la procuror cât și la instanța, existând astfel riscul pronunțării unor soluții diferite. Mai mult, specificul normei din art. 168 este unul ce stabilește competența materială, iar caracteristic acestor tipuri de norme este stabilirea unei competențe unice, competența alternativă fiind justificată exclusiv de elemente de ordin teritorial, ea fiind stabilită pe orizontală între organe de același grad. Un alt argument venit să sprijine această soluție a fost faptul că art. 278¹ C. p. p. limitează atribuțiile instanței în vederea plângerii asupra actelor efectuate de procuror doar la rezoluția și ordonanța de netrimitere în judecată, în plus, art. 278 alin. 3⁸ raportat la art. 278¹ impune

¹ Volonciu „Tratat de procedura penală, partea generală”, pag. 444

² Ibidem, 442

³ Vasile Berecheșan, Mircea Damaschin, Mirela Gorunescu, Bogdan Micu, Sorin Tănase, Lamy-Diana Al-Kawadri „Îndreptar de urmărire penală”, Universul Juridic, București 2009, pag. 330

⁴ Neagu, „Tratat de procedură penală, partea generală”, pag. 631

⁵ Poate fi contestat de exemplu modul de evaluare a bunurilor.

⁶ Crișu „Drept procesual penal”, pag. 350

⁷ Decizia 71 din 15.10.2007 a ICCJ

⁸ Art. 278, alin. 3 “În cazul rezoluției de neîncepere a urmăririi penale sau al ordonanței ori, după caz, al rezoluției de clasare, de scoatere de sub urmărire penală sau de încetare a urmăririi penale, plângerea se face în termen

concluzia cum că sesizarea instanței este condiționată de soluționarea plângerii de procurorul ierarhic superior.

Viitorul cod de procedură penală¹ va simplifica problema organului competent a soluționa contestațiile în legătură cu sechestrul asigurator. Acesta prevede că în ceea ce privește măsurile dispuse de procuror în faza de urmărire penală, organul competent este judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în fond, procurorul va înainta acestuia dosarul cauzei, în termen de 24 de ore de la solicitare, iar soluționarea plângerii se face în ședință publică, prin încheiere motivată și care nu este supusă niciunei căi de atac, cu citarea părților și participarea obligatorie a procurorului. Împotriva modului de aducere la îndeplinire a măsurii asiguratorii luate de către judecătorul de cameră preliminară ori de către instanța de judecată, procurorul, inculpatul, partea responsabilă civilmente sau orice altă persoană interesată poate face plângere, nesuspensivă de executare, la acest judecător ori la această instanță, în termen de 3 zile de la data punerii în executare a măsurii, plângerea se soluționează, în ședință publică, prin încheiere motivată, cu citarea părților și participarea obligatorie a procurorului, în termen de 5 zile de la înregistrare.

În cele din urmă menționăm că² persoana interesată a contesta măsurile asiguratorii poate sesiza și organele de cercetare penală ce se ocupă cu instrumentarea dosarului respectiv, acestea urmând a încunoștința de îndată procurorul care a dispus luarea măsurilor respective.

În timpul judecății contestarea diferă³ în funcție de faza în care s-a dispus aplicarea sechestrului respectiv, astfel dacă măsurile au fost dispuse în faza de urmărire penală partea interesată se poate adresa instanței până la soluționarea definitivă a cauzei, dacă măsurile au fost luate prin încheiere în faza de judecată modalitatea de contestare este recursul, recurs care se judecă imediat⁴ și care nu suspendă executarea.

O situație confuză apare în cazul în care prin sentința pronunțată de instanța de fond, sentința ce poate fi atacată cu apel, se dispune și luarea unor măsuri asiguratorii. Hotărârea pronunțată poate fi atacată cu două căi de atac diferite: atât cu apel conform art. 361 C. p. p. cât și cu recurs în virtutea art.168 C. p. p.. Pentru a evita astfel de conjuncturi neplăcute legiuitorul ar trebui, pe viitor, să impună ca sechestrul asigurator să poată fi instituit numai prin încheiere în faza de judecată.

Pot fi contestate și actele date de organele judiciare cu privire la valorificarea bunurilor sechestrate. Împotriva ordonanței⁵ prin care s-a dispus valorificarea bunurilor mobile sechestrate părțile, custodele, precum și orice altă persoană interesată pot face plângere la instanța competentă să soluționeze cauza în fond, în termen de 10 zile de la comunicare, în cazul părților și al custodelui, sau de la data când au luat la cunoștință, în cazul altor persoane. Plângerea împotriva ordonanței este suspensivă de executare. Judecarea cauzei se face de urgență și cu precădere, iar hotărârea instanței prin care s-a soluționat contestația este definitivă.

Împotriva⁶ modului de ducere la îndeplinire a ordonanței sau, după caz, a încheierii de valorificare a bunurilor mobile sechestrate învinuitul sau inculpatul, partea responsabilă civilmente, custodele, precum și orice altă persoană interesată pot formula, în cursul procesului penal, plângere la instanța competentă să soluționeze cauza în fond în termen de 15 zile de la îndeplinirea actului contestat. Instanța va soluționa prin încheiere definitivă de urgență și cu precădere, în ședință publică și cu citarea părților.

de 20 de zile de la comunicarea copiei de pe o ordonanță sau rezoluție, persoanelor interesate, potrivit art.228 alin.6, art.246 alin.1 și art.249 alin.2“

¹ Art. 251 N. C. p. p.

² Damaschin „Drept procesual penal”, pag.291

³ Ibidem

⁴ Micu Bogdan “Drept procesual penal.Parte speciala” Universul Juridic, Bucuresti 2012, pag.148

⁵ Art. 168² alin.2-4

⁶ Art. 168⁴ alin.1-2

În fața instanțelor civile, instrumentul folosit este contestația la executare, iar competența aparține instanței de executare. Prin instanța de executare înțelegem ”judecătoria în circumscripția căreia se află biroul executorului judecătoresc, care face executarea, în afara de cazurile în care legea dispune altfel”¹.

Pentru a fi posibilă contestarea măsurilor asigurătorii în fața instanței civile trebuie îndeplinite trei condiții: în primul rând cauza trebuie să fi fost definitiv soluționată, cererea² prin care partea responsabilă civilmente solicită instanței penale care a pronunțat hotărârea de condamnare, rămasă definitivă, să ridice sechestrul asigurător aplicat asupra bunurilor sale mobile și inscripția ipotecară luată asupra imobilului proprietatea sa, arătând că a achitat întreaga sumă la plata căreia a fost obligată, cu titlu de despăgubire, va fi respinsă ca inadmisibilă; în al doilea rând contestația nu trebuie făcută împotriva actului procesual prin care s-a dispus măsura asigurătorie; și în al treilea rând persoana să nu fi făcut contestație cu privire la actele procedurale efectuate de cei însărcinați cu aplicarea sechestrului asigurător în timpul procesului penal.

Se vor aplica aceleași reguli și cu privire la modul de ducere la îndeplinire a ordonanței sau, după caz, a încheierii de valorificare a bunurilor mobile sechestrate.

Concluzii

Măsurile asigurătorii sunt instituții de drept procesual civil folosite în cadrul procesului penal, pentru a asigura atingerea scopului acțiunii civile. Ele reprezintă un veritabil exemplu de interconexiuni realizate între ramuri diferite de drept.

Sechestrul asigurător are un caracter atenuant asupra efectelor negative produse prin săvârșirea unei infracțiuni, el oferă persoanelor păgubite o siguranță în ceea ce privește reparațiunea celor suferite, chiar și o mică satisfacție în anumite cazuri deoarece chiar înainte de pronunțarea unei hotărâri, cel ce a comis o infracțiune împotriva lor poate fi sancționat³.

Oportunitatea dispunerii unui sechestr penal, a unei popriri sau luarea unei inscripții ipotecare presupune unul din elementele cheie în atingerea scopului acțiunii civile. Astfel organele competente trebuie să dea dovadă de discerțament profesională și de practicitate ori de câte ori vor opera cu astfel de instituții. Este adevărat că partea civilă trebuie despăgubită însă nu prin încălcarea legii sau prin crearea unor prejudicii în patrimoniul altor persoane.

În final achiesăm și noi la părerea⁴ că măsurile asigurătorii pot fi catalogate ca fiind niște măsuri de preîntâmpinare în ceea ce privește latura civilă a unui proces penal s-au executarea unor sancțiuni patrimoniale.

Referințe bibliografice

- Ion Neagu „Tratat de procedură penală.Parte generală” Ed.a-II-a ,Universul Juridic, București 2010
- Alexandru Boroi, Georgeta-Stefania Ungureanu, Nicu Jidovu, Ilie Magureanu „Drept procesual penal”, All Beck, București 2001
- Anastasiu Crișu „Drept procesual penal” Ed. a-III-a, Hamangiu,București 2011
- Ion Neagu, Mircea Damaschin „Codul de procedură penală, adnotat cu legislație și jurisprudență” Ed. a-II-a, București 2010
- Grigore Gr. Theodoru „Tratat de drept procesual penal”, Hamangiu, București 2007
- Alexandru Vasiliu „Teoria generală a actelor de procedură penală”, All Beck, București 2003

¹ Art. 650 C. proc. civ.

² Apetrei „Drept procesual penal.Parte Generală”, pag.402

³ Prin aplicarea unui sigiliu asupra bunurilor învinuitului, inculpatului sau părții responsabile civilmente este îngrădit pe lângă dreptul de a dispune de lucrurile respective și dreptul de a le folosi

⁴ Dongoroz et al., „Explicatii teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală”, pag. 337

- Nicolae Volonciu „Tratat de procedură penală, partea generală” Vol.I, Paideia, București 2003
- Nicolae Volonciu „Drept procesual penal”, Editura didactică și pedagogică, București 1972
- Gheorghe Nistoreanu, Adrian-Ștefan Tulbure, Mihai Apetrei, Laurențiu Nae „Manual de drept procesual penal”, Europa Nova, București 1999
- Mihai Apetrei „Drept procesual penal, partea generală” Vol.I, Oscar Print, București 1998
- Vintilă Dongoroz, Sigfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stănoiu „Explicații teoretice ale codului de procedură penală român, partea generală” Vol.V, Ed.a-II-a, Editura Academiei Române, All Beck, București 2003
- Vasile Berecheșan, Mircea Damaschin, Mirela Gorunescu, Bogdan Micu, Sorin Tănase, Lamy-Diana Al-Kawadri „Îndreptar de urmărire penală”, Universul Juridic, București 2009
- Kahane Sigfried „Dreptul procesual penal în RPR” partea 1, Editura de stat Didactică și Pedagogică, București 1961
- Vasile Papadopol, Vasile Dobrinou, Mihai Apetrei „Codul de procedură penală adnotat, partea generală” Vol.I, Editura Albastră, București 1996
- Vasile Păvăleanu „Drept procesual penal, partea generală” Ed.a-III-a, Vol.I, Lumina-Lex, București 2007
- Alexandru Pinteș „Drept procesual penal, partea generală și partea specială”, Lumina-Lex, București 2002
- Constantin G. Rătescu, Nicolae Pavelescu „Codul de procedură penală (art.1-246) adnotat cu întreaga
- jurisprudență română la zi”, Tipografia și Legătoria penitenciarului corecțional „Văcărești”, București 1930
- Adrian Ștefan Tulbure, Angela Maria Tatu „Tratat de drept procesual penal”, All Beck, București 2001
- Ioan Tanoviceanu „Curs de procedură penală română” Atelierele Grafice Socec&Co. Societate Anonimă, București 1913
- Traian Cornel Briciu „Măsurile asigurătorii în procesul civil”, C.H.Beck, București 2008
- Savelly Zilberstein, Viorel Mihai Ciobanu „Tratat de executare silită”, Lumina-Lex, București 2001
- Ioan Leș „Tratat de drept procesual civil” Ed.a-V-a, C.H.Beck, București 2010
- Gabriela Răducan „Dreptul executării silite.Titlul executoriu european”, Hamangiu, București 2009
- Demetru Negulescu „Execuțiunea silită. Principii generale” Vol.I, Tipografia „Gutenberg” , Joseph Gobl S-sori, București 1910
- Carmen Semenescu „Executarea silită.Comentată și adnotată”, Nicora M, București 2002
- Adrian Stoica „Executarea silită imobiliară”, Universul Juridic, București 2009
- Andreea Tabacu „Drept procesual civil” Ed. a-III-a, Universul Juridic, București 2008
- Mircea Damaschin „Drept procesual penal”, Wolters Kluwer, București 2010
- Viorel Mihai Ciobanu, Gabriel Boroș, Traian Cornel Briciu „Drept procesual civil.Curs Selectiv.Teste Grilă” Ed.V, C.H.Beck, București 2011
- Vasile Dobrinou, Norel Neagu „Drept penal.Parte specială. Teorie și practică judiciară”, Wolters Kluwer, București 2008
- Mihail Udroui „Fișe de procedură penală” Universul Juridic, București 2012
- Nicolae Popa „Teoria generală a dreptului” Editia a-3-a ,C.H.Beck, București 2008
- Gabriel Boroș “Drept civil. Partea generală. Persoanele” Editia a-III-a revizuită și adaugită, Hamangiu, București 2008
- Vasile Nemeș “Drept comercial”, Universul Juridic, București 2011
- Viorel Roș, Dragoș Bogdan, Octavia Spineanu-Matei „Dreptul de autor și drepturile conexe. Tratat”, All Beck, București 2005

- Mircea Damaschin „Drept procesual penal. Partea generală” Universul Juridic, București 2013
- Ion Neagu, Mircea Damaschin, Bogdan Micu, Constantin Nedelcu „Drept procesual penal. Măpă de seminarii” Editia a-II-a revăzută și adăugită, Universul Juridic, București 2011
- Lefterache Lavinia „Restituirea obiectelor. Plângere inadmisibilă”, Revista de Drept Penal nr. 2/2005
- Doltu Ioan, Toma Dumitru „Sechestrul penal, inscripția ipotecară și poprirea. Contestarea acestor măsuri asigurătorii”, Revista Dreptul nr. 1/2005
- Pop Virgil „Măsura ridicării de obiecte și măsura asigurătorie a sechestrului. Prezentare comparativă”, Revista de Drept Penal nr. 1/1995
- Botez Dan „Măsuri asigurătorii”, Revista de Drept Penal nr. 2/2001
- Pungă Titus „În legătură cu restituirea lucrurilor”, Revista de Drept Penal nr. 2/2001
- Barac Lidia „Influența Constituției asupra măsurilor asigurătorii”, Revista de Drept Penal nr. 3/2000
- Ion Ivănescu, Nicolae Conea „Luarea măsurii asigurătorii a sechestrului” Revista de Drept Penal nr.2/1994
- Mircea Ionescu „Efectele sechestrului asigurător în cazul concursului de creditori”, Revista Română de Drept nr.5/1967
- Ilie Luta „Probleme ale desființării torale sau parțiale ale unui înscris”, Revista Română de Drept nr.5/1978
- Dan Gramatovici „Competența instanței penale de a statua asupra nulității celei de a doua căsătorii în cazul infracțiunii de bigamie”, Revista Română de Drept nr.10/1970
- Dionisie Galbura „Parte în procesul penal. Unitatea care a primit spre valorificare bunuri sechestrate. Lipsa calității procesuale”, Revista Română de Drept nr.3/1987
- Nicolae Conea, Gheorghe Theodoru „ O propunere de lege ferenda în legatură cu luarea măsurii asigurătorii a sechestrului”, Revista Română de Drept nr.10/1976
- Codul de procedură penală
- Codul de procedură fiscală
- Codul penal
- Codul civil
- Codul de procedură civilă
- Constituția României
- Legea 141/1996 privind modificarea și completarea Codului de procedură penală
- Decretul 221/1960 privind executarea silită împotriva persoanelor fizice a plății impozitelor și a taxelor neachitate în termen și a creanțelor bănești ale organizațiilor socialiste, precum și cu privire la executarea confiscării
- OG 11/1996 privind executarea creanțelor bugetare
- Legea 78/2000 privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție
- Legea 281/2003 privind modificarea și completarea Codului de procedură penală și a unor legi speciale
- Legea 45/1993 pentru modificarea și completarea Codului de procedură penală
- Legea 7/1996 a cadastrului și a publicității imobiliare
- Legea 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism
- OUG 43/2002 privind Parchetul Național Anticorupție
- Legea 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe
- Legea nr.59-1934 asupra cecului

STUDIU COMPARATIV ÎNTRE INFRAȚIUNEA DE ÎNȘELĂCIUNE ȘI ABUZUL DE ÎNCREDERE

Mădălina-Elena CHIVU*

Abstract

Mediul de afaceri din România are o importanță deosebită din cauza amplificării relațiilor comerciale, fapt ce impune exigențe sporite în acest domeniu. Cu toate acestea, numeroase societăți comerciale sunt înființate sau cumpărate numai pentru a permite derularea unor operațiuni nelegale soldate cu fraudarea partenerilor.

Majoritatea infracțiunilor de acest fel sunt favorizate de cunoașterea insuficientă a legii precum și de mijloacele de acțiune diversificate și ingenioase prin intermediul cărora făptuitorii reușesc să provoace, de cele mai multe ori, prejudicii foarte mari persoanelor de bună credință cu care se contractează.

Acest studiu își propune să analizeze două infracțiuni distincte cuprinse în Titlul III al Părții Speciale din Codul Penal Român, abuzul de încredere și înșelăciunea, în scopul de a înțelege și de a asigura aplicarea corectă a dispozițiilor prevăzute în Cod. Deasemenea în cuprinsul acestei lucrări vor fi prezentate anumite aspecte teoretice și practice, specifice acestor infracțiuni, urmărind nu neapărat o tratare graduală, etapizată, ci pentru a oferi o serie validă de date și interpretări argumentate, unele discutabile, dar valorificabile.

Astfel, pentru o mai bună înțelegere a acestor două infracțiuni analizate în acest studiu, vom introduce atât în notele de subsol cât și în cuprinsul lucrării o serie de cazuri identificate în practică tocmai pentru a ilustra situațiile teoretice prezentate.

Cuvinte cheie: încredere, însușire, dispunere, titlu, pagubă.

I. 1. Aspecte introductive

Ocotirea patrimoniului prin normele dreptului penal a constituit dintotdeauna un obiectiv prioritar al oricărui sistem de drept, patrimoniul reprezentând o componentă importantă a vieții sociale de care depinde atât satisfacerea cerințelor curente, dar mai ales prosperitatea, la nivel individual. Noțiunea de patrimoniu are în dreptul penal același înțeles ca și în dreptul civil, adică totalitatea drepturilor și obligațiilor cu valoare economică ale unei persoane.

În cadrul infracțiunilor contra patrimoniului din Titlu III al Codului Penal, faptele de înșelăciune și abuz de încredere sunt o categorie distinctă a fenomenului criminalității societății românești. Astfel, pentru o înțelegere concretă a fenomenului infracțional în domeniul acestor două fapte trebuie identificate schemele de gândire și motivația făptuitorilor și clar evidențiate cauzele și condițiile care l-au determinat.

În plan social, aceste infracțiuni au luat amploare, fiind favorizate de întregul proces de evoluție al societății, determinat de utilizarea tehnologiilor moderne, care le permite infractorilor să dezvolte constant noi metode, vătămând buna-credință a persoanelor cu care aceștia intră în contact, în scopul obținerii de beneficii materiale.

Printre cauzele concrete care generează acest fenomen infracțional reținem criza social-economică, slăbirea autorității statului, concurența neloială, degradarea nivelului de trai, neadaptarea

* Studentă, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (email: madalina.elena.chivu@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. drd. Mircea-Constantin Sinescu (mircea.sinescu@sinescu-nazat.ro)

legislației la condițiile economice și sociale, ceea ce face ca starea de fapt să meargă cu mult înaintea stării de drept, precum și dorința individului de a se îmbogăți rapid și prin orice mijloace, în condițiile în care lipsurile generează specula, iar prohibițiile de tot felul influențează consumul.

Aceste fapte prezintă pericol pentru societate, deoarece lovesc în acel minim de încredere și probitate ce trebuie să existe în raporturile patrimoniale dintre membrii colectivității, încredere și probitate fără de care relațiile de ordin patrimonial nu s-ar putea forma, dezvolta și consolida în mod normal. Astfel, acela care intră în relații sociale cu caracter patrimonial trebuie să fie diligent, procedând cu toată grija și atenția pentru ca interesele sale să nu fie vătămate.

Așadar, infracțiunile analizate în prezentul studiu sancționează faptele care aduc atingere patrimoniului, caracterizate prin faptul că sunt comise cu viclenie. Această caracterizare generală presupune unele particularități de ordin criminologic, atât în ceea ce privește tipologia făptuitorului cât și cea a victimei. Astfel, autorii acestor infracțiuni dovedesc, de regulă, abilitate, inventivitate și o deosebită capacitate de persuasiune, în timp ce victima, deoarece comiterea infracțiunilor se realizează printr-o „colaborare” a acesteia, dovedește neglijență sau naivitate în relațiile interumane.

2. Scurt istoric al consacării infracțiunilor de înșelăciune și abuz de încredere în legislația penală

Din toate timpurile și în toate orânduirile sociale, legislațiile penale au încriminat și sancționat sever infracțiunile săvârșite împotriva proprietății particulare, deosebirile datorându-se perioadei istorice și particularităților proprii unei societăți sau alteia.

În perioada sclavagistă erau pedepsite cu asprime furtul și tâlhăria. Mai puțin cunoscute erau alte forme de atingere a proprietății, cum ar fi: înșelăciunea, abuzul de încredere, gestiunea frauduloasă, care erau considerate delictive civile. În perioada feudală s-a extins treptat represiunea penală, în sfera sa intrau toate faptele prin care se putea aduce atingere patrimoniului.

Codul penal de la 1864 încrimina cele două infracțiuni în titlul IV, fiind definite în două secțiuni diferite. Astfel, abuzul de încredere este prevăzut în articolele 322-331 unde enumerate o serie de fapte : abuzul de slăbiciunea unui incapabil, abuzul de încredere propriu-zis , abuzul de încredere profesional, etc. Infracțiunea propriu-zisă, de abuz de încredere, era prevăzută în art. 323 care enumera limitativ raporturile patrimoniale în legătură cu care se putea comite infracțiunea: închiriere, depozit, mandat și locațiunea de servicii.

În secțiunea V al aceluiași titlu este definită infracțiunea de înșelăciune, art.332 stabilind că este culpabil de înșelăciune acela care determină o amăgire în paguba averii altuia, sau prezintă fapte mincinoase pentru a obține un folos¹. Art. 334 pedepsea pentru înșelăciune pe cei care exercitau manopere frauduloase pentru a-i determina pe alții să creadă într-o întreprindere mincinoasă sau credit nereal, ori pentru a-i determina să remită o sumă de bani , bunuri mobile, obligațiuni, chitanțe sau înscrisuri de valoare.²

Codul penal Carol al II –lea din anul 1936, sancționa cele două infracțiuni în titlul XIV, capitolul III unde denumirea dată de codul Cuza ”infracțiuni contra proprietății” este schimbată în ”infracțiuni contra patrimoniului” denumire pe care o găsim în actualul Cod. Codul penal de la 1936 a fost modificat de mai multe ori și republicat în anul 1948, dar cele două infracțiuni au suferit schimbări numai cu privire la pedepse , întrucât în toată legislația penală română s- a renunțat la pedepsele cumulative cu închisoarea și amendă. Codul penal de la 1968 a inclus înșelăciunea în titlul III, intitulat ”infracțiuni contra patrimoniului” ,deoarece prin comiterea acestei infracțiuni se urmărește obținerea unui folos material injust pentru sine sau pentru altul , păgubindu-se astfel patrimoniul unei persoane fizice sau juridice.

¹ Codul penal român din 1864, art. 332, „Acela care, în vederea de a împărtăși folos face să nască o amăgire în paguba averii altuia, sau făcând să treacă de adevărate fapte mincinoase, sau prefăcând în mincinoase fapte adevărate, ori suprimându-le de tot, este culpabil de înșelăciune”.

² Codul penal român din 1864, art. 334.

În anul 1996 la conținutul infracțiunii de înșelăciune a fost adăugat alineatul (4) care prevede o variantă specială –emiterea unui cec fără a avea acoperirea necesară sau valorificare acestuia atunci când nu există provizie, retragerea acesteia după emiteră sau interzicerea trasului să plătească cecul înainte de expirarea termenului de prezentare.

II. 1. Noțiunea de înșelăciune și abuz de încredere

În Codul penal actual abuzul de încredere este prevăzut în art. 213 alin 1 din C.p., și constă în „însușirea unui bun mobil al altuia, deținut cu orice titlu, sau dispunerea de acest bun pe nedrept, ori refuzul de a-l restitui”, iar în art. 215 alin 1 se prevede că înșelăciunea constă în „inducerea în eroare a unei persoane, prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate, în scopul de a obține pentru sine ori pentru altul un folos material injust, și dacă s-a pricinuit o pagubă.”

Mai trebuie precizat faptul că includerea acestor două infracțiuni în categoria infracțiunilor contra patrimoniului s-a realizat deoarece prin comiterea lor se urmărește, așa cum am amintit în definițiile de mai sus, obținerea unui folos material, păgubindu-se în acest fel patrimoniul unei persoane fizice sau juridice.¹ În această privință, pe plan juridic, înșelăciunea se deosebește de abuzul de încredere prin aceea că, în cazul ei, paguba nu se produce prin intervertirea calității de detentor al unui bun în calitate de pretins proprietar al acestuia, așa cum se întâmplă la abuzul de încredere, ci prin inducerea în eroare a persoanei de către făptuitor care urmărește prin aceasta obținerea unui folos material injust pentru sine ori pentru altul.

În ceea ce privește formele agravate ale acestor două infracțiuni, abuzul de încredere se manifestă printr-o singură formă-simplă, în timp ce înșelăciunea are în reglementarea actuală două variante agravate și două variante speciale după cum urmează: alineatul (2) prezintă forma agravată a infracțiunii, săvârșită prin folosirea de nume sau calități mincinoase sau de alte mijloace frauduloase; alin. (3) sancționează înșelăciunea comisă cu prilejul încheierii sau executării unui contract, săvârșită în așa fel încât, fără această eroare, cel înșelat nu ar mai fi încheiat respectivul contract în condițiile stipulate; alin. (4) se referă la o formă specială a infracțiunii, comisă prin emiterea în scop fraudulos a unor cecuri specifice domeniului comercial; iar alin. (5) sancționează înșelăciunea care a avut consecințe deosebit de grave, care sunt definite într-un alt articol distinct din C.p. - art 146.

Așadar în alineatele (2) și (5) ale art. 215 sunt încriminate cele două variante agravate ale înșelăciunii prin mijloace frauduloase sau a celei care a avut consecințe deosebit de grave prin cauzarea unui prejudiciu mai mare de 200.000 lei², iar alineatele (3) și (4) prevăd variantele speciale ale acestei infracțiuni.

Prima variantă agravată prevăzută în alin. (2) stabilește ca elementul material al infracțiunii se realizează prin mijloace frauduloase, indicând cu titlu exemplificativ folosirea de nume sau de calități mincinoase.

Mijloacele frauduloase sunt acele procedee care sunt apte să creeze o deformare a realității, dincolo de abilitatea autorului sau de naivitatea victimei. Prin nume mincinoase înțelegem orice nume folosit de făptuitor și nu o adresabilitate pe care el și-o atribuie, însă nu orice deghizare a făptuitorului sub un nume fals constituie înșelăciune în această formă agravată ci numai întrebuițarea unui nume care prin el însuși determină succesul inducerii în eroare a subiectului pasiv. Calitățile mincinoase sunt doar acele caracteristici sau atribuții specifice ale unei persoane, legate de o profesie, funcție, rudenie, etc., apte să asigure sau să realizeze inducerea în eroare a victimei. Rezultă, deci, ca nu orice calitate invocată, chiar dacă aceasta ar fi mincinoasă, ar putea duce la încadrarea faptei în această agravată.

¹ Vintilă Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, J. Fodor, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănescu, V. Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, Editura Academiei, ed. 1971, vol. III, p. 524-525.

² Gheorghe Nistoreanu, Alexandru Boroi, *Drept penal, parte specială*, Edit. All Beck, ediția 2002, p. 206

Atunci când mijlocul fraudulos constituie prin el însuși o infracțiune vor fi aplicabile regulile concursului de infracțiuni. Această prevedere a făcut obiectul unei excepții de neconstituționalitate, care a fost respinsă cu motivarea că nu contravine dispozițiilor art.4 pct. 1 din Protocolul 7 la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale .

În practică s-a decis că sunt întrunite condițiile pentru existența înșelăciunii în această variantă agravantă în fapta inculpatului care atribuindu-și mincinos calitatea de reprezentant al unei firme reale ce se ocupa cu plasarea forței de muncă în străinătate ,a înșelat un anumit număr de persoane care i-au dat bani pentru obținerea de contracte de muncă și a vizelor necesare.¹

A doua variantă agravantă este prevăzută în alin. (5) –înșelăciunea care a avut consecințe deosebit de grave . Pentru a înțelege aceasta sintagmă ne raportăm la art. 146 C.p. care stabilește că prin consecințe deosebit de grave înțelegem o pagubă materială de 200.000 lei sau o perturbare deosebit de gravă a activității, cauzată unei autorități publice sau oricăreia dintre unitățile prevăzute în art. 145 ori unei persoane fizice sau juridice.

În practică s-a reținut că inculpatul M.S., în calitate de asociat unic și administrator la societatea comercială U., în perioada mai - iulie 2003, în baza aceleiași rezoluții infracționale, a indus în eroare patru societăți comerciale, prin emiterea de file cec, deși cunoștea că nu are disponibil în cont. Astfel, la 20 mai 2003 a încheiat un contract de vânzare-cumpărare cu societatea comercială C. pentru livrarea de produse metalurgice și țevi, în valoare totală de 765.297.007 lei, iar pentru plata mărfii, inculpatul a emis o filă care ulterior a fost refuzată datorită lipsei de disponibil.

La 21 iunie 2003, folosind același procedeu, inculpatul a încheiat un contract de vânzare-cumpărare cu societatea comercială L., având ca obiect livrarea de vitrine frigorifice în valoare totală de 299.157.056 lei, iar pentru plata mărfii inculpatul a emis o filă cec pentru suma totală de 299.157.056 lei, care a fost refuzată la plată datorită lipsei de disponibil.

În cursul lunii iulie 2003, inculpatul a solicitat, prin intermediul a două comenzi, achiziționarea de apă minerală, sucuri și țigări de la societatea comercială H., în baza comenzii fiind livrată marfa în valoare de 129.852.566 lei. Pentru achitarea mărfii, inculpatul a emis o filă cec care, de asemenea, a fost refuzată la plată, întrucât cecul fusese emis de un trăgător aflat în interdicție bancară și aparținea unui set de documente care a fost retras din circulație.

La 5 și 12 iunie 2003, societatea comercială L. a livrat inculpatului marfa în valoare de 820.335.028 lei, iar pentru achitarea mărfii inculpatul a emis două file cec și un bilet la ordin, care au fost respinse la plată.

Tribunalul Constanța, l-a condamnat pe inculpatul M.S. la pedeapsa de 7ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune prevăzută în art. 215 alin. (1)- (5) cu aplicarea art. 41 alin. (2) Codul penal În baza art. 71 Codul penal s-au interzis inculpatului drepturile prevăzute în art 64.²

În ceea ce privește cele două variante speciale amintite anterior ,acestea stabilesc înșelăciunea în convenții și înșelăciunea prin emiterea de cecuri fără acoperire.

Potrivit art. 215 alin 3 Cod Penal ,înșelăciunea în convenții constă în inducerea sau menținerea în eroare a unei persoane cu ocazia încheierii sau executării unui contract, săvârșită în așa fel încât, fără această eroare, cel înșelat nu ar fi încheiat sau executat contractul în condițiile stipulate. S-a reținut această modalitate specială în sarcina inculpatelor, care au fost condamnate, între altele, pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune prevăzută în art. 215 alin (2) și (3) C. Pen. , prin aceea că au mijlocit, în schimbul unor foloase bănești sub formă de comision, obținerea de către mai multe persoane a unor împrumuturi pe care acestea le-au garantat cu apartamentele lor.

Pentru perfectarea împrumutului, inculpatele au încheiat contracte de vânzare-cumpărare a apartamentelor, încredințând persoanelor vătămate că acestea sunt numai o formă de garantare mai sigură a împrumutului și că după achitarea acestuia , se vor face formele de restituire a

¹ Curtea Supremă de Justiție. Secția penală, decizia nr.526 din 9 febr. 2000, „Buletinul jurispudenței Curții Supreme de Justiție , Culegere de decizii pe anul 2000”, Edit. Juris Argessis, p.297.

² Tribunalul Constanța, prin sentință penală nr. 565 din 22 decembrie 2005.

apartamentului , ceea ce în realitate nu s-a întâmplat, cei împrumutați pierzând proprietatea apartamentelor.

Astfel a fost înșelată partea vătămată M.M. ,care pentru împrumutul de 25 milioane de lei, a semnat la 12 februarie 1996 contractul de vânzare-cumpărare a apartamentului său către A.T., iar acesta din urmă ,devenind proprietar, a vândut apartamentul , la 6 decembrie 1996 , lui C.C.

Instanța a dispus restabilirea situației anterioare săvârșirii infracțiunii, cu consecința anulării contractelor de vânzare- cumpărare încheiate între M.M și A.T., precum și a contractului de vânzare – cumpărare încheiat între A.T. și C.C., hotărârea fiind definitivă prin respingerea apelurilor și recursurilor formulate de părțile civile.¹

Cea de-a doua modalitate specială prevăzută în art. 215 alin. (4) constă în emiterea unui cec asupra unei instituții de credit sau unei persoane, știind că pentru valorificarea lui nu există provizia sau acoperirea necesară, precum și fapta de a retrace, după emitere, provizia , în tot sau în parte, ori fapta de a interzice trasului de a plăti înainte de termenul de prezentare, în scopul de a obține pentru sine ori pentru altul un folos material, și dacă s-a pricinuit o pagubă posesorului cecului.

În practică s-a decis prin sentința penală nr. 72 din 12 februarie 2002, Tribunalul Constanța că inculpatul C.G. este condamnat pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune prevăzută în art. 215 alin. (3), (4) și (5) C. pen.

Instanța a reținut că, la 30 ianuarie 1998, inculpatul C.G., administrator și asociat la societățile comerciale C.O. și G. având ca obiect de activitate vânzarea cu amănuntul de carburanți, a încheiat un contract de vânzare-cumpărare cu societatea comercială P., în baza căruia societatea comercială C.O. reprezentată de inculpat a primit cantități de benzină și motorină. Pentru plata acestora, inculpatul a emis, în iulie 1998, 3 file cec în valoare de 750 de milioane de lei, deși societatea comercială se afla în interdicție bancară. În august 1998, inculpatul a emis alte file cec în valoare de un miliard de lei în numele societății comerciale G. și girate de societatea comercială C.O., agent economic aflat, de asemenea, în interdicție bancară.

Ulterior, inculpatul a emis file cec în numele societății comerciale C.V., achitând o parte din contravaloarea produselor petroliere achiziționate, până în noiembrie 1998 când banca a înștiințat societatea comercială P. că 8 file cec emise de inculpat pe numele societății comerciale C.V. introduse la plată nu pot fi achitate din lipsa disponibilului în cont.

Expertiza contabilă efectuată în cauză a stabilit că din valoarea produselor petroliere livrate de societatea comercială P. s-a achitat suma de 594.248.027 de lei, aceasta fiind prejudiciată cu suma de 4.905.751.974 de lei.

Curtea de Apel Constanța, prin decizia penală nr. 324 din 23 decembrie 2002, a admis apelul inculpatului, a desființat în parte sentința, dispunând reducerea pedepsei și a respins apelul procurorului.

Recursurile declarate de procuror și de inculpat, între altele, cu privire la schimbarea încadrării juridice în infracțiunea prevăzută în art. 84 alin. (1) pct. 2 din Legea nr. 59/1934 asupra cecului, sunt nefondate.

Instanțele de judecată, în mod corect, au încadrat fapta săvârșită de inculpat în infracțiunea de înșelăciune prevăzută în art. 215 alin. (3), (4) și (5) C. pen., întrucât acesta a acționat pentru a induce și menține în eroare partenerii de afaceri cu privire la solvabilitatea și credibilitatea sa financiară. Profitând de calitatea sa de asociat și administrator al mai multor societăți comerciale, inculpatul a emis succesiv file cec pe numele acestora, deși știa că toate societățile comerciale erau în interdicție bancară și că nu avea disponibil în cont pentru acoperirea debitelor.

Inculpatul nu a acționat în numele mai multor societăți comerciale cu bună-credință, din dorința de a încerca achitarea creanțelor, ci, dimpotrivă, acest procedeu a avut scopul de a crea aparența solvabilității și a eforturilor depuse de debitor pentru plata datoriilor sale, în realitate el

¹ C.S.J. sentință penală dec. 3100/ 2001, nr. 1 /2002, Ciobanu C., Jidovu, *Culegere de practică judiciară în materie penală*, Wolters Kluwer, Bucuresti, 2007.

urmărind și obținând, în acest mod, amânarea momentului sistării livrărilor de produse petroliere de către societatea comercială P. Că așa stau lucrurile o dovedește și faptul că, deși inculpatul a valorificat toată cantitatea de produse petroliere achiziționată, el nu a achitat furnizorului decât suma de 594.248.027 de lei, sumă plătită pentru a menține cât mai mult timp aparența unei iminente plăți și a induce în eroare pe reprezentanții societății comerciale P. că își vor încasa debitele, motiv pentru care livrarea mărfii a fost sistată numai în octombrie 1998.

Prin urmare, inculpatul a săvârșit infracțiunea de înșelăciune, emiterea filelor cec în condițiile inexistenței disponibilului bancar făcându-se prin inducerea în eroare a furnizorului, în scopul obținerii unui folos material injust.

În consecință, constatându-se că nu se impune schimbarea încadrării juridice a faptei, recursurile au fost respinse.¹

În recursul în interesul legii, ÎCCJ a statuat prin decizia Decizia nr. IX din 24 octombrie 2005 că, în cazul în care beneficiarul a luat la cunoștință, la momentul emiterii cecului, despre faptul că nu există disponibilul necesar acoperirii lui, fapta trebuie încadrată în infracțiunea prevăzută în art. 84 alin. (1) pct. 2 din Legea nr. 59/1934.

Prin art. 84 din Legea nr. 59/1934 au fost indicate faptele care constituie infracțiuni comise în legătură cu emiterea cecurilor, prevăzându-se, între altele, la alin. (1) pct. 2, că se pedepsește cu sancțiunea stabilită în acest text de lege „oricine emite un cec fără a avea la tras disponibil suficient, sau după ce a tras cecul și mai înainte de trecerea termenelor fixate pentru prezentare, dispune altfel în total sau în parte de disponibilul avut”.

Este de observat că legiuitorul, referindu-se la faptele pe care le-a incriminat, a precizat că pedeapsa prevăzută în textul de lege menționat este aplicabilă „afară de cazul când faptul constituie un delict sancționat cu o pedeapsă mai mare, în care caz se aplică această pedeapsă”.

În actualul Cod penal, dându-se un nou cuprins articolului 215 prin Legea nr. 140/1996, s-a prevăzut, în alin. (4) al acestui articol, că „emiterea unui cec asupra unei instituții de credit sau unei persoane, știind că pentru valorificarea lui nu există provizia sau acoperirea necesară, precum și fapta de a retrage, după emitere, provizia, în totul sau în parte, ori de a interzice trasului de a plăti înainte de expirarea termenului de prezentare, în scopul arătat în alin. (1), dacă s-a pricinuit o pagubă posesorului cecului, se sancționează cu pedeapsa prevăzută în alin. (2)”.

În acest fel, legiuitorul a incriminat ca infracțiune de înșelăciune, prin alin. (4) al art. 215 din Codul penal, atât fapta de emitere a unui cec asupra unei instituții de credit sau unei persoane, știind că pentru valorificarea lui nu există provizia sau acoperirea necesară, cât și fapta de a retrage, după emitere, provizia, în totul sau în parte, ori de a interzice trasului de a plăti înainte de expirarea termenului de prezentare, în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material injust, dacă s-a produs o pagubă posesorului cecului.

Rezultă deci că prejudicierea beneficiarului cecului emis, prin săvârșirea oricăreia dintre faptele de inducere în eroare arătate mai sus, în scopul obținerii pentru sine sau pentru altul a unui folos material injust, constituie infracțiunea de înșelăciune prevăzută în art. 215 alin. (4) din Codul penal.

În cazul în care beneficiarul are cunoștință, în momentul emiterii, că nu există disponibilul necesar acoperirii cecului la tras, fapta nu mai poate constitui însă infracțiunea de înșelăciune prevăzută în art. 215 alin. (4) din Codul penal, deoarece îi lipsește un element constitutiv esențial, respectiv inducerea în eroare, condiție cerută fără echivoc prin alin. (1) al aceluiași articol.

Dar o atare faptă este susceptibilă de a fi încadrată în prevederile art. 84 alin. (1) pct. 2 din Legea nr. 59/1934, potrivit căruia săvârșește infracțiunea prevăzută în acest text de lege „oricine emite un cec fără a avea la tras disponibilul suficient, sau după ce a tras cecul și mai înainte de trecerea termenelor fixate pentru prezentare, dispune altfel, în total sau în parte de disponibilul avut”.

¹ I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 2839 din 26 mai 2004.

În această privință este de reținut că prevederile art. 84 alin. (1) pct. 2 din Legea nr. 59/1934, nefiind abrogate prin Legea nr. 140/1996, ca urmare a introducerii alin. (4) în art. 215 din Codul penal, și nici prin dispoziții anterioare, nu pot fi considerate scoase din vigoare, ele producându-și efectele.

De aceea, ori de câte ori beneficiarul are cunoștință, în momentul emiterii, că nu există disponibilul necesar acoperirii cecului la tras, astfel că lipsește elementul constitutiv al inducerii în eroare cerut prin art. 215 alin. (1) din Codul penal, fapta constituie infracțiunea prevăzută în art. 84 alin. (1) pct. 2 din Legea nr. 59/1934, iar nu infracțiunea de înșelăciune prevăzută în art. 215 alin. (4) din Codul penal.¹

În consecință, vom încadra fapta de emiterie a unui cec asupra unei instituții de credit sau unei persoane, știind că pentru valorificarea lui nu există provizia sau acoperirea necesară, precum și fapta de a retrage, după emiterie, provizia, în totul sau în parte, ori de a interzice trasului de a plăti înainte de expirarea termenului de prezentare, în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material injust, dacă s-a produs o pagubă posesorului cecului, în art. 215 alin. (4) din Codul penal, iar în cazul în care beneficiarul a avut cunoștință, în momentul emiterii cecului, că nu există disponibilul necesar acoperirii acestuia la tras, fapta va constitui infracțiunea prevăzută în art. 84 alin. (1) pct. 2 din Legea nr. 59/1934.

Așadar, de esență abuzului de încredere este tocmai comportarea incorectă, abuzivă și păgubitoare a celui care deține un bun ce i-a fost încredințat de altul pentru a-l păstra sau pentru a-i da o anumită întrebuințare; acesta, în disprețul încrederii ce i s-a acordat, trece acel bun în posesia sa. În același timp, înșelăciunea este o faptă care perturbă formarea, modificarea sau stingerea raporturilor juridice patrimoniale, aducând atingere, ca și abuzul de încredere, celui minim de încredere necesar desfășurării normale a acestor raporturi.²

2. Delimitare între infracțiunea de înșelăciune și infracțiunea de abuz de încredere

În doctrina penală se consideră că infracțiunile contra patrimoniului pot fi clasificate, ținând cont de specificul activității materiale, în infracțiuni contra patrimoniului bazate pe sustragere (furt, tâlhărie, piratete), infracțiuni contra patrimoniului bazate pe fraudă (înșelăciune, abuz de încredere) și infracțiuni contra patrimoniului bazate pe samavolnicie (distrugere, degradare, tulburare de posesie).³

În delimitarea înșelăciunii de abuzul de încredere, ținând cont de conținutul lor legal, trebuie să avem în vedere condiții preexistente și elementele constitutive ce caracterizează aceste două infracțiuni. O asemănare între acestea se referă la obiectul juridic generic, de altfel, același pentru toate infracțiunile contra patrimoniului, este format din relațiile sociale a căror formare, desfășurare și dezvoltare sunt asigurate prin apărarea patrimoniului, mai ales sub aspectul drepturilor reale privitoare la bunuri și implicit sub aspectul obligației de a menține poziția fizică a bunului în patrimoniu, acesta făcând parte din gajul general al creditorilor chirografari.

Patrimoniul ocrotit prin normele juridice care încriminează cele două infracțiuni are ca titular o persoană fizică sau juridică care nu trebuie să aibă neapărat un drept de proprietate al bunului asupra căruia se îndreaptă acțiunea subiectului activ deoarece legea penală nu ocrotește exclusiv dreptul de proprietate. Astfel, posesia sau detenția legitimă sunt ocrotite, în aceeași măsură de legea penală, chiar și împotriva proprietarului.

Relativ la obiectul juridic special, înșelăciunea are, în principiu, un obiect juridic special asemănător cu cel al abuzului de încredere, care constă în relațiile sociale de ordin patrimonial care

¹ I.C.C.J., S. U., Decizia nr. IX, din 24 octombrie 2005, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 123 din 9 februarie 2006

² Cioclei Valerian, *Drept penal-parte specială. Infracțiuni contra patrimoniului cu referiri la Noul Cod Penal*, C H Beck, Buc., 2011, p. 120.

³ I. Pascu, M Gorunescu, *Drept penal. Parte Specială*, Ed. Hamangiu, 2008, p. 228.

implică încrederea și buna-credință a celor ce intră în aceste relații. Încrederea pe care se bazează relațiile patrimoniale este ocrotită însă și prin învinovățirea abuzului de încredere. Înșelăciunea se deosebește de abuzul de încredere prin faptul că, dacă la infracțiunea de înșelăciune acordarea încrederii este obținută prin amăgire, la infracțiunea de abuz de încredere se încalcă prin abuz încrederea acordată.¹ Așadar, în cazul înșelăciunii vorbim despre o acțiune de amăgire a unei persoane care poate fi realizată prin orice mijloace apte să provoace o inducere în eroare. Simpla minciună sau afirmație, cât și simpla reticență sau omisiunea de a releva, pot fi mijloace de amăgire atunci când se produc în corelație cu împrejurări sau fapte care fac ca ele să capete aparența de veridicitate, de concordanță cu realitatea. În același timp, la infracțiunea de abuz de încredere, ne referim la un comportament abuziv al făptuitorului care constă în una din cele trei acțiuni alternative: însușirea lucrului mobil, dispunerea pe nedrept de acesta și refuzul restituirii sale.

În practica judiciară se ține cont de acest element de delimitare deoarece apar deseori probleme legate de încadrarea juridică a unor fapte în una din cele două infracțiuni. Într-o cauză, Tribunalul Suprem a statuat că fapta inculpatului de a intra în posesia unei delegații semnate în alb de conducere a unității, pe care a completat-o și s-a prezentat la o altă întreprindere, pretinzând că este delegat să ridice o parte din aparatura electronică pe care și-a însușit-o, constituie infracțiunea de înșelăciune, și nu abuz de încredere, deoarece în cazul celei din urmă, intrarea în posesia bunului se face licit, ceea ce în speță nu s-a realizat.²

Cele două infracțiuni nu pot fi comise prin același act material, existând înșelăciune numai dacă inducerea în eroare a influențat luarea unei decizii cu privire la o tranzacție, un bun, o acțiune sau inacțiune. În cazul în care după intervenirea tranzacției s-a dispus de bunul respectiv, va exista numai infracțiunea de abuz de încredere.

Într-o speță partea vătămată P.M. a depus plângere penală împotriva inculpatului M.V., pentru infracțiunea de înșelăciune, invocând faptul că l-a sfătuit să cumpere doi cai de la un cetățean din altă localitate și să-i lase la domiciliu lui, iar după câteva luni a vândut caii și a refuzat să-i restituie banii obținuți.

S-a stabilit că invinuitul îl sfătuisese să cumpere caii cu intenția de a-i vinde mai scump la târgul din municipiul Arad și de a împărți câștigul. Nu au reușit să-i vândă deși i-au dus la târg fiind lăsați câteva luni la domiciliul invinuitului deoarece partea vătămată nu dispunea de grajd. Când au intervenit neînțelegerile din cauza altor tranzacții, invinuitul a dus caii unei alte cunoștințe, motivând că nu mai are furaje. Ulterior a refuzat să-i predea deși s-a încercat recuperarea lor prin intermediul executorului judecătoresc. Apoi a afirmat că au murit, deși îi vânduse în alt județ. Din aceste motive P.M. a formulat plângeri penale separate, prima oară pentru abuz de încredere, apoi pentru înșelăciune, aceștia au încercat să-i revândă în târg, inculpatul păstrându-i câteva luni la domiciliu.

Învinuitul M.V. a fost scos de sub urmărire penală pentru înșelăciune, apreciindu-se că l-a îndemnat pe P.M. să cumpere caii pentru a câștiga împreună prin revânzare lor și nu pentru a-l înșela.

Pentru faptul că a dispus pe nedrept de cai, s-a formulat o acțiune directă la judecătoria, pentru infracțiunea de abuz de încredere, pentru care inculpatul a fost condamnat.³

Dacă pe plan juridic nu avem deosebiri nete între cele două infracțiuni, trebuie analizate celelalte elemente pentru lămurirea cărora se impune o definiție a acelor termeni și noțiuni ce țin de dreptul civil. Așadar, elemente de diferențiere dintre înșelăciune și abuz de încredere țin de latura obiectivă, latura subiectivă și de titlu în baza căruia este deținut bunul ce face obiectul material al infracțiunii, iar lămurirea titlului ține de dreptul civil.

Obiectul material, care diferențiază cele două infracțiuni, îl constituie în cazul abuzului de încredere bunul mobil al altuia, care în momentul faptei se află în detenția, cu orice titlu, a

¹ V. Dongoroz, ș.a, op. Cit., vol III, p. 526

² Ion Gorgăneanu, *Infracțiunea de înșelăciune*, Editura Scaiul, 1993, p.64;

³ Tiberiu Medeanu, Bianca Oproescu, *Înșelăciunea cu cecuri și belete de ordin vol.I, Ed.II, Lumina Lex, București, 2007, p.26.*

făptuitorului. Altfel spus, abuzul de încredere are ca obiect material numai un bun mobil, în timp ce înșelăciunea poate avea ca obiect material atât bunuri mobile, cât și imobile.

În ceea ce privește bunurile mobile, sunt asimilate acestora și bunurile imobile prin destinația lor, precum și cele care sunt considerate astfel datorită bunului la care sunt atașate. Deasemenea sunt asimilate bunurilor mobile și înscrisurile de orice fel.

În dreptul civil bunurile mobile sunt împărțite în trei categorii: mobile prin natura lor, mobile prin determinarea legii și mobile prin anticipație. Poate constitui obiect material al acestor două infracțiuni atât bunul mobil cât și roadele acestuia, iar în cazul abuzului de încredere, dacă bunul a fost încredințat făptuitorului pentru a-l vinde, banii obținuți prin vânzarea acestuia. Bunul mobil trebuie însă să aparțină altuia. Dacă până în momentul săvârșirii faptei bunul trecuse în proprietatea făptuitorului, existența infracțiunii este exclusă. Poate constitui obiect material al infracțiunii de abuz de încredere și bunul asupra căruia făptuitorul are numai un drept de coproprietate, dacă acel bun este indivizibil, sau plusul care depășește cota parte ce-i aparține în cazul unui bun individual.

În sens civil, prin bun se înțelege o valoare economică ce este utilă pentru satisfacerea tuturor nevoilor material ori spiritual ale omului și care este susceptibilă de apropiere sub forma dreptului patrimonial.¹ De aici reiese faptul că obiectul material al infracțiunii de înșelăciune poate consta și în bunuri incorporale, iar uneori îl poate reprezenta și o anumită tranzacție, cum ar fi obținerea unui împrumut.

Într-o cauză, partea vătămată F.I.a făcut plângere penală contra lui F.G., pentru faptul că l-a determinat să-i împrumute suma de 16.000 de mărci germane, spunându-i că garantează cu un autoturism proprietate personală. Ulterior s-a stabilit că autoturismul era înmatriculat pe societatea la care inculpatul era asociat unic, fiind grevat și de alte sarcini, întrucât învinuitul mai gajase cu el un împrumut bancar. Până la obținerea hotărârii judecătorești pe cale civilă, pentru restituirea împrumutului, învinuitul a devenit insolubil, transferându-și toate activele pe numele altor persoane.²

Revenind la problema titlurilor juridice ce formează situația premisă a infracțiunii de abuz de încredere, trebuie evidențiate anumite aspecte importante. Astfel, la această din urmă infracțiune, bunul mobil se găsește în posesia sau deținerea subiectului activ cu orice titlu care să-i confere dreptul la posesie sau detenție, dar nu și de dispoziție care este de esența dreptului de proprietate.

Deci, pentru existența infracțiunii de abuz de încredere este necesar în primul rând să existe un raport juridic între subiectul pasiv (victima) și subiectul activ (făptuitorul) în temeiul căruia acesta din urmă dobândește detenția bunul mobil și totodată are îndatorirea să-l păstreze, să-l restituie la termenul și în condițiile stabilite, ori să-i dea destinația indicată de cel de la care l-a primit. Devenind detentor al bunului, făptuitorul schimbă în mod abuziv această detenție într-o stăpânire deplină, comportându-se ca și cum ar fi proprietarul acelui bun, abuzând astfel de încrederea celui care i l-a încredințat.

Prin „titlu” se înțelege temeiul juridic în virtutea căruia o persoană dobândește posesia sau detenția unui bun, adică acele titluri care derivă din raporturile patrimoniale de proprietate. Rezultă deci că nu orice raport are ca efect transmiterea detenției unui bun și nu orice contact material al unei persoane cu un bun constituie o detenție iar pentru existența abuzului de încredere legea cere ca între autor și bun să existe un raport de detenție, bunul să nu se afle întâmplător în mâinile făptuitorului. Prin deținerea unui bun înțelegem dreptul de a stăpâni în fapt un bun în numele altuia (nomine alieno, animus detinendi), fie în interesul sau folosul altuia, fie în interesul propriu al detentorului dar fără a dobândi prin aceasta dreptul de proprietate care continuă să aparțină proprietarului bunului. Rezultă că prin ”orice titlu” se referă doar la titlurile care derivă din raporturile patrimoniale care nu sunt translativ de proprietate. Astfel, ”titlul” poate fi reprezentat de orice raport patrimonial, de genul contractelor de :depozit, mandate, comodat, gaj, locațiune, transport,etc.

¹ V. Cioclei, *op. Cit.* 2011, p. 124.

² Parchetul de pe lângă Judecătoria Deva, dosar nr. 552/P/2002.

Titlu poate deriva nu numai dintr-un contract, dar și dintr-un act al unei autorități, sau din orice situație de fapt în baza căreia se transmite detenția sau folosința bunului, cu obligația de restituire.

Prin acest titlu, făptuitorul devine detentorul bunului, detenție pe care o intervertește într-o stăpânire deplină, comportându-se ca și cum ar fi proprietarul acelui bun. Așadar, nu se va reține infracțiunea de abuz de încredere, atunci când în temeiul raportului juridic existent între părți, deținătorul bunului este îndreptățit să dispună de acel bun, să și-l însușească, ori să refuze restituirea. Deasemenea, nu vor fi întrunite cerințele pentru existența abuzului de încredere nici în situația în care raportul juridic existent nu este de natură a transmite detenția bunului celui căruia i-a fost încredințat. În ipoteza deținătorului care este îndreptățit să dispună de bun, se înscrie, printre altele, împrumutul de consumație (*mutuum*), prin care se transmite dreptul de proprietate, fapt din care rezultă dispunerea de acel bun ca un adevărat proprietar, cu obligația de restituire, la expirarea contractului, de bunuri de același gen, în aceeași cantitate și calitate. Situația aceluia care ia cu împrumut o sumă de bani, pe care refuză să o restituie la termenul prevăzut în contract nu constituie infracțiune, ci un litigiu civil, care va fi rezolvat conform regulilor procedurii civile.

În cea de-a doua ipoteză, a raporturilor juridice ce nu transmit detenția bunului, se înscriu situațiile în care se transmite unei persoane numai contactul material cu bunul, ceea ce nu are semnificația unei detenții. Rezultă deci că nu poate fi considerat detentor cel căruia i se încredințează de către un călător bagajele pentru a le urca în tren. În acest caz, raportul juridic în temeiul căruia bunul a ajuns în mâna subiectului activ n-a avut ca efect transmiterea detenției, ci a creat doar posibilitatea contactului material cu acel bun al subiectului activ, detenția aparținând tot subiectului pasiv. Însușirea bunului în aceste condiții constituie infracțiunea de furt, iar nu cea de abuz de încredere.¹

În cazul înșelăciunii vorbim de titlu juridic în cazul variantei speciale de la alin. (3), respectiv existența unui contract care să preceadă elementului material al infracțiunii de înșelăciune. În varianta tip prevăzută la alin. 1 situația premisă se referă la existența unei fapte adevărate, așadar în cea de-a doua situație a acestei variante precum și în cele două agravante ale infracțiunii nu avem situație premisă întrucât conținutul constitutiv nu depinde de o condiție prealabilă care să conștie în preexistența unei realități (situație, stare, calitate).

Subiectul activ este un alt element ce face delimitarea între cele două infracțiuni. În timp ce înșelăciunea poate fi săvârșită de orice persoană care răspunde penal, acesta nefiind circumstanțiat, la abuzul de încredere subiectul activ este întotdeauna persoana care îndeplinește condițiile cerute de lege, care deține bunul altuia, în baza titlului juridic, și pune în mod abuziv stăpânire pe acel bun, comportându-se ca adevăratul proprietar. Astfel, autor al infracțiunii de abuz de încredere poate fi și soțul care-și însușește sau dispune pe nedrept de unul sau mai multe bunuri comune aflate în detenția sa exclusivă, faptă săvârșită cu intenție. O asemănare între infracțiuni, referitor la subiecții activi, este aceea că participatie penală este posibilă în oricare dintre forme (coautorat, complicitate și instigare).

Subiectul pasiv este persoana prejudiciată prin săvârșirea oricăreia dintre cele două infracțiuni. În cazul abuzului de încredere subiectul pasiv este persoana fizică sau juridică (publică sau privată) căreia îi aparține bunul sau de la care a obținut autorul detenția acelui bun și care este prejudiciată prin săvârșirea faptei.

Cu privire la *latura obiectivă*, diferențiem abuzul de încredere de înșelăciune prin aceea că, la infracțiunea abuz de încredere, fiind o faptă comisivă, elementul material se realizează prin una din următoarele acțiuni: însușirea bunului, dispunerea pe nedrept de acel bun, ori refuzul de a-l restitui.

Termenul de însușire a unui bun mobil presupune acțiunea prin care autorul având detenția legală a bunului, pune stăpânire în mod samavolnic, ilegal și abuziv pe bun, ca și cum ar avea calitatea de proprietar. În practica judiciară s-a reținut ca abuz de încredere comis în această

¹ Gh. Voinea, *Abuz de încredere - gestiune frauduloasă, prezentare comparativă*, RDP nr. 3/1995, p. 73.

modalitate, însușirea unor sume de bani încredințate făptuitorului în baza unui contract de prestări de servicii pentru achiziționarea unor mărfuri.¹

Disponerea pe nedrept de bun înseamnă a efectua unele acte de dispoziție, acte pe care nu avea dreptul să le facă. Sunt considerate acte de dispoziție efectuate fără drept acele acte la care persoana în cauză nu era îndreptățită în baza titlului cu care era deținut bunul, sau pentru care nu a primit aprobarea celui ce i-a încredințat. Într-o cauză s-a considerat ca fiind abuz de încredere în această variantă în fapta unui militar în termen care își vinde echipamentul de serviciu.²

Refuzul de restituire constă în manifestarea de voință a făptuitorului de a nu înapoia bunul care i-a fost încredințat și de a-l reține pentru sine.

Refuzul restituirii poate fi expres atunci când declară explicit că nu înțelege să restituie bunul, și implicit, când fără a exista o declarație a făptuitorului, refuzul rezultă din manifestarea acestuia. Refuzul de restituire trebuie să se întemeieze pe intenția făptuitorului de a și-l însuși. Astfel, fapta de a refuza restituirea autoturismului, aflat în folosința inculpatului în baza unui contract de mandat care a fost ulterior revocat de către partea vătămată, revocarea fiindu-i comunicată acestuia, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de abuz de încredere în această variantă.³

În același timp, la infracțiunea de înșelăciune, elementul material constă în acțiunea de inducere în eroare a unei persoane, care poate fi săvârșită prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate; prin ambele variante i se creează subiectului pasiv o falsă reprezentare a realității, prin mijloace care pot fi extrem de variate.

Acțiunea de inducere în eroare trebuie să aibă ca rezultat pricinuirea unei pagube, adică a unui prejudiciu material. Paguba poate fi produsă celui indus în eroare sau unei alte persoane, și poate consta în remiterea unui bun, recunoașterea unui drept, eliberarea de o obligație, etc.

Astfel, fapta unei persoane de a vinde apartamentul pe care-l deține în calitate de chiriaș, menționând în actul de vânzare-cumpărare că este proprietarul acestuia, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de înșelăciune. Împrejurarea că făptuitorul avea vocația de a deveni proprietarul apartamentului în temeiul unor prevederi legale este irelevantă sub aspectul intenției de a induce în eroare persoana vătămată, atâta vreme cât nu a adus la cunoștință situația juridică reală a bunului vândut, prezentând ca adevărată calitatea sa mincinoasă de proprietar.

Deasemenea, este irelevantă împrejurarea că persoana vătămată, fiind de bună-credință, nu a cerut făptuitorului să facă dovada calității sale de proprietar și nu a făcut demersurile necesare pentru cunoașterea situației juridice a apartamentului.⁴

Dacă mijlocul folosit prezintă aparența de veridicitate, el determină existența formei agravate a infracțiunii (prin mijloace frauduloase). În situația în care mijlocul de inducere în eroare constituie prin el însuși o infracțiune (act falsificat, purtarea unei uniforme), va exista un concurs de infracțiuni.

Aprecierea posibilității de inducere în eroare trebuie să se facă în funcție de împrejurările concrete, raportate la starea psihică și la gradul de cultură al persoanei vătămate, chiar dacă aceasta este credulă și mai puțin prudentă.

Urmarea imediată este un alt element constitutiv care diferențiază înșelăciunea de abuzul de încredere, prin aceea că dacă la prima infracțiune urmarea imediată constă în producerea unei pagube în patrimoniul persoanei vătămate, în cazul abuzului aceasta constă, pe de o parte în împedarea sau folosirea frauduloasă de către autor a bunului care constituie obiectul material al infracțiunii, iar, pe

¹ C.S.J. sect. pen., dec. 3502/ 2002, în A. Stoica, *Infracțiuni contra patrimoniului-practică judiciară*, ed. Hamangiu, 2006, p. 192.

² Tribunalul suprem dec. Nr. 94/1969, *Revista de drept penal*, nr. 3/1999, p. 17.

³ Tribunalul București, secția I penală, decizia nr. 43 din 13 ianuarie 2005, nepublicată, din A. Stoica *op.cit.*, p. 187.

⁴ C.S.J. sect. pen., dec. Nr. 3845 din 18 sept. 2001 publicată în „*Buletinul jurisprudenței C.S.J., Culegere de decizii pe anul 2001*”, Edit. All Beck, p. 202.

de altă parte, în lipsirea părții vătămate de posibilitatea exercitării drepturilor ei asupra bunului în cauză și în producerea unui prejudiciu material.¹

În situația în care la infracțiunea de înșelăciune nu se produce paguba materială, corespunzătoare urmării imediate, inducerea în eroare nu va constitui infracțiune. Atunci când fapta a produs numai un prejudiciu moral (de exemplu: compromiterea victimei față de colegi, vecini, etc) , urmarea imediată a infracțiunii lipsește, și, ca atare, lipsește răspunderea penală.

Mai trebuie precizat faptul că în doctrină au existat opinii diferite în ceea ce privește urmarea imediată a infracțiunii de abuz de încredere. S-a apreciat, spre exemplu, că „acțiunea ce constituie elementul material al infracțiunii de abuz de încredere are ca urmare imediată crearea unei situații de fapt contrară celei care ar fi trebuit să existe dacă nu ar fi fost încălcată în mod abuziv încrederea acordată făptuitorului. Subiectul pasiv nu mai poate să-și exercite drepturile asupra bunului care îi aparține.”²

Este adevărat că urmarea imediată implică producerea unei prejudiciu în patrimoniul persoanei vătămate însă nu trebuie să punem semnul egalității între prejudiciu cauzat și urmarea imediată a acestei infracțiuni. Așadar, existența infracțiunii nu este condiționată de constatarea vreunui prejudiciu, chiar dacă acesta se produce, inevitabil, după cum acoperirea lui nu înlătură răspunderea penală a făptuitorului.

Raportul de causalitate trebuie să existe între fapta de inducere în eroare a persoanei vătămate și paguba produsă, la infracțiunea de înșelăciune, iar în cazul abuzului de încredere acesta poate rezulta , implicit, din comiterea faptelor încriminate.

Laturna subiectivă este un element care deosebește înșelăciunea de abuzul de încredere prin aceea că, în timp ce, infracțiunea de înșelăciune poate fi săvârșită numai cu intenție directă, întrucât textul de încriminare cere ca acțiunea ce formează elementul material să se realizeze în scopul obținerii pentru sine sau pentru altul, a unui folos material injust, infracțiunea de abuz de încredere se poate săvârși atât cu intenție directă, cât și cu intenție indirectă.

Referitor la săvârșirea abuzului de încredere cu intenție indirectă, atât în practica judiciară, cât și în doctrină, opiniile sunt diferite. Astfel, într-o primă opinie, se consideră că abuzul nu se poate săvârși cu intenție indirectă, întrucât făptuitorul, în cazul acestei infracțiuni, prevede, acceptă și urmărește producerea rezultatului. Într-o altă opinie, pe care o împărtășesc, abuzul de încredere se poate comite și cu intenție indirectă, făptuitorul, prevede, nu urmărește, dar acceptă producerea rezultatului. Pentru a justifica această opinie, în practică s-a decis că fapta inculpatului I.R., care în baza unui contract de depozit, nu a restituit la data scadentă, 3 martie 2010, mașina, ce-i aparținea lui V.M., invocând faptul că nu se afla în localitate, fiind plecat în vacanță în Insule Canare cu familia, constituie infracțiunea de abuz de încredere săvârșită cu intenție indirectă, deoarece I.R., deși nu a urmărit să-l lipsească pe V.M. de lucrul respectiv, a acceptat producerea acestui rezultat.

În fapt, s-a arătat că la data de 3 ianuarie 2010, V.M. a încheiat un contract de depozit cu I.R., pe o perioadă de 3 luni, cu obligația restituirii, la scadență, deoarece I.R. avea un garaj, proprietatea familiei, pe care nu-l folosea, iar V.M., pe timpul iernii nu avea unde să-și depoziteze mașina ce avea o problemă tehnică, neputând-o folosi. Înțelegerea celor doi era ca la data scadentă mașina să fie restituită, întrucât V.M. urma să o repare.

La 28 martie 2010, I.R. a plecat cu familia în vacanță, însă nu l-a notificat despre plecare sa, pe deponent, deși știa că urmează să se ajungă la scadență, astfel că la această dată V. M. nu l-a putut contacta, având telefonul închis. După o perioadă de 2 săptămâni în care I.R. nu l-a contactat pe deponent, acesta a formulat o cerere de chemare în judecată împotriva depozitarului. Revenit în țară, I.R., a invocat faptul că nu l-a putut anunța despre plecarea sa pe V.M. întrucât decizia a fost luată în grabă de familia sa.

¹ Gh. Diaconescu, „Drept penal special”, vol.I, București, ,1994,p. 305;

² Gh. Nistoreanu, Al. Boroi, op. cit.,p.320.

Așadar, I.R. a abuzat de încrederea deponentului, V.M., producându-i o pagubă în patrimoniu, prin faptul că a prevăzut, nu a urmărit, dar a acceptat producerea și a acestui rezultat.

3. Controverse privind încadrarea juridică a celor două infracțiuni în teorie și practică

Problema care apare cu privire la încadrarea juridică a infracțiunii de abuz de încredere se referă la deținerea bunului, ca situație juridică, pe care nu trebuie să o confundăm cu simpla deținere fizică a bunului, în afara unui raport juridic. Astfel, în situația în care bunul este dat în folosință unei persoane în baza unui titlu, aceasta din urmă dispunând de acel bun ca și cum ar fi al său, vom încadra fapta la infracțiunea de abuz de încredere, însă în cazul în care bunul este dat fără a exista un titlu juridic care să-i permită persoanei să-l folosească/ să dispună de acesta, fapta va constitui infracțiune de furt. În acest sens, în practică s-a decis că înstrăinarea de către un muncitor a unui bun ce i-a fost încredințat pentru a-l folosi în procesul muncii constituie infracțiune de furt, iar nu aceea de abuz de încredere, deoarece făptuitorul nu posedă sau deține bunul în baza unui titlu, cum prevede art. 213 C. Pen., patronul păstrând, din punct de vedere juridic, posesia și detenția bunului.¹

Situația premisă nu este realizată nici în cazul în care făptuitorul este pus în contact material cu bunul pentru a efectua diferite activități asupra lui sau pentru a-l avea în pază pentru o scurtă perioadă de timp (de exemplu femeia de serviciu căreia i se lasă în grijă bunurile din casă). În aceste situații bunul continuă să fie deținut de către cel căruia îi aparține de drept, iar cel care are numai contactul material asupra bunului va răspunde pentru infracțiune de furt, nu pentru abuz de încredere, în cazul în care și-l însușește.

În ceea ce privește infracțiunea de înșelăciune au existat controverse legate de încadrarea juridică a acesteia, fiind confundată, deseori, cu infracțiune de furt. Referitor la această problemă, în practică au existat ezitări privind încadrarea juridică a unor fapte. În mod corect s-a decis că există infracțiune de furt și nu înșelăciune, în fapta persoanei care cere la deținător un bun pentru a-l vedea și după ce-l privește, fuge cu acesta, sau fapta celui care, după ce primește prețul unui bun vândut, pe care urma să-l remită pe loc cumpărătorului, fuge cu bunul.²

O altă situație controversată relativ la încadrarea juridică a infracțiunii de înșelăciune a reprezentat-o fapta prin care o persoană face unele cumpărături dintr-un magazin cu autoservire, solicită diferite produse la raionul la care marfa se cântărește (în speță carne), iar la momentul prezentării la casă, ascunde marfa cântărită și achită doar contravaloarea altor produse mult mai ieftine. În această ipoteză instanța a încadrat fapta drept înșelăciune, soluție susținută și de o opinie din doctrină. S-a motivat în mare că făptuitorul ar fi indus în eroare lucrătoarea care a cântărit marfa, și că dacă aceasta ar fi știut că făptuitorul nu intenționează să achite contravaloarea nu ar fi eliberat produsele. Soluția este însă greșită, în speță s-a comis infracțiunea de furt calificat, care s-a consumat în momentul în care făptuitorul a luat produse și le-a ascuns, scoțându-le astfel din sfera de dispoziție a posesorului și trecându-le în propria stăpânire. În acest caz posesorul nu a intrat în posesia bunurilor prin inducere în eroare ci prin simpla solicitare și apropiere a acestora.³

4. Aspecte din Noul Cod Penal

Noul cod penal răspunde necesităților practice care, de multă vreme reclamau ajustări ale legislației penale, mesajul juridic și social al codului penal întemeindu-se pe obiectivul reformării politicii punitive și pe cel al standardelor europene.

În capitolul III sunt incriminate infracțiunile contra patrimoniului care se săvârșesc prin nesocotirea încrederii, categorie în care se includ pe lângă faptele incriminate în Codul penal actual,

¹ Dobrinoiu. V., Conea N., „Drept penal-parte specială: teorie și practică judiciară”, Lumina Lex, București, 2002, p. 320.

² Op. cit. V. Cioclei, p. 124, apud. Toader Tudorel, Drept penal-parte specială, culegere de practică judiciară, Allbeck, București, 2003.

³ Ibidem

abuzul de încredere, gestiunea frauduloasă și înșelăciunea, alte patru fapte, abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor, înșelăciunea privind asigurările, deturnarea licitației publice și exploatarea patrimoniului unei persoane vulnerabile.

Abordarea conceptuală cuprinde o revizuire a pedepselor, o ordonare logică prin condensarea legislației, o serie de infracțiuni din legi speciale au fost incluse sub forma modificată sau cu același conținut, faptele și sancțiunile fiind adaptate realităților actuale.

În cazul infracțiunii de abuz de încredere noul text a indicat mai clar situația premisă a infracțiunii, referindu-se la un bun mobil al altuia, încredințat făptuitorului în baza unui titlu și cu un anumit scop. Principala modificare adusă în structura acestei infracțiuni constă în introducerea unei noi modalități de realizare a elementului material, respectiv folosirea pe nedrept a unui bun, încredințat cu un anumit scop, de către cel care l-a primit. Textul are în vedere atât situația în care persoana nu avea dreptul să folosească bunul, dar și situația în care cel ce a primit bunul avea dreptul să-l folosească, dar îl utilizează în alt scop decât acela pentru care i-a fost încredințat. Noua redactare încearcă în acest fel să rezolve controversa și problemele pe care le ridică, în actuala reglementare, ipoteza folosirii bunului.

Infracțiunea de abuz de încredere este prevăzută la art. 238 într-o singură variantă tip și constă în „Înșușirea, dispunerea sau folosirea, pe nedrept, a unui bun mobil al altuia, de către cel căruia i-a fost încredințat în baza unui titlu și cu un anumit scop, ori refuzul de a-l restitui”.

În cazul infracțiunii de înșelăciune, noua reglementare reține aceeași variantă tip, prevăzută în art. 244¹ din cap. III, la care se adaugă o singură variantă agravată, ce coincide cu actuala variantă agravată de la alin (2) – înșelăciunea săvârșită prin folosirea de nume sau calității mincinoase ori de alte mijloace frauduloase. S-a renunțat la prevederea distinctă a înșelăciunii în convenții, ca variantă specială, având în vedere că varianta tip acoperă și această situație. O altă modificare se referă la faptul că în noua reglementare se renunță și la varianta agravată a înșelăciunii prin cecuri.

III Aspecte de drept comparat privind infracțiunile de înșelăciune și abuz de încredere

În legislațiile penale moderne infracțiunile contra patrimoniului sunt amplu reglementate aceasta fiind o consecință firească a importanței pe care o capătă relațiile de proprietate pentru dezvoltarea societății și pentru stimularea interesului individual.

În Codul penal italian infracțiunile contra patrimoniului sunt împărțite în două categorii: „Delicte contra patrimoniului prin violență împotriva bunurilor sau persoanelor” și „Delicte contra patrimoniului prin înșelăciune”, această delimitare bazându-se pe criteriul modului de săvârșire a faptelor – prin violență ori prin înșelăciune (fraudă).

Capitolul II intitulat „delicte împotriva patrimoniului prin înșelăciune” din Titlul XIII al Codului penal italian include infracțiunea de înșelăciune în art. 640 și infracțiune de abuz de încredere în art. 646. Înșelăciunea constă, potrivit codului penal italian, în fapta aceluia care prin diferite manopere induce pe altul în eroare pentru a-și procura lui sau altuia un profit înjust producând o daună altei persoane.

Abuzul de încredere este prevăzut în art. 646 unde se stabilește că acesta constă în însușirea de bani sau bunuri mobile, aflate în posesia făptuitorului în baza unui titlu, în scopul de a-și procura pentru sine sau pentru altul un folos material înjust. Fapta este mai gravă dacă bun este deținut de făptuitor în depozit.

Doctrina italiană subliniază că tendința legislației moderne este de a apropia înșelăciunea cu relevanță penală de cea civilă (care putea exista chiar prin simpla minciună a făptuitorului sau prin orice mijloc de a amăgi victima); instanțele italiene admit în prezent că există infracțiunea de înșelăciune chiar cu privire la orice acte de natură să inducă în eroare sau să surprindă buna-credință a altuia (nu se mai pretinde ca simpla minciună să fie însoțită de manevre frauduloase care să consolideze afirmațiile mincinoase), fiind suficientă simpla minciună înșelătoare sprijinită pe argumente adecvate. Nu este suficientă însă o simplă tăcere, chiar dacă făptuitorul avea obligația

juridică de a informa, nici exploatarea unei stări anterioare de eroare, nici o minciună neînsoțită de argumente înșelătoare.¹

Codul penal francez reglementează abuzul de încredere în art. 314 din Cartea III, Titlul I, Cap. IV, iar înșelăciunea în art. 313 din din Cap. III. Potrivit art. 314 abuzul de încredere constă în „fapta unei persoane de a deturna, provocând un prejudiciu altuia, bani, valori sau alte bunuri, care i-au fost remise și pe care le-a acceptat, cu obligația de a le restitui, reprezenta, sau de a le da o anumită destinație.”²

Infrațiunea de înșelăciune este prevăzută în art. 313 unde se prevede că se comite această infrațiune de acela care, fie prin folosirea unui nume fals sau a unei calități false, fie abuzând de o calitate adevărată, fie prin folosirea de manopere frauduloase, înșală o persoană fizică sau juridică determinând-o ca, în prejudiciul său ori al unui terț, să remită bani, valori sau un bun, să-i presteze un serviciu sau să consimtă la un act referitor la o obligație sau o descărcare.³

În Codul penal german abuzul de încredere și înșelăciunea sunt definite într-o secțiune distinctă în art. 266 respectiv art 263. Potrivit art. 263 din legea penală germană, comite infrațiunea de înșelăciune acela care, în scopul obținerii pentru sine sau altul a unui folos patrimonial ilicit, prejudiciază patrimoniul altuia inducându-l sau menținându-l în eroare prin crearea unor reprezentări false sau prin denaturarea și nesocotirea faptelor reale.⁴

IV Concluzii și propuneri de lege ferenda

Analizând infrațiunile de abuz de încredere și înșelăciunea am putut observa că, în tabloul manifestărilor infracționale, acestea ocupă un loc important, însă ceea ce îngrijorează nu este numai frecvența, ci și gradul ridicat de pericol social pe care îl prezintă.

Așa cum am arătat în cuprinsul acestui studiu, patrimoniului i se aduce atingere ca urmare a amăgirii, a abuzului, precum și a inducerii în eroare a unei persoane. Cel ce intră în relațiile sociale cu caracter patrimonial trebuie să fie diligent, procedând cu toată grija și atenția pentru ca interesele sale să nu fie vătămate.

Pentru a apăra interesele persoanelor care intră în aceste relații patrimoniale, legiuitorul încredințează în noua reglementare, în cazul ambelor infracțiuni analizate, fapte noi. Astfel, în ceea ce privește infrațiunea de abuz de încredere, pe lângă fapta clasică apare abuzul de încredere prin fraudare creditorilor, iar la cea de-a doua infracțiune, se introduce înșelăciunea privind asigurările.

Cu titlu de propuneri de lege ferenda, consider că ar trebui să se revină asupra formulării textului de lege în ceea ce privește infrațiunea de abuz de încredere deoarece în doctrina penală au existat formulări diferite referitoare la urmarea imediată a acestei infracțiuni. Această controversă a apărut deoarece din interpretarea articolului 213 din Codul penal nu rezultă cu exactitate scopul urmărit de făptuitor, fapt ce pe unii autori i-a determinat să pună semnul egalității între prejudiciu și urmarea imediată la abuzul de încredere „urmarea imediată constă pe de o parte în împosedarea frauduloasă a autorului cu bunuri care constituie obiect material al infracțiunii, iar pe de altă parte, în lipsirea părții vătămate de posibilitatea exercitării drepturilor ei asupra bunului în cauză și în producerea, prin consecință, a unui prejudiciu material.”⁵

În ceea ce privește infrațiunea de înșelăciune, mă limitez la a spune că prin neprevăderea în art. 215 a variantei speciale a infracțiunii prevăzută la alin. 3, care are o condiție esențială pentru încadrarea faptei drept înșelăciune, inducerea în eroare sau menținerea în eroare să fie săvârșită în așa fel încât, fără această eroare cel înșelat să nu încheie sau să execute contractul în condițiile stipulate,

¹ George Antoniu, „Ocroțirea penală a patrimoniului în dreptul comparat”, *Revista de drept penal nr. 2/2001*, p.125.

² www.legifrance.gouv.fr

³ G. Antoniu- op.cit., p.135

⁴ *Idem*, p.155

⁵ O.A. Stoica "Drept Penal. Partea Speciala", Ed. Didactică și Pedagogică, Bucuresti, 1976, p.165

s-a urmărit simplificarea textului legal, lărgind, astfel, sfera de incidență a încriminării în materie contractuală.

Referințe bibliografice

- Cioclei Valerian, Drept penal-Parte Specială. Infrațiuni contra patrimoniului cu referiri la Noul Cod Penal, CH Beck, București, 2011;
- Dobrinioiu Vasile; Conea Nicolae, Drept penal-parte specială:teorie și practică judiciară, Lumina Lex, București, 2002;
- Dobrinioiu Vasile; Neagu Norel, Drept penal-parte specială, Wolters Kluwer, București, 2008;
- Păvăleanu Vasile, Drept penal special,infrațiuni contra persoanei,patrimoniului și autorității, Lumina Lex, București, 2009;
- Medeanu Tiberiu;Oproescu Bianca, Înșelăciunea cu cecuri și bilete de ordin, Ediția a 2 –a, vol.I, Lumina Lex, București, 2007;
- Toader Tudorel, Drept penal:parte specială-culegere de probleme din practica judiciară, All Beck, București, 2003;
- Mihael Maria, Păduraru Mihai, Mihaela, Culegere de practică judiciară, Lumina Lex, București, 2006;
- Ciobanu Corina, Jidovu Nicu, Culegere de practică judiciară în materie penală, Wolters Kluwer, București, 2007;
- Iacob M.C., Reglementarea infracțiunii de înșelăciune în Noul Cod Penal, în contextul unor aspecte de drept comparat, Vol. I,Analele Științifice ale Univ. Al.I.Cuza,Juridice, Iași, 2009;
- Stoica Andreea, Infrațiuni contra patrimoniului-practică judiciară, Ed. Hamangiu, 2006;
- Loghin Octavian;Filipaș Avram, Drept penal-Parte Specială, Ed. Didactică și pedagogică,1983;
- Revista de drept penal: studii și practică judiciară (1994-2007),Ediție îngrijită de Antoniu George și Brutaru Versovia , Asociația Română de Științe Penale,Hamangiu,București,2008;
- Revista de drept penal „ Regia Autonomă”, Asociația de Științe Penale,București, 1994;
- Nistoreanu Gheorghe; Boroi Alexandru, Drept penal:Parte Specială, All Beck, București, 2002;
- Dungan Petre, Pașca Viorel, Medeanu Tiberiu, Drept penal. Parte Specială- prezentare comparativă a NCP: infracțiuni contra persoanei, patrimoniului, infracțiuni privind autoritatea de stat, Universul Juridic, București, 2012;
- Păvăleanu Vasile, Drept penal special (pentru uzul studenților) , Universul Juridic, București, 2010;
- Tiberiu Medeanu; Bianca Medeanu, Elementele infracțiunii. Modalități de comitere. Practică judiciară, vol. I, Lumina Lex, București, 2004;
- Dongoroz Vintilă ; Fodor Iosif ; Kahane Siegfried ;Oancea Ion ;Stănoiu Rodica ;Ilescu Nicoleta ;Bulai Constantin ;Rosca Victor, Explicații teoretice ale Codului penal român: Parte specială, vol. 3, Editura Academiei Române,București,2003;
- Mihail Udroi, Drept penal:parte generală: parte special, C.H. Beck, București, 2010;
- O.A. Stoica "Drept Penal. Partea Speciala" ,Ed. Didactică și Pedagogică, Bucuresti, 1976.
- "Curtea Supremă de Justiție-Buletinul Jurisprudenței.Culegere de decizii pe anul 2000 ", Editura "Juris Argessis ", Curtea de Argeș;
- Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 123 din 9 februarie 2006;
- Ilie Pascu, Mirela Gorunescu, „Drept penal.Parte Specială”, Ed. Hamangiu, 2008;
- www.legifrance.gouv.fr ;
- Gh. Diaconescu, „Drept penal special”, vol.I, București, ,1994.

THE CRIMINAL „VALUE” OF SOME MINUTES LIFE

Zsuzsanna Guzi¹

Initiation

Lengthy, affectionate waiting and preparations precede a child's birth in most events, however some annually appeared cases prove that not all arrival of children mean gladness. The fate of a part of these children was sealed before they were born already, and the death of their other part depends on the mother's momentary discernment following the labour.

The research topic of my thesis is homicides against the persons under the fourteenth year of age, specifically qualified for homicides against newborn babies. The central crime of my thesis is very sensitive and also complex – several criticism and also censure, that both the present and the previous regulations had, demonstrate the dividable characteristic of the topic.

A relevant part of the topic is the fact, that the number of the annually appeared crimes is insignificant. This can be explained by the biological working of women, because a woman is able to bear a child without intervention, help, and complications. The cause of the appearance of these crimes is usually the transportation of the mother to a hospital because of her huge loss of blood. So during the looking after process, the labour will be determined and an inquiry will be set up.

So the goal of my thesis is to present in a preventive way and point out the causes standing in the background of the crime, the position of perpetrators, and the questionable role of the direct surroundings.

The position of homicides against newborn babies in penal code

Several penal solutions had already been declared in terms of homicides against newborn babies related to drafting of the law and penalty, although both the present and the previous regulations had several criticism and also censure. The dividable characteristic of crimes can be explained by the special psychical and physical conditions setting in during the labour. The huge loss of blood and pain felt during the labour could lead to so a psychical state, that makes the perpetrator non compos mentis.²

The current penal code of Hungary does not make difference between simple homicides and homicides against newborn babies in terms of punishment, so it is regulated among aggravated cases of homicides.

Penal Code paragraph of 166. (2) arcicles i) point(1) *“The person, who kills another person, makes a crime and must be sentenced to five to fifteen years’ imprisonment. (2) The imprisonment lasts ten to twenty years, or can be a life imprisonment, if the homicide occurred against a person under the age of fourteen.”*³

The critics of the current regulations present exaggerated penalty and psychical reasons in the background of acts as arguments, and they consider more ideal drafting these crimes in separated facts according to the international practice. The opposite says that the number of appeared crimes is insignificant to regulate homicides against newborn babies in a separated fact.

The circle of potential perpetrators

The perpetrators of the crimes cannot be classified according to their age, qualification, or marital status, because there are underage and unmarried, single, married mothers, or being in a

¹ (University of Miskolc)

² Gazi Adrienn: Jogi kérdések a nők mentális állapotával összefüggésben ncsszi.hu/download.php?file_id=486

³ Law IV of 1978 on Criminal Code

common-law relationship as well, with or without children, having no qualification or even a degree among women concealing their pregnancy. The most common causes of these crimes are: ignorance, immaturity, financial problems, being afraid of social condemnation, or the reaction of the surroundings, being ashamed, worsened marital relationship, hard social circumstances, etc.¹ It is a determining factor, that the perpetrators feel a compulsion to keep their pregnancy secret, that is why they conceal it even in the front of their nearest relatives.

These women usually deny their status and experience it in loneliness, as an answer to questions asked by their direct surroundings. If the content of testimonies is supposed to be equal with reality, the relatives being in a daily relationship with the perpetrator did not notice the signs of her pregnancy. The explanation of the relatives says that these women had already been fattish, so their pregnancy was not really noticeable even before the labour.

The duality of the conduct of perpetrators

The act of homicide is an open fact, so it can be done in both an active or a passive way. It is called an active way, if the act is committed by the mother and it is usually very brutal. It usually occurs, if the baby crying can lead to the coming out of the labour in front of the mother's surroundings. "The birth of the baby means new tasks according to the secret but the mother has to do that in a physically worn-out state after the labour. So the mother's goal is to keep the birth of the baby secret, as she has kept her pregnancy secret for months as well."² The most effective and quickest way to kill a baby is brutality.

It is called a passive way if the mother leave her newborn baby alone, so the formally cause of death is careless conduct. It does not depend on how the baby died – suffocated by being born into faeces, or got cold.

Judicial practice in terms of homicides against newborn babies

As these acts are aggravated acts of homicides, the perpetrators must be sentenced to ten to twenty years', or life imprisonment by the domestic regulations. According to the acts spreading the whole territory of the country that I examined, it can be found that the imposed punishments are mainly 5 years' imprisonment even applying a mitigating period,³ moreover forbidding the perpetrators to take part in public affairs, as an additional punishment. So five, six, and seven years' imprisonments are imposed averagely.

Opportunities for prevention – to bear a child remaining anonymous

There are many efforts to reduce the number of crimes against newborn babies all over the world. These projects are usually based on the same scheme, but their realization, success, and effectiveness are different among countries.

To bear a child remaining anonymous is a brand-new opportunity of law. It gives the opportunity for mothers to keep their personal details secret and give up their child without the knowledge of her surroundings by isolated labour.

Summary

The experiences I gained during writing my thesis helped me to be allowed to examine the causes of homicides against newborn babies. The psyhical state and secrets of the perpetrators belong to the causes and these are the main bases of committing the crimes.

¹ Fehér Lenke: Bűnözés és prostitúció <http://www.tarki.hu/adatbankh/nok/szerepvalt/Feherlenke-97.html>

² Cseres Judit: *Eltékozolt újszülöttek*. BM Kiadó, Budapest, 2000. 123.p.

³ Kovács Gyula: Az újszülött megölésének hatályon kívül helyezése, avagy a ló túlsó oldalára történő átesés tipikus esete 15. p. <http://www.hoxa.hu/?p1=cikk&p2=1131>

The whole topic is much more complex and subtler, but I made just the basic points known because of limit.

Bibliography:

1. Law IV of 1978 on Criminal Code
2. Gazsi Adrienn: Jogi kérdések a nők mentális állapotával összefüggésben ncsszi.hu/download.php?file_id=486
3. Fehér Lenke: Bűnözés és prostitúció <http://www.tarki.hu/adatbankh/nok/szerepvalt/Feherlenke-97.html>
4. Cseres Judit: Eltékozolt újszülöttek. BM Kiadó, Budapest, 2000.
5. Kovács Gyula: Az újszülött megölésének hatályon kívül helyezése, avagy a ló túlsó oldalára történő átesés tipikus esete 15. p. <http://www.hoxa.hu/?p1=cikk&p2=1131>

ASPECTE PRIVIND CRIMINALITATEA ORGANIZATĂ

Andrei-Ionuț SIMIUC

Abstract:

”Constituind o problemă socială complexă, care se prezintă sub multe forme de manifestare și moduri de rezolvare, care interesează nu numai factorii instituționali, dar și fiecare individ, crima organizată, ca și terorismul, corupția și alte forme de manifestare, tind să fie în era modernă fenomene extrem de dăunătoare și distructive, generând un impact imens asupra societății, și consecințe la nivel național și internațional. Studiul va prezenta măsurile pe care sistemul legislativ român le adoptează pentru a combate și preveni într-un mod eficient diferitele forme naționale și internaționale de criminalitate și pentru a asigura un mediu pașnic, legal și sigur pentru membrii grupului social.”

Cuvinte cheie: ‘*Crimă organizată, criminalitate, mafie, organizație, terorism.*’¹

1. Introducere.

Premeditată, concepută până la cele mai mici detalii în ceea ce privește rolul și modul de acțiune al celor care o înfăptuiesc, crima organizată se deosebește fundamental de acțiunile unor indivizi care, ocazional, se asociază pentru a comite anumite infracțiuni.

Prin efectele sale, crima organizată constituie un cancer perfid care secătuieste puterea societății, amenință stabilitatea guvernării, determină creșterea taxelor la care se adaugă prețul măfurilor, pereclitează siguranța individuală și colectivă, poate controla și influența structurile de putere politică și economică prin infiltrarea în activitatea acestora.

Problematica crimei organizate a fost, multă vreme, cercetată mai mult sub aspect criminologic, în ultimii ani observându-se o tendință de investigare mai cu seamă a implicațiilor juridico-penale al acestui fenomen, relevându-se îndatoririle ce revin legiuitorului penal în vederea elaborării unei legislații și incriminări specific adecvate.

2. Concept de criminalitate organizată.

În legătură cu definiția crimei organizate, în ultimii ani s-au făcut numeroase încercări de definire. Astfel, la primul colocviu al Interpolului asupra crimei organizate care s-a ținut în Franța la St. Cloud, în luna mai 1998, infracțiunea a fost definită ca: orice întreprindere sau grup de persoane organizate într-o activitate continuă ilegală care are ca scop principal realizarea de profituri, independent de frontierele naționale. Definiția a fost criticată, deoarece nu conținea condiția ca grupul criminal să aibă o structură organizatorică. O altă definiție propusă a fost cea a doctrinei germane: orice grupare de persoane care au decis în mod conștient și deliberat să coopereze în vederea desfășurării de activități ilegale pentru o perioadă de timp, împărțindu-și sarcinile între membrii săi, utilizând adesea sisteme ale suprastructurii moderne, în scopul de a obține profituri substanțiale într-un mod cât mai rapid posibil. Și această definiție a fost la rândul ei criticată, pentru că lipsea elementul de violență necesar pentru atingerea scopurilor organizației. Pe baza acestor sugestii, departamentul pentru crimă organizată din cadrul Interpolului a redefinit această

• Student, Andrei-Ionuț Simiuc Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: andrei.simiuc@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prof. Mircea Sinescu (mircea.sinescu@sinescu-nazat.ro).

noțiune: orice grup organizat având o structură de corp constituită care are ca scop obținerea de profituri prin mijloace ilegale, adesea folosind teama și violența.¹

În proiectul de rezoluție propus spre adoptare Adunării Generale la 24 octombrie 1996, conceptul de crimă organizată se definește astfel: activitățile desfășurate de orice grup format din cel puțin trei persoane, între care există raporturi ierarhice sau persoanele care permit celor aflați la conducere să se îmbogățescă sau să controleze teritorii sau piețe interne sau străine, prin folosirea violenței, corupției, urmând fie să desfășoare o activitate infracțională, fie să se infiltreze în economia legală folosind în special următoarele mijloace: traficul ilicit de stupefiante, traficul de carne vie, falsul de monedă, corupție, actele teroriste, etc.²

În varianta clasică a crimei organizate, pot fi decelate o serie de trăsături caracteristice:

- Structură, care se caracterizează prin ierarhie strictă și autoritate
- Ermetism și conspirativitate, trăsătură care derivă din necesități obiective determinate din nevoia de autoprotecție, de evitare a penetrării propriilor rânduri de către organismele abilitate de lege.

- Flexibilitate, rapiditate și capacitate de infiltrare.

- Orientarea spre profit.

- Utilizarea forței în vederea atingerii obiectivelor

3. Reglementare națională și internațională.

Ocupându-se, în principal, de incriminarea faptelor individuale, legislația ca și teoria penală, s-au preocupat mai puțin de faptele criminale săvârșite de asociații criminale, însă crima organizată, adică manifestările de încălcare a legii penale săvârșite în forme și modalități specifice de asociații criminale, căpătând o extindere și o diversificare deosebită în ultimii ani, ea devenind o trăsătură caracteristică vieții contemporane.

Confruntat cu acest fenomen, dreptul penal a fost pus în fața necesității de a incrimina și sancționa într-un mod nou aceste manifestări infracționale complexe și de a elabora un instrument legal adecvat care, repetând principiile fundamentale ale dreptului penal proprii statului de drept, să constituie, totodată, o armă eficientă în lupta pentru prevenirea și combaterea unor asemenea fapte antisociale.

Pentru aducerea la îndeplinire a dezideratelor de prevenire, combatere și sancționare a infracțiunilor comise în cadrul criminalității organizate, atât pe plan intern cât și transfrontalier, legiuitorul român a adoptat Legea nr.39/2003 privind prevenirea și combaterea criminalității organizate.

Prin adoptarea acestei legi s-a dat eficiență și prevederilor Legii nr. 556/2002 de ratificare a Convenției Națiunilor Unite împotriva criminalității transfrontaliere organizate, adoptată la New York la data de 15 Noiembrie 2000.³

Legea nr.39/2003 constituie o realizare complexă cu un pronunțat caracter novator, caracter în deplin acord cu necesitatea imperioasă a descurajării activității grupurilor criminale.

Se subliniază că definirea grupului infracțional organizat, pe care o găsim în art.2. lit.a al legii, consacră în fapt o formă specială a pluralității de făptuitori prevăzută în art. 323 C.Pen., adoptată specificului infracțiunilor de crimă organizată.

Cerințele de existență pentru o anumită perioadă de timp și de acționare în mod coordonat în scopul comiterii de infracțiuni sunt trăsături comune ale ambelor categorii de grupuri, diferențele majore constând în numărul minim de 3 persoane cerut de legea specială pentru existența grupului infracțional organizat și a determinării exprese și limitative a infracțiunilor ce pot forma obiectul

¹ Ioan Lascu – Prevenirea și combaterea criminalității organizate, Revista Dreptul, Nr.9/2003, pag. 196,197.

² George Antoniu – Reflecții asupra crimei organizate, Revista de Drept Penal, Nr. 3/1997, pag. 43.

³ Codruț Olaru – Prevenirea și combaterea criminalității organizate – Revista de Drept Penal, Nr. 4/2004, pag.

acțiunilor grupului infracțional organizat. Este vorba de cerința obligatorie ca infracțiunile să fie grave.

Întrunesc această ultimă condiție infracțiunile din categoria celor contra vieții, integrității corporale și sănătății (omor, omor calificat, omor deosebit de grav), contra libertății persoanei (lipsire de libertate în mod ilegal, sclavie, șantaj), contra patrimoniului care au produs consecințe deosebit de grave, unele infracțiuni prevăzute în legi speciale (Legea nr. 678/2001 privind combaterea traficului de persoane și Legea nr. 243/2002 privind combaterea traficului de migranți), infracțiunile de corupție, de spălare a banilor, infracțiuni privind traficul de droguri sau precursori, infracțiuni săvârșite prin intermediul sistemelor informatice sau de comunicații, traficul de țesuturi sau organe umane.

În accepțiunea legii sunt considerate a fi grave și infracțiunile cu caracter economic (bancruta frauduloasă, contrabanda, divulgarea secretului economic, concurența neloială, nerespectarea dispozițiilor privind operațiunile de import-export, și a celor privind importul de reziduuri și deșeuri, deturmarea de fonduri), infracțiunile privitoare la nerespectarea regimului armelor și munițiilor, materialelor explozive, materialelor nucleare sau al altor materii radioactive.

Aceeași trăsătură o au și infracțiunile de falsificare de monede sau de alte valori, de proxenetism și cele privind jocurile de noroc, dar și alte infracțiuni prevăzute în legi speciale.

În final, folosind un criteriu generic de delimitare, în art. 2 lit. b al legii se arată că poate constitui infracțiune gravă și orice altă infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii al cărei minim special este de 5 ani închisoare sau mai mare.

Prin actul normativ adoptat, legiuitorul român a înlocuit sintagma crimă organizată cu sintagma grup infracțional organizat căruia i-a dat o definiție mai simplă: grup structurat, format din trei sau mai multe persoane care există pentru o perioadă și acționează în mod coordonat în scopul comiterii uneia sau mai multor infracțiuni grave, pentru a obține direct sau indirect un beneficiu financiar sau alt beneficiu material.

Din definiția de mai sus se pot desprinde foarte ușor condițiile unui grup infracțional organizat¹ sau organizații criminale:

a) aceste grupuri sunt constituite din asociații de infractori-grup structurat format din trei sau mai multe persoane cu o structură bine definită, cu statute și regulamente proprii, reguli de comportare și ierarhizare de funcții și atribuții.

b) asemenea grupuri organizate își propun să desfășoare activități ilicite în vederea săvârșirii de infracțiuni grave(enumerate în art. 2 lit. b).

c) activitatea grupului infracțional organizat să se desfășoare pe o perioadă mai îndelungată și în mod coordonat: aceasta presupune asigurarea de informații, mijloace de executare, de transport, de valorificare a produselor rezultate din infracțiune. De asemenea, aceste grupuri, pe lângă șefii care conduc și dirijează activitatea infracțională, recrutează alte persoane sau atrag personalități din sfera politicului, juridic, economic, social.

d) Scopul acestor grupări criminale este obținerea de profituri maxime într-un timp cât mai scurt posibil.

e) Grupurile criminale își concentrează activitatea spre acele tipuri de activități care aduc profituri mari: jocuri de noroc, trafic de stupefiante, trafic de persoane, trafic de arme, spălarea banilor, proxenetism, corupție, contrabandă, falsificare de monede, etc.

O caracteristică a crimei organizate, care nu este relevantă în definiția legală, este folosirea violenței sau a constrângerii de orice fel, pentru atingerea scopurilor grupului, asigurarea disciplinei interne și a secretului operațiunilor.

¹ Petre Dungan – Unele reflecții privind criminalitatea organizată, Revista de Drept Penal, Nr. 4/2006, pag. 56, 57.

La fel, o preocupare specifică o constituie ascunderea surselor de venit și reciclarea banilor proveniți din operații criminale, prin înființarea de diferite societăți cu aparență legală sau prin alte modalități: investiții în operațiuni comerciale, bancare, de asigurări, etc.

O altă formă relevantă sub care se poate prezenta conceptul de asociere în vederea săvârșirii de infracțiuni o reprezintă pluralitatea constituită, ca formă a pluralității de infractori, formată prin asocierea sau gruparea mai multor persoane în vederea săvârșirii de infracțiuni. Datorită scopului său antisocial, simpla înjghebare sau încercare de creare a unei astfel de asociații sau grupări prezintă prin ea însăși pericol social, independent de săvârșirea infracțiunilor programate.

Legiuitorul penal român a incriminat pluralitatea constituită de infractori, ca infracțiune de sine stătătoare, în art. 167, sub denumirea marginală de complot și în art. 323, sub denumirea de asociere pentru săvârșirea de infracțiuni.

Pluralitatea constituită este incriminată ca faptă distinctă și în unele legi speciale, aceasta înseamnă că dispozițiile art. 167 și 323 devin incidente numai dacă faptele concret săvârșite nu se încadrează în textele cuprinse în legile penale speciale prin care se incriminează alte variante ale pluralității constituite.

O altă lege penală specială, în afară de Legea nr. 39/2003, care incriminează pluralitatea constituită de infractori este Legea nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului. Potrivit art. 35 alin. 2 din această lege, constituie infracțiune fapta de a se asocia sau de a iniția constituirea unei asociații în scopul săvârșirii de acte de terorism ori aderarea sau sprijinirea, sub orice formă, a unei astfel de asocieri.¹

Această variantă specială a pluralității constituite de infractori are același conținut obiectiv cu cel al asocierii pentru săvârșirea de infracțiuni prevăzute de art. 323 C. pen. Deosebirea între cele două norme de incriminare este dată de conținutul subiectiv al acestora. Dacă în cazul asocierii pentru săvârșirea de infracțiuni scopul inițierii sau constituirii acesteia îl formează săvârșirea uneia sau mai multor infracțiuni, altele decât cele contra siguranței statului, în ipoteza incriminării prevăzute în art. 35 alin. 2 din Legea nr. 535/2004, scopul inițierii sau constituirii asociației este săvârșirea actelor de terorism.

Există deosebiri și între pluralitatea constituită incriminată în Legea nr. 535/2004, și cea prevăzută în Legea nr. 39/2003, atât de ordin obiectiv, cât și subiectiv, așa cum rezultă din cele de mai sus. Totuși, aceste variante speciale de incriminare a pluralității constituite de infractori au și elemente comune, cum ar fi categoriile de infracțiuni ce intră în programul asocierii sau al grupului infracțional organizat. În ambele cazuri infracțiunile preconizate a fi săvârșite sunt grave ori legea prevede pentru sancționarea acestora pedeapsa închisorii al cărei minim special este de cel puțin 5 ani.

Un al doilea element este acela că atât în cazul crimei organizate, cât și al actelor de terorism, infractorii, prin săvârșirea infracțiunilor, obțin direct sau indirect un beneficiu financiar sau un alt beneficiu material.

În sfârșit, un al treilea element comun ambelor incriminări se referă la pedeapsa aplicabilă, aceasta neputând depăși maximul special al pedepselor prevăzute de lege pentru infracțiunea sau infracțiunile ce intră în scopul asocierii ori al constituirii grupului infracțional organizat. De astfel, acest prag în stabilirea limitei maxime a pedepsei pentru pluralitatea constituită operează și în variantele de incriminare prevăzute în art. 167 și art. 323 C. Pen. în vigoare.

O variantă specială de incriminare a pluralității constituite este și cea prevăzută în art. 8 alin. 2 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale. În temeiul acestui text, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 5 la 15 ani și interzicerea unor drepturi, asocierea în vederea săvârșirii faptei prevăzute în art. 8 alin. 1 al Legii nr. 241/2005. Potrivit art. 8 alin. 1 din Legea pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, constituie infracțiune și se

¹ Ilie Pascu, Sorin Corlățeanu – Pluralitate constituită de infractori. Legislație, jurisprudență și doctrină, Revista de Drept Penal, Nr. 2/2011, pag. 45.

pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani și interzicerea unor drepturi, stabilirea cu rea-credință de către contribuabil a impozitelor, taxelor sau contribuțiilor, având ca rezultat obținerea, fără drept, a unor sume de bani cu titlu de rambursări sau restituiri de la bugetul general consolidat ori compensări datorate bugetului general consolidat. Din examinarea dispozițiilor art. 8 alin. 2 din Legea nr. 241/2005 rezultă că legiuitorul a incriminat numai fapta de a se asocia, nefăcând referire la inițierea constituirii asocierii și nici la faptele de aderare sau sprijinire a unei asemenea asocieri.¹

De asemenea, din modul de formulare a textului art. 8 alin. 2 se desprinde concluzia că, dacă asocierea mai multor persoane a avut loc, dar în scopul săvârșirii altor infracțiuni prevăzute în Legea nr. 241/2005 decât cea descrisă în alin. 1 al art. 8, vor fi aplicabile dispozițiile art. 323 C. Pen.

Legea nr. 143/2000, privind prevenirea și combaterea traficului și consumului ilicit de droguri, cu modificările și completările ulterioare, incriminează în art. 10 organizarea, conducerea sau finanțarea faptelor prevăzute în art. 2-9, care se pedepsesc cu pedepsele prevăzute de lege pentru aceste fapte, limitele maxime ale acestora sporindu-se cu 3 ani.

Subiectul activ al acestei infracțiuni este o persoană implicată în traficul ilicit de droguri supuse controlului național, în calitate de conducător, organizator sau finanțator. În toate cazurile când fapta, în oricare dintre modalitățile sale normative, este săvârșită de un singur autor sau în participație penală ocazională, devin aplicabile dispozițiile art. 10 din Legea nr. 143/2000.

Se pune întrebarea dacă acțiunile de organizare, conducere sau finanțare a faptelor prevăzute în art. 2-9 sunt săvârșite de mai multe persoane care s-au constituit într-o asocierie sau într-un grup infracțional organizat se va reține și infracțiunea prevăzută în art. 323 C. Pen. sau cea prevăzută în art. 7 alin. 1 din Legea nr. 39/2003, după caz, ori se va realiza numai conținutul infracțiunii descrise în art. 10 din Legea nr. 143/2000?

O interpretare literală a dispozițiilor art. 10 ar duce la concluzia că organizarea, conducerea sau finanțarea faptelor prevăzute în art. 2-9, săvârșite de o singură persoană ori de o pluralitate ocazională sau constituită de infractori, se vor sancționa cu pedepsele prevăzute pentru aceste fapte ale căror limite maxime speciale se sporesc cu 3 ani. Totodată, dacă oricare din acțiunile incriminate în art. 10 din Legea nr. 143/2000 au fost săvârșite de o pluralitate constituită în condițiile prevăzute în art. 7 alin. 1, coroborate cu cele ale art. 2 alin. 2 pct. 11 din Legea nr. 39/2003, sau cele prevăzute în art. 323 C. Pen., credem că se vor aplica și aceste dispoziții, fiind vorba în acest caz, de un concurs real de infracțiuni.

După cum se observă din cele ce au precedat, pluralitatea constituită de infractori este incriminată atât în Codul Penal (art. 167 și art. 323), cât și în legi speciale, dar într-un mod neunitar.

Justificat, noul Cod Penal, adoptat prin Legea nr. 286/2009, promovează soluția incriminării pluralității constituite de infractori, într-o formă generală, în Titlul VIII, Infracțiuni care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială, Capitolul I, Infracțiuni contra ordinii publice, art. 367, cu denumirea marginală: ”Constituirea unui grup infracțional organizat”.

În acest fel, se renunță la paralelismul existent în legea penală în vigoare, care incriminează asemenea gen de fapte (grup infracțional organizat – art. 7 din Legea nr. 39/2003; asocierea pentru săvârșirea de infracțiuni – art. 323 C. Pen.; complot – art. 167 C. Pen.; gruparea teroristă – art. 35 din Legea nr. 535/2004), în favoarea instituirii unei incriminări cadru, cu posibilitatea menținerii, ca o incriminare distinctă, a asociației teroriste, dat fiind specificul acesteia.²

Noul Cod Penal incriminează pluralitatea constituită de infractori în art. 367 sub denumirea de constituirea unui grup infracțional organizat, într-o variantă tip și o variantă agravantă.

¹ Ilie Pascu, Sorin Corlățeanu – Pluralitate constituită de infractori. Legislație, jurisprudență și doctrină, Revista de Drept Penal, Nr. 2/2011, pag. 46, 47.

² Ilie Pascu, Sorin Corlățeanu – Pluralitate constituită de infractori. Legislație, jurisprudență și doctrină, Revista de Drept Penal, Nr. 2/2011, pag. 47, 48.

Varianta tip (art. 367 alin.1) constă în inițierea sau constituirea unui grup infracțional organizat, aderarea sau sprijinirea, sub orice formă, a unui astfel de grup și se pedepsește cu închisoare de la unu la cinci ani și interzicerea unor drepturi.

Varianta agravată (art. 367 alin. 2) se realizează când infracțiunea care intră în scopul grupului infracțional organizat este sancționată de lege cu pedeapsa detențiunii pe viață sau cu închisoare mai mare de 10 ani și se pedepsește cu închisoarea de la 3 la 10 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.

Când faptele descrise în varianta tip sau agravată au fost urmate de săvârșirea unei infracțiuni care intră în scopul grupului infracțional organizat, se aplică regulile privind concursul de infracțiuni (art. 367 alin. 3).

Din considerente de politică penală și din necesitatea prevenirii și combaterii criminalității organizate, au fost instituite o cauză specială de nepedepsire și o cauză specială de reducere a pedepsei.

Prin grup infracțional organizat se înțelege grupul structurat, format din trei sau mai multe persoane, constituit pentru o anumită perioadă de timp și pentru a acționa, în mod coordonat, în scopul comiterii uneia sau mai multor infracțiuni.

O examinare comparată a acestor dispoziții cu cele care incriminează pluralitatea constituită de infractori în legea penală în vigoare, pune în lumină asemănări, dar și evidente deosebiri. Prima asemănare se referă la conținutul obiectiv care, în mare parte, este același, dar cu formulări relativ diferite.

A doua asemănare este aceea că în ambele legi penale pluralitatea constituită de infractori este sancționată în funcție de gravitatea infracțiunilor ce intră în scopul grupării respective.

A treia asemănare vizează reținerea concursului de infracțiuni în cazul în care asocierea sau gruparea infracțională a trecut la săvârșirea uneia sau unora dintre infracțiunile ce au intrat în scopul asocierii grupului infracțional organizat.

În sfârșit a patra asemănare privește instituirea, în ambele legi penale, a unei cauze de nepedepsire, în ipoteza în care o persoană din asocierea sau gruparea respectivă, denunță autorităților mai înainte ca faptul să fi fost descoperit și să se fi început săvârșirea vreuneia dintre infracțiunile care intră în scopul asocierii sau grupării.

Deosebiri esențiale se remarcă în materia limitelor speciale de pedeapsă prevăzute în legea penală în vigoare și în Noul Cod Penal. Dacă potrivit art. 167 C. Pen. în vigoare pedeapsa pentru complot este detențiunea pe viață sau închisoare de la 15 la 25 de ani și interzicerea unor drepturi; la infracțiunea de asociere pentru săvârșirea de infracțiuni prevăzută în art. 323, pedeapsa este închisoare de la 3 la 15 ani, fără a se putea depăși pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea ce intră în scopul asocierii, iar pentru inițierea sau constituirea unui grup infracțional organizat, conform art. 7 din Legea nr. 39/2003, pedeapsa este închisoarea de la 5 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi, fără a se putea depăși sancțiunea prevăzută de lege pentru infracțiunea cea mai gravă care intră în scopul grupului infracțional, în cazul infracțiunii de constituire a unui grup infracțional organizat, prevăzută în art. 367 Noul Cod Penal, pedeapsa pentru varianta tip este închisoarea de la unu la 5 ani și interzicerea unor drepturi, iar pentru varianta agravată pedeapsa este închisoarea de la 3 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi.

Reducerea limitelor speciale ale pedepsei pentru infracțiunea de constituire a unui grup infracțional organizat în raport cu incriminările corespunzătoare cuprinse în Codul Penal în vigoare, este urmarea preocupării legiuitorului de reaşezare a tratamentului sancționator pentru infracțiunile cuprinse în noua lege penală, în raport cu importanța valorilor sociale ce fac obiect de ocrotire penală și a stării de pericol creată pentru valoarea socială ocrotită. Nu trebuie omisă realitatea că fapta de constituire a unui grup infracțional organizat este o faptă de pericol și a cărei gravitate în abstract trebuie precizată a fi mai redusă decât gravitatea infracțiunii care intră în scopul grupului infracțional organizat.

4. Examen al practicii judiciare.

Deși, în prezent, în România nu s-a sesizat încă existența unor organizații constituite după tipul asociațiilor criminale din alte țări, asociații cu o activitate complexă, au apărut totuși unele manifestări vizibile ale crimei organizate, atât prin tendințele de asociere pe plan intern și internațional care se manifestă în rândul unor infractori periculoși (asociere pe bază de programe comune, cu reguli interne de disciplină și subordonare ierarhică) cât și prin apelul tot mai frecvent la mijloacele violente de realizare a obiectivelor propuse, ca și prin preocuparea de a aborda acele domenii de activitate criminală care produc beneficii mari într-un timp foarte scurt.

Așadar în perioada 1990-1996, au fost descoperite 300 de cazuri de trafic ilicit de droguri, fiind confiscate peste 20.000 kg de asemenea substanțe, 26 de rețele transnaționale în materia traficului de automobile furate, 26 de rețele constituite din peste 60 de proxeneți, care au înlesnit practicarea prostituției peste hotare a unui număr de 250 de femei, dintre care 74 minore.¹

Din punct de vedere al fenomenului corupției, numeroși coruptori aparținând grupărilor criminale organizate, acesta a căpătat proporții, doar în anul 1996 s-au descoperit peste 9000 de fapte de corupție pasivă, peste 4000 de fapte de corupție activă și trafic de influență, fapte în care au fost implicate peste 2000 de persoane.

În 1996, numărul faptelor de violență săvârșite de criminali organizați în grupuri, a fost de peste 2000 de agresiuni care au cauzat moartea a 700 de persoane, vătămarea corporală gravă a 1200 de persoane, de asemenea s-au săvârșit 1362 de violuri și 3866 de tâlhării.

Comparativ cu perioada anilor 1990-1996, potrivit raportului de activitate al DIICOT, în 2012 au fost soluționate un număr de 8936 de cauze, în cauzele instrumentate fiind cercetate un număr de 16.885 persoane.

La fel ca și perioada 1990-1996, ponderea infracțiunilor comise în cauze au fost deținute de infracțiunile de trafic de persoane, trafic de migranți, falsificare de monedă precum și a infracțiunilor de violență conexe criminalității organizate, după cum urmează:

-588 cauze având ca obiect infracțiuni prevăzute de Legea 39/2003.

-676 cauze de trafic de persoane, fiind implicați 536 de inculpați, iar numărul victimelor traficate în vederea exploatării fiind de 976 persoane, dintre care 311 minori.

-123 cauze având ca obiect infracțiuni de falsificare de monedă și alte valori.

Ca și în anii precedenți, în materia criminalității organizate, ponderea statistică este deținută de infracțiunile de trafic și consum de droguri, prevăzute de Legea nr. 143/2000, la care s-a adăugat în cursul anului 2012, o cauzistică vastă reglementată de dispozițiile Legii nr. 194/2011, referitoare la produsele denumite generic etnobotanice, astfel numărul total al cauzelor soluționate în cursul anului 2012 a fost de 3775 cauze.²

În cursul aceluiași an, au fost indisponibilizate, în vederea confiscării și distrugerii, următoarele cantități de droguri:

1. Droguri de mare risc: 115.106 kg, dintre care: 54.697 kg de cocaină, 45.212 kg heroină, 13.000 comprimate tip Ecstasy.

2. Droguri de risc: 668.225 kg, dintre care 328.900 kg fiind de cannabis.

Valoarea totală a drogurilor confiscate în anul 2012 este de aproximativ 10,5 milioane euro.

Pe fondul situației de criză economică, în anul 2012 s-a constatat că în România s-a produs o specializare a structurilor de crimă organizată în domeniul economico-financiar. De astfel, dimensiunile criminalității organizate au făcut din aceasta o amenințare la adresa siguranței naționale a României prin afectarea majorității domeniilor de manifestare ale mediului economic și social.

Manifestarea acestor forme de criminalitate are loc, de multe ori, sub protecția organelor fiscale, vamale, judiciare, și se produc în majoritatea sferelor economico-sociale, cum ar fi:

¹ Constantin Păun – Legea Penală Română Și Crima Organizată, Revista de Drept Penal, Nr. 3/1997, pag. 50, 51.

² Datele au fost extrase din Raportul de activitate DIICOT 2012.

-comerț, prin vânzarea de produse contrafăcute, ori desfășurat de societăți comerciale de tip fantomă care acționează prin săvârșirea infracțiunilor de evaziune fiscală și contrabandă.

-achiziționarea unor pachete majoritare de acțiuni la societăți de interes public.

-activitatea societăților căpușă, și direcționarea fluxurilor de producție spre societăți comerciale favorizate, diminuarea artificială a valorii patrimoniului, și altele.

De asemenea, activitatea infracțională în domeniul financiar-bancar, contrabandă și evaziune fiscală au fost tipologiile crimei organizate cel mai bine dezvoltate în România, membrii grupurilor infracționale având roluri prestabilite și urmând profituri uriașe prin fraudă. Prin aceste infracțiuni s-a întreținut economia subterană cu consecința amplificării fenomenului de spălare a banilor.

România ultimului deceniu a devenit cunoscută în zona criminalității informatice, pe de o parte prin faptele pe care cetățenii români le săvârșesc în detrimentul unor victime din străinătate, iar pe de altă parte prin măsurile legislative organizatorice luate în vederea incriminării infracțiunilor informatice. Este de precizat că România este semnatară încă din anul 2001 a convenției Consiliului Europei privind criminalitatea informatică și alături de alte 37 de state prin adoptarea legislației specifice la nivel național au creat acea numită comunitate de încredere (community of trust) menită să acționeze concentrat împotriva generic numitului fenomen al criminalității informatice.

Infracțiunile cu un pronunțat caracter tehnic de tipul accesului la sisteme informatice, cu depășirea măsurilor de securitate, urmate sau nu de activități de șantaj, modificare/alterare de date informatice, instalare de programe malițioase, preturbarea gravă a funcționării sistemelor informatice.

Forma cronică a infracționalității informatice continuă să fie reprezentată de faptele săvârșite de grupurile specializate în fraude informatice (licitații frauduloase).

5. Drept comparat.

Pe plan internațional, amploarea și impactul deosebit al acestui fenomen au provocat îngrijorarea unor foruri statale și supra statale, între care O.N.U., Consiliul Europei, O.I.P.C.(interpol), grupul TREVI, etc., acestea manifestându-și interesul pentru elaborarea instrumentelor juridice necesare contracarării crimei organizate.

În vederea atingerii acestui obiectiv s-a plecat de la ideea armonizării legislațiilor penale la nivel regional și elaborării unor politici de prevenire și combatere flexibile și coordonate la nivel internațional, care să vizeze:

-reducerea oportunităților criminale prin supravegherea internă și internațională a piețelor ilicite.

-reglementarea piețelor legale pentru a reduce vulnerabilitatea acestora la infiltrările crimei organizate.

-punerea în aplicare a unor măsuri care să blocheze spălarea banilor proveniți din acțiuni ilicite.

-extinderea măsurilor vizând înghețarea și ulterior confiscarea bunurilor (bani, imobile, ori alte valori).

Alte țări au dezvoltat și ele la rândul lor incriminări specifice pentru combaterea crimei organizate. Iată câteva modele de reglementare:

A. Modelul Francez (art. 430-1-430-3).¹

Art. 430-1. Constituie o asociație de răufăcători orice grupare formată sau înțelegere stabilită în vederea pregătirii, constând dintr-una sau mai multe fapte materiale, a uneia sau mai multor crime sau a uneia sau mai multor delictede pe de site cu 10 ani închisoare.

Participarea la o asociație de răufăcători este pedepsită cu 10 ani închisoare și 10 milioane franci amendă.

¹ George Antoniu – Reflecții asupra crimei organizate, Revista de Drept Penal, Nr. 3/1997, pag. 44.

Art. 450-2. Orice persoană care a participat la o grupare sau înțelegere definită prin art. 450-1 este scutită de pedeapsă dacă, înainte de orice urmărire, denunță gruparea sau înțelegerea autorităților competente și permite identificarea celorlalți participanți.

Art. 450-3. Persoanele fizice vinovate de infracțiunea prevăzută în art. 450-1 vor suferi, de asemenea, diferite pedepse complementare.

Art. 132-7. Constituie o bandă organizată, în sensul legii, orice grupare formată sau orice înțelegere stabilită în vederea pregătirii, constând dintr-una sau mai multe fapte materiale, a uneia sau mai multor infracțiuni.

Această circumstanță atrage agravarea pedepsei acolo unde legiuitorul o prevede explicit în partea specială.

Art. 222-34 incriminează fapta de a conduce sau organiza o grupare având ca obiect producerea, fabricarea, importul, exportul, transportul, deținerea, oferirea, cedarea, achiziționarea sau întrebuințarea ilicită de stupefiante; pedeapsa este privațiunea de libertate pe viață și 50 milioane franci amendă.

B. Modelul Italian.

Art. 416. Asociația pentru comiterea de infracțiuni. Când trei sau mai multe persoane se asociază în scopul comiterii mai multor delictе, acei are inițiază, constituie și organizează asociația sunt pedepsiți numai pentru aceasta cu reclusiunea de la 3 la 7 ani.

Pentru fapta de participare la asociație, pedeapsa este reclusiunea de la 1 la 5 ani. Conducătorii vor suferi aceeași pedeapsă ca și inițiatorii.

Dacă asociații străbat înarmați localitățile sau căile publice se aplică reclusiunea de la 5 la 15 ani.

Pedeapsa se majorează dacă numărul celor asociați este de 10 persoane sau mai mare.

Art. 416 bis. Asociația de tip mafiot. Cine face parte dintr-o organizație de tip mafiot, formată din trei sau mai multe persoane, este pedepsit cu reclusiune de la 3 la 6 ani.

Acei care inițiază, conduc sau organizează asociația sunt pedepsiți, numai pentru aceasta, cu reclusiune de la 4 la 9 ani.

Asocierea este de tip mafiot când cei care fac parte din ea se prevalează de forța de intimidare a legăturii dintre asociați și de condiția de supunere și tăcere, care derivă din aceasta, pentru comiterea de infracțiuni, pentru obținerea, direct sau indirect, a gestiunii sau controlului activității economice, concesiuni, autorizații, anteprize și servicii publice sau pentru a realiza profituri ori avantaje ilicite pentru sine sau pentru altul, sau în scopul de a împiedica sau a obstacula libera exercitare a votului sau pentru a-și procura voturi pentru ei sau pentru alții cu prilejul consultărilor electorale.

Dacă asociația este înarmată, se aplică pedeapsa reclusiunii de la 4 la 10 ani în cazul prevăzut la primul alineat și de la 5 la 15 ani în cazurile prevăzute de al doilea alineat.

Asociația se consideră înarmată când participanții au la dispoziție, pentru realizarea scopurilor asociației, arme, materiale explozive, chiar ascunse sau ținute în depozite.

Dacă activitatea economică asupra căreia asociații înțeleg să-și asume sau să-și mențină controlul este finanțată în total sau în parte cu prețul, produsul sau profitul obținut din infracțiuni, pedepsele stabilite în alineatele precedente se majorează de la o treime la jumătate.

În ceea ce-l privește pe condamnat, este întotdeauna obligatorie confiscarea lucrurilor care au servit sau au fost destinate la comiterea infracțiunii, precum și a lucrurilor care reprezintă prețul acestora, produsul sau profitul care constituie folosul obținut. Pe lângă acestea, sunt decăzuți din dreptul la diferite permise, concesiuni, anteprize etc.

Dispozițiile alineatului prezent se aplică și organizației Camorra, precum și altor asociații oricum ar fi, pe plan local, denumite care, prevalându-se de forța intimidantă a legăturii dintre asociați, urmăresc scopuri asemănătoare celor ale organizațiilor de tip mafiot.

Art. 416 ter. Pedeapsa stabilită în primul alineat al art. 416 bis se aplică și aceluia care obține promisiunea de voturi prevăzută la alineatul trei din același art. 416 bis în schimbul primirii de bani.

Pentru a releva reglementările din legislația italiană, este necesar să se stabilească ce anume reprezintă mafia; conform unor opinii, mafia ar reprezenta o organizație secretă, constituită în anul 1282, în timpul unei revolte, cunoscută în istorie sub numele de "Viespile Siciliene", îndreptată împotriva ocupanților francezi. Astfel, termenul mafia ar corespunde prescurtării cuvintelor unei lozinci frecvent utilizate "Morte Alla Francia, Italia Anela" (moarte franței, strigă Italia). Pentru a rezista invadatorilor și a organiza lupta de rezistență, un grup de sicilieni a inițiat un nucleu armat care apăra comunitatea, pedepsea tâlharii și răufăcătorii, ignorând legea străină. De-a lungul timpului, această organizație secretă a evoluat negativ, degenerând în criminalitate și violență.¹

Conform altor opinii, originile mafiei, ca și ale camorrei, s-ar afla la începutul sec. Al XIX-lea. Structurile acestora s-ar fi dezvoltat în contextul tulburărilor sociale și politice care au caracterizat Sicilia și sudul Italiei în secolul trecut. În această viziune, conceptul de mafie este mai degrabă o problemă de tradiție, o stare de spirit, un sens al mândriei și demnității, o filozofie de viață și un stil comportamental pe care orice sicilian îl recunoaște imediat.

Mafia este apreciată drept cea mai puternică organizație criminală, nu numai datorită numărului mare de membri (mai multe mii), ci mai ales ca urmare a structurii și capacității sale de a dezvolta strategii unitare, în ciuda articulației complexe a rețelei sale operaționale. Prin caracteristicile sale, mafia este singura organizație criminală italiană care oferă un model criminal valabil la nivel internațional.

C. Modelul American (RICO).

The Racketeering Influenced & Corrupt Organizations Act constituie una din legile cele mai criticate, dar și una din cele care exercită o deosebită influență socială. În realitate este vorba de un complex de reglementări ale statelor sau legi federale în care sunt enumerate infracțiunile specifice grupului criminal și pe care procurorul trebuie să le dovedească pentru a fi justificată urmărirea atât pentru crima de a fi constituit o atare organizație, cât și pentru activitatea desfășurată de grupul criminal. Aceste infracțiuni sunt următoarele: amenințare, omor, răpire, incendiu, jocuri de noroc, spargere, jaf, stoarcere de bani cu forța ori prin amenințare (extortion), corupție, fals, fraudă poștală, prostituție, trafic de narcotice, delapidare.²

Secțiunea 1962 din Codul Statelor Unite definește activitatea de racket și ca: utilizarea sau investirea de bani sau de profituri obținute prin activitatea de racket pentru a dobândi o întreprindere angajată în operațiuni de comerț în statele americane sau de a obține asemenea întreprinderi pentru desfășurarea activităților de racket.

Asocierea care desfășoară activități de racket poate fi formată din orice individ, societate de persoane sau de capitaluri sau din orice asociație de fapt fără personalitate juridică.

Practica judiciară a decis că subzistă o asociație de tip racket dacă asociația nu prezintă absolut toate trăsăturile acestui tip de asociere. Aceste asociații au un caracter de continuitate și sunt formate din persoane care s-au asociat pe bază de ierarhie și consimțământ. Persoanele care participă la activitățile RICO sunt socotite complici, cu condiția ca ele să fi consimțit să participe direct sau indirect la afacerile asociației într-un mod care să releve activitatea de racket. RICO poate cuprinde în sfera sa și întreprinderi legale care desfășoară totodată și activități ilegale, precum și alte organizații ilegale sau criminale.

Un alt instrument de combatere a crimei organizate în legislația penală americană este incriminarea complicității. În legislația americană se sancționează complicitatea (conspiracy) ca delict distinct atunci când cel puțin două persoane se înțeleg să comită un act ilegal sau un act legal prin mijloace ilegale sau un act tinzând la realizarea unei infracțiuni. Complicitatea este, în același timp, o infracțiune trunchiată, sancționarea ei având un efect, în principal, profilactic (preventiv), deoarece actul de complicitate apare mai devreme chiar decât tentativa. Complicitatea se pedepsește pentru ea însăși, sancționând pe cei care se asociază în scopuri ilegale; ea nu se confundă cu infracțiunea

¹ Gheorghe Nistoreanu, Costică Păun – Criminologie, Editura Europa Nova, București, 2000, pag. 238, 239.

² George Antoniu – Reflecții asupra crimei organizate, Revista de Drept Penal, Nr. 3/1997, pag. 45.

plănuită de complici; aceștia pot fi sancționați distinct pentru complicitate și pentru infracțiunea săvârșită.

În doctrina americană, următoarele infracțiuni sunt considerate ca fiind săvârșite de regulă de grupuri criminale: complicitatea, întreprinderea criminală continuă (C.C.E. – Continuing Criminal Enterprise), întreprinderea criminală financiară continuă (C.F.C.E.), reciclarea banilor, traficul de stupefiante, privarea ilegală de libertate, deturnarea, infracțiuni comise prin calculator, infracțiuni comise prin internet, infracțiuni la drepturi de autor, contrafacerea frauduloasă, concurența neloială, fraudă asupra titlurilor de valoare, jocurile de noroc, prostituția și alte infracțiuni sexuale, omor, contractul pentru a comite un omor, incendiul, agresiunea, utilizarea de arme sau explozive, furtul simplu și prin efracție, sperjurul, extorsiunea, comerțul la negru, traficul de lucruri și persoane.

În concepția autorilor americani, racketeering (RICO law) cuprinde ansamblul legilor din statele americane, sau cu caracter federal menite să combată organizațiile criminale. Este vorba de acele organizații constituite pentru comiterea de fapte ilicite prin constrângere (sau încercarea de a comite asemenea fapte prin constrângere), în scopul obținerii de profituri sau proprietăți. Amenințarea sau violența este un element constitutiv al infracțiunii; amenințarea poate fi orală sau scrisă și să constea în intimidarea victimei prin afirmații că se vor comite infracțiuni contra persoanei (omor, răpire, violențe) față de cel amenințat sau față de un membru al familiei ori o infracțiune contra proprietății (furt, incendiu, etc.). Activitatea organizațiilor criminale este îndreptată și spre stocarea de profituri de la întreprinderile legale prin violență și amenințare, ca și prin înființare de întreprinderi ilegale.

6. Concluzii.

În consecință evoluția criminalității specifice crimei organizate, creșterea prejudiciilor cauzate sistemelor economice și sociale nu doar din România ci și din alte țări au pus în evidență necesitatea identificării și aplicării unor strategii și mecanisme care să aibă drept scop prevenirea și combaterea sa.

Crima organizată constituie astăzi o preocupare politică de vârf, la nivel național, regional și internațional. Dezvăluirea cauzelor fenomenului infracțional nu poate fi realizată decât printr-o cercetare care să exploateze toate laturile acestui fenomen. Sunt necesare în acest sens investigații cu caracter sociologic, psihologic, juridic, psihiatric, biologic și antropologic. De aceea, pormind de la acceptarea faptului că criminalitatea, în forma ei superioară, organizată, este nocivă pentru societatea în care trăim, rezultă implicit faptul că aceasta trebuie combătută, contracarată.

Referințe bibliografice

- Ioan Lascu – Prevenirea și combaterea criminalității organizate, Revista Dreptul, Nr.9/2003,
- George Antoniu – Reflecții asupra crimei organizate, Revista de Drept Penal, Nr. 3/1997
- Codruț Olaru – Prevenirea și combaterea criminalității organizate – Revista de Drept Penal, Nr. 4/2004
- Petre Dungan – Unele reflecții privind criminalitatea organizată, Revista de Drept Penal, Nr. 4/2006
- Ilie Pascu, Sorin Corlățeanu – Pluralitate constituită de infractori. Legislație, jurisprudență și doctrină, Revista de Drept Penal, Nr. 2/2011
- Constantin Păun – Legea Penală Română Și Crima Organizată, Revista de Drept Penal, Nr. 3/1997
- Gheorghe Nistoreanu, Costică Păun – Criminologie, Editura Europa Nova, București, 2000
- Raport activitate DIICOT 2012 (<http://www.diicot.ro/index.php/informatii-de-interes-public/raport-de-activitate>)

INFRAȚIUNEA DE ARESTARE NELEGALĂ ȘI CERCETARE ABUZIVĂ ÎN JURISPRUDENȚA CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI

* BILANICI Raluca Georgiana

Abstract:

In this study I proposed to analysed the illegal examination or arrest in the romanian criminal code and in others criminal codes around europeans countries. I would like to study how the European Court of Human Rights solve this breaking of the law by the Romanian state compared to other states that have violated this behaviors.

Cuvinte cheie: *arestarea nelegală, cercetarea abuzivă, CEDO, reglementare, jurisprudență*

I. Introducere

Ocotirea drepturilor procesuale ale persoanei în cadrul procesului penal implică, printre altele, interzicerea torturii, a tratamentelor inumane și degradante în conformitate cu dispozițiile art. 3 din Convenția europeană a drepturilor omului. Folosirea unor asemenea tratamente nu numai că reprezintă o încălcare a demnității și personalității umane, amintind de practicile inchiziției și de excesele legislației feudale, practici care au fost repudiate de legile penale moderne.¹

II. Noțiuni

În articolul 266 din Codul Penal sunt încriminate două fapte distincte, arestarea nelegală și cercetarea abuzivă. Potrivit art.266 arestarea nelegală 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*” . Cercetarea abuzivă este definită ca fiind „*întrebuințarea de promisiuni, amenințări sau violențe împotriva unei persoane aflate în curs de cercetare, anchetă penală ori de judecată, pentru obținerea de declarații*”.²

III. Reglementări interne

În Noul Cod Penal această infracțiune este reglementată în două articole distincte, respectiv art. 280 și art.281 al 1. Infracțiunea prevăzută la art.281 al.1 reglementează supunerea la rele tratamente ca fiind „*supunerea unei persoane la executarea unei pedepse, măsuri de siguranță sau educative în alt mod decât cel prevăzut de dispozițiile legale*”. Iar potrivit art.280 constituie cercetare abuzivă „*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*.” Potrivit al.2 constituie cercetare abuzivă „*producerea, falsificarea ori tichuirea de probe necurate de către un organ de cercetare penală, un procuror sau un judecător*.”³

* Student la Universitatea Nicolae Titulescu, Facultatea de Drept, An III, profesor coordonator Asist.univ.dr Alexandra Jipa (bilaniciraluca@yahoo.com)

¹ Predescu Ovidiu- Convenția Europeană a drepturilor omului, 2006, Bucuresti, Ed. Lumina Lex

² Art. 266 Cod Penal

³ Noul Cod Penal

În anul 1990 România a aderat la Convenția împotriva torturii și altor pedepse ori tratamente cu cruzime, inumane sau degradante, acest fapt având ca efect introducerea în legislația penală a infracțiunii de tortură prevăzută la art. 267¹, precum și introducerea art. 5¹ din Codul de procedură Penală. Acest articol consacră principiul demnității umane având următorul conținut : „ 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 sau degradante este pedepsită prin lege”. Actuala Constituție a României prevede în art. 22 că „ (1) Dreptul la viața, precum și dreptul la integritate fizică și psihică ale persoanei sunt garantate. (2) Nimeni nu poate fi supus torturii și nici unui fel de pedeapsă sau de tratament inuman ori degradant. ”¹ Acest principiu fundamental fixează cadrul legal privind tratamentul care trebuie aplicat persoanei învinuitului sau inculpatului pe tot parcursul procesului penal.² Alături de dispozițiile codului de procedură penală, în Codul Penal sunt prevăzute infracțiunile împotriva înfăptuirii justiției, urmărindu-se ca subiecții oficiali care desfașoară procesul penal să fie trași la răspundere în cazul în care încalcă principiul demnității umane.³

Articolul 64 alin2 CPP stipulează că mijloacele de probă obținute în mod ilegal nu pot fi folosite în procesul penal. În materie penală mijloacele de probă nu pot fi admise decât dacă, cu prilejul administrării lor este respectat principiul legalității, ce se exprimă prin principiile generale de drept ce constituie legalitatea materială (respectarea demnității umane, a loialității în administrarea probelor și a libertății de informare).

III.1. Conținutul constitutiv al infracțiunii prevăzute în art.266 CP⁴

Infracțiunea de arestare nelegală are ca obiect juridic special relațiile sociale privitoare la înfăptuirea justiției 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. Infracțiunea mai are și un obiect juridic special care se referă la relațiile sociale privitoare la activitatea de înfăptuire a justiției, activitate a cărei desfășurare normală este incompatibilă cu folosirea mijloacelor ilegale împotriva persoanelor prevăzute în textul legal.

Cercetarea abuzivă are ca obiect juridic relațiile sociale referitoare la activitatea de înfăptuire a justiției, activitate a cărei desfășurare normală este incompatibilă cu folosirea de promisiuni, amenințări sau violențe împotriva unei persoane aflate în curs de urmărire penală sau de judecată ori împotriva unui martor, expert sau interpret.

Obiectul material constă în corpul persoanei față de care se întreprinde în mod nemijlocit actele de violență fizică.

Subiectul activ este calificat prin calitatea de 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.

Participația penală este posibilă sub toate formele. Coautoratul subzistă numai atunci când făptuitorii au calitatea specială cerută de textul legal. Instigatorul sau complicele pot fi însă orice persoană, deoarece pentru acestea nu se cere vreo calitate specială.

Subiectul pasiv general este statul ca titular al valorilor sociale, ale înfăptuirii justiției penale apărute în textul incriminat. Subiectul pasiv secundar poate fi orice persoană, care în cazul infracțiunii de cercetare abuzivă poate fi doar o persoană care se afla în curs de urmărire penală sau de judecată. În situația savârșirii acestei infracțiuni prin supunerea la executarea unei pedepse,

¹ Constituția României 1991

² Ion Neagu- Tratat de Procedură Penală – Partea Generală, Ed. UJ. București 2010, pag.95

³ idem

⁴ V.Dobrinou, N.Neagu- Drept Penal Partea Specială, Ed. Wolters Kluwer, 2008 ; T.Toader- Suport de curs Drept Penal Partea Specială, 2008

măsurii de siguranță ori educative subiectul pasiv poate fi doar o persoană condamnată la pedeapsa închisorii, sau cel față de care s-a pronunțat o măsură de siguranță ori un minor căruia s-a luat o măsură educativă.

Latura obiectivă. Arestarea nelegală se realizează, sub aspectul elementului material, prin săvârșirea uneia dintre următoarele acțiuni prevăzute alternativ în alin. (1):

-reținerea;

- arestarea nelegală, ori

-supunerea unei persoane la executarea unei pedepse, măsuri de siguranță sau educative în alt mod decât cel prevăzut în dispozițiile legale.

Reținerea unei persoane presupune a se lua față de aceasta măsura preventivă a reținerii, a pune în executare ori a executa aceasta măsură.

Textul de lege are în vedere numai pedepsele, măsurile de siguranță sau educative care presupun privarea de libertate a unei persoane.

Cazurile și condițiile în care o persoană poate fi arestată preventiv sau în vederea executării pedepsei închisorii sunt cele prevăzute în Codul de procedură penală.

Reținerea sau arestarea nelegală a unei persoane se poate realiza și printr-o inacțiune, constând, de exemplu, în nepunerea în libertate a unei persoane reținute sau arestate preventiv la expirarea termenului pentru care s-a luat măsura.

Cercetarea abuzivă se realizează, sub aspectul elementului material, prin întrebuițarea de promisiuni, amenințări sau violențe față de o persoană aflată în curs de cercetare, anchetă penală sau de judecată ori față de un martor, expert sau interpret, pentru obținerea de declarații.

– promisiunile pot fi de orice fel și se pot referi la bani sau alte foloase materiale, la crearea unei situații avantajoase în cursul urmăririi sau al judecății etc.

– amenințările presupun acte de constrângere morală, în accepțiunea prevederilor art.193 C. pen., aducându-se atingere libertății psihice. Acțiunea de amenințare cu producerea răului, a faptei păgubitoare se poate referi în mod direct la persoana față de care s-a declanșat cercetarea ori care are calitatea de martor, expert sau interpret, dar pot privi și pe soțul sau o ruda apropiată.

– violențele presupun realizarea unor acte de constrângere fizică. Dacă prin întrebuițarea violențelor se produce persoanei o vătămare corporală, va exista un concurs de infracțiuni. În noțiunea de violențe intră și relele tratamente ca de exemplu privarea persoanei de hrană ori de odihnă.

Fapta se săvârșeste pentru obținerea de declarații, expertize sau interpretări în sensul dorit de organul judiciar.

Urmarea imediată constă în crearea unei stări de pericol pentru desfășurarea normală a activității de îndeplinire a justiției. Cercetarea abuzivă are și o urmare imediată adiacentă, în sensul că se poate aduce prejudicii persoanei față de care s-a declanșat activitatea ilegală, fiind vorba de provocarea unor suferințe morale sau psihice.

Raportul de cauzalitate rezultă din materialitatea faptei (ex re).

Latura subiectivă presupune vinovăția făptuitorului sub forma intenției directe calificate prin scop în cazul cercetării abuzive. În cazul arestării nelegale forma de vinovăție este intenția directă sau indirectă.

Tentativa și consumarea. Tentativa nu se pedepsește.

Consumarea infracțiunii are loc în momentul în care se realizează fapta incriminată, moment în care se creează starea de pericol pentru desfășurarea normală a activității de îndeplinire a justiției.

Sanctiunea. Arestarea nelegală se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani, iar cercetarea abuzivă, cu închisoare de la 1 la 5 ani.

III.2. Istoric legislativ al infracțiunii

Codul Penal de la 1864 incrimina în art. 149 delictul de arestare nelegală „ Ori ce funcționar care, afară din cazurile și formele prevăzute de lege, va aresta sau va ordina a se aresta o persoană,

sau care va prelungi într'unu modu nelegale ținerea lui la închisore, se va pedepsi cu închisore de la trei luni în susu și se va pute încă declara de necapabile, de la unu anu pînă la trei, de a ocupa funcțiuni publice.

Dacă arestarea nelegale e ținutu mai multu de trei dile, minimulu pedepsei va fi de patru luni și se va declara necapabile de a mai ocupa funcțiuni publice de la unu anu la trei ani.

Dacă arestarea nelegale va ține mai multu de o lună, osînda va fi maximulu închisorei.

În aceste din urmă doue casuri, funcționarulu va perde și dreptulu la pensiuene.”¹ Fapta avea două agravante pentru situațiile în care arestul nelegal dura peste 3 zile sau în alt caz peste 1 lună. Pentru forma tipică, instanța avea posibilitatea de a-i interzice făptuitorului ocuparea unor funcții publice pe durată limitată. În cazul formelor agravante, această decădere era obligatorie, subiectul activ pierzând totodată și dreptul la pensie.

În art. 150 se pedepsea „cercetarea abuzivă”, textul arăta explicit că este pedepsit nu numai cel care săvârșește fapta, ci și cel care o ordonă. Elemental material constă în punerea victimei la „casnă”, înțelegându-se prin aceasta folosirea unor mijloace de natură deosebit de periculoasă prin intermediul cărora se provoacă victimei suferințe și dureri violente.² Articolul 153 al aceluiași cod sancționa fapta funcționarului care supunea o persoană la executarea unei pedepse ce nu a fost pronunțată de instanța de judecată sau care supunea victima la o executare „peste măsura prevăzută de judecată”.

În Codul Penal de la 1936 se prevedeau cinci norme juridice în care se încriminau aceste fapte. Art. 272 pedepsea fapta funcționarului care, în mod abuziv, aresta, deținea sau reținea pe cineva ori ordona acest lucru. În art. 273 se incrimina fapta funcționarului care supraveghea, executarea pedepsei privative de libertate sau a arestării preventive, de a-l reține pe condamnat sau arestat peste termenul legal, precum și fapta funcționarului care ar aresta, deține sau reține o persoană în alt loc decât cel pe care legea îl fixează. Agravantele acestei infracțiuni erau prevăzute în art. 274 care se refereau la anumite vătămări ale integrității corporale a victimei sau la depășirea duratei de o lună în cazul arestării nelegale. Art. 275 sancționa delictul de tolerare a arestării nelegale, aceasta fiind fapta unui funcționar care cunoscând aceasta arestare, nu intervenea 48 de ore pentru a cerceta și a lua măsurile ce se impuneau. În art 276 se pedepsea internarea ilegală. Fapta era săvârșită numai de un funcționar care avea sarcina de a primi și a interna persoane în penitenciar sau într-un institut pentru executarea unor măsuri de siguranță și care în această calitate, primea în închisoare sau în institut o persoană fără mandate sau ordin legal al autorității competente. În art. 289 se incrimina cercetarea abuzivă, dar care avea ca element material în loc de promisiunii, torturile.

Noul Cod Penal prevede că infracțiunea de cercetare abuzivă trebuie să aibă ca subiect pasiv secundar o persoană care se află în curs de urmarire penală sau de judecată. În actuala reglementare este vorba de o persoană aflată în curs de cercetare, anchetă penală sau judecată, precum poate fi subiect pasiv și un martor, expert sau interpret. În reglementarea din NCP dacă acțiunea se îndreaptă asupra altei persoane decât inculpatul sau învinuitul cum ar fi spre exemplu un martor, expert sau un interpret această fapta nu va constitui infracțiunea de cercetare abuzivă, putând fi incriminată ca fiind infracțiunea de influențare a declarațiilor.³

IV. Reglementării internaționale

Declarația Universală a Drepturilor Omului prevede că „nimeni nu poate să fie arestat, deținut sau exilat în mod arbitrar”⁴. O prevedere asemănătoare apare și în Convenția Europeană a Drepturilor Omului la articolul 5 care consacră principiul garantării libertății persoanei prevazut la art

¹ <http://lege5.ro/Gratuit/g42dgmjr/codul-penal-din-1864-al-principatelor-unite-romane>

² Avram Filipaș- Infracțiuni contra înfăptuirii justiției, Ed. Academia, București 1985, pag. 153

³ V. Dobinoiu, N. Neagu-Drept Penal-Partea Specială, Ed. UJ. București 2011,

⁴ Declarația Universală a Drepturilor Omului

5 din Codul de Procedura Penală. Acest articol prevede expres situațiile în care o persoană poate să fie lipsită de libertate în mod legal:

- „a) dacă este deținut legal pe baza condamnării pronunțate de un tribunal competent ;
- b) dacă a făcut obiectul unei arestări sau dețineri legale pentru nerespectarea unei hotărâri pronunțate de un tribunal, conform legii, ori în vederea garantării executării unei obligații prevăzute de lege ;
- c) dacă a fost arestat sau reținut în vederea aducerii sale în fața autorității judiciare competente, atunci când există motive verosimile de a se bănuși că a săvârșit o infracțiune sau când există motive temeinice ale necesității de a-l împiedica să săvârșescă o infracțiune sau să fugă după săvârșirea acesteia ;
- d) dacă este vorba de detenția legală a unui minor, hotărâtă pentru educația sa sub supraveghere sau despre detenția sa legală, în vederea aducerii sale în fața autorității competente ;
- e) dacă este vorba despre detenția legală a unei persoane susceptibile să transmită o boală contagioasă, a unui alienat, a unui alcoolic, a unui toxicoman sau a unui vagabond ;
- f) dacă este vorba despre arestarea sau detenția legale ale unei persoane în scopul împiedicării pătrunderii ilegale pe teritoriu sau împotriva căreia se află în curs o procedură de expulzare ori de extrădare”.¹

Față de relevanța lor în garantarea drepturilor omului, prevederile privind interzicerea torturii, a pedepselor sau a tratamentelor inumane sau degradante, se regăsesc în Declarația universală a drepturilor omului, Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice (art.7), în Declarația asupra protecției tuturor persoanelor împotriva torturii și a altor pedepse și tratamente cu cruzime, inumane sau degradante, în Convenția europeană pentru prevenirea torturii și a pedepselor sau tratamentelor inumane sau degradante cât și în Protocoloalele nr.1 și 2 ale acestei convenții.² Dreptul consacrat în art. 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului este un drept de *jus cogens*, care nu suportă absolut nici un fel de restricție legală. Articolul 3 interzice trei tipuri de comportamente : tortura, tratamentele inumane și tratamentele degradante. În jurisprudență pentru distingerea situațiilor care intră în câmpul de aplicabilitate al art. 3 sunt utilizate două criterii, respectiv criteriul gradului de gravitate și criteriul aprecierii relative.³

Referitor la criteriul intensității, el servește atât pentru a determina aplicabilitatea normei, cât și pentru a deosebi cele trei noțiuni. Regula de principiu în materie de aplicabilitate a normei este aceea că doar un tratament ce relevă un minim de gravitate este interzis în temeiul regulii de drept ce consacră dreptul de a nu fi supus la tortură sau rele tratamente. Actele care ating sau depășesc acest minim sunt torturile sau tratamentele inumane sau degradante. Adunarea Generală a ONU în 1987 definește *tortura* drept un „act prin care o persoană este supusă în mod intenționat unor suferințe fizice sau mentale de către un agent în exercițiul funcției publice sau la instigarea acestuia”.⁴ *Tratamentul inuman* este „acela care provoacă în mod intenționat suferințe mintale sau fizice de o anumită intensitate”. Spre exemplu, au primit o astfel de calificare din partea Curții, cele cinci tehnici de interogare ale unei persoane, pe care legea engleză le prevede, privind combaterea suspectilor de terorism. Cele cinci tehnici speciale de interogare erau:

-interogarea suspectului obligat să stea în „poziție de stres”, în picioare, cu fața lipită de perete, cu mâinile și picioarele depărtate;

-acoperirea permanentă a capului deținutului cu un sac negru de pânză, exceptând perioada interogărilor;

¹ Convenția Europeană a Drepturilor Omului

² Predescu Ovidiu- Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Dreptul Penal Român, Ed. Lumina Lex, București, 2006, pag. 99

³ R.M. Beșteliu, C. Brumar- Protecția internațională a drepturilor omului, ed V, Ed. UJ , București 2012, pag.137

⁴ idem

-„picătura chinezească”: obligarea reclamanților de a suporta un zgomot strident, la intervale de câteva secunde;

-privarea de somn;

-privarea de hrana și de apă;¹

Tratamentul degradant este acela care „umilește individul într-un mod puternic în fața altora sau îl împinge să acționeze contrar voinței sau cunoștinței sale”.

În ceea ce privește cel de-al doilea criteriu, al aprecierii relative, în jurisprudența internațională se recurge atât la parametri externi, cât și interni. Parametrii interni ai aprecierii relative este vorba despre natura și contextul tratamentului sau pedepsei, de modalitățile sale de executare, de durată sa, de efectele psihologice și fizice, și uneori de sex, vârsta, starea de sănătate a victimei. Parametrii externi ai aprecierii relative se referă la contextul socio-politic în care se încadrează cauza.²

Potrivit Convenției statele au două tipuri de obligații, care decurg din necesitatea respectării prevederilor art.3, respectiv obligații pozitive și negative. Principalele obligații pozitive pe care le au statele sunt:

a) obligația de incrimina atingerile aduse demnității umane, protejate prin art.3

În legislația română art. 22 din Constituție și art. 5 CPP pedepsesc comportamentele contrare din convenție. Iar CP sancționează aceste comportamente și în cazul în care subiectul activ al infracțiunii este un funcționar care are activități de cercetare sau urmărire penală sau judecată.

b) obligația de a proteja persoanele aflate sub jurisdicția lor în fața riscului de a fi supus unor tratamente contrare art.3

Regula interdicției torturii și a relelor tratamente se aplica atât în situații ce opun un individ statului, cum ar fi cazul persoanelor aflate în custodia statului (persoane aflate în arest preventiv, în executarea unei pedepse cu închisoarea, persoane cu afecțiuni psihice), cât și în cazul relațiilor interindividuale.³

c) obligația de a realiza o anchetă eficace, în cazul în care există indicii că o persoană a fost victima unei violări a drepturilor sale, protejate prin art.3.

Această obligație decurge din necesitatea asigurării de către statele membre ale Consiliului Europei a respectului datorat ființei umane și demnității acesteia. Obligațiile concrete ale organelor de stat sunt: obligația de a începe o ancheta din oficiu, cea de a cerceta toate aspectele cauzei; necesitatea realizării anchetei cu celeritate; necesitatea imparțialității organelor de cercetare față de persoanele suspectate de comiterea infracțiunilor.

Statele au ca obligație negativă aceea de a se abține de a provoca prin agenții săi, tortura sau rele tratamente persoanelor aflate sub jurisdicția lor.

V. Jurisprudența CEDO

Curtea Europeană a fost sesizată de către Diaz Rueno tatăl victimei Diaz Santana, că fiul său a suferit în timpul reținerii torturi și tratamente inumane. În fapt, victima fusese arestată pentru săvârșirea infracțiunii de furt, iar în cursul cercetărilor efectuate de poliție a decedat. Urmare a acestui eveniment s-a deschis o anchetă împotriva inspectorului de poliție care a condus cercetările; ancheta a stabilit că polițistul împreună cu un coleg al său, au decis să reia interogatoriul celui arestat în lipsa avocatului, pentru a obține, prin tratamente inumane, de la cel arestat date de natură să conducă la avansarea cercetărilor. În timpul acestei anchete, fiind grav lovit de polițiști D.Santana a luat arma unuia dintre inspectori și a tras asupra celui alt care a ripostat trăgând în capul victimei,

¹ Radu Chiriță- Convenția Europeană a Drepturilor Omului Comentarii și explicații, Vol I, Ed. C.H.Beck, București, 2007, pag.142

² R.M.Beșteliu op.cit

³ R.M.Beșteliu, op.cit

care până la spital a decedat. Mai înainte ca dosarul sa ajungă în fața Curții Europene, delegatul guvernului spaniol și avocatul petiționarului au semnat un acord amiabil, potrivit căruia statul spaniol se angaja să plătească reclamantului suma de 6 milioane de pesetas. În final, în unanimitate de voturi, instanța internațională a decis scoaterea cauzei de pe rol. Faptul că autoritățile spaniole au acceptat să-l despăgubească pe reclamant reprezintă un indiciu serios că faptele sesizate au fost reale și că victima a suferit în timpul deținerii un tratament inuman.

În cazul cauzei Ribitsch contra Austriei, reclamantul R. s-a adresat Curții Europene cu o plângere, aceasta reținând că au fost încălcate prevederile art.3, în sensul ca R. a fost supus la torturi și la tratamente inumane în timpul reținerii în arestul poliției. În fapt, R. și soția sa au fost reținuți de poliție două luni de zile pentru deținere și trafic de droguri. Din declarațiile reclamantului a rezultat că în timpul deținerii a fost insultat și brutalizat în mai multe rânduri pentru a fi determinat să recunoască faptele. În acest fel, a primit din partea organului de anchetă al poliției mai multe lovituri de pumn în cap, în brațul drept și a fost lovit cu picioarele în coapse și rinichii. Inspectorul de poliție M. a infirmat susținerile lui R., arătând că în timp ce acesta a fost transportat cu mașina la un institut pentru efectuarea unei experize a vocii sale, la coborârea din autovehicul, având cătușele la mâini a alunecat, neputându-se evita izbirea sa de sol. După eliberarea din arestul poliției R. a relatat cele de mai sus familiei și s-a prezentat la medic pentru un examen de specialitate. Spitalul a confirmat prezența unor hematoame de la 2 la 3 cm pe brațul drept. Curtea Europeană a considerat că orice folosire a forței fizice față de o persoană privată de libertate aduce atingere demnității umane și constituie o violare a dreptului garantat prin art. 3 din Convenția europeană. Reținând încălcarea art. 3 în această speță, Curtea de la Strasbourg a dispus ca statul austriac să achite în termen de trei luni o indemnizație reclamantului în sumă de 100,000 șilingi, pentru daunele suferite.

Soluția instanței europene corespunde pe deplin și cu prevederile legii penale române. Astfel, în măsura în care R. a fost supus unor violențe și amenințări pentru a face mărturisiri, asemenea fapte potrivit legii penale române, constituie infracțiunea de cercetare abuzivă.¹

O speță similară privește în mod direct statul român în calitate de pârât, respectiv cazul Bursuc împotriva României². Situația de fapt, reținută de instanța de contencios european este următoarea: în noaptea de 27-28 ianuarie 1997 în timp ce reclamantul de profesie consilier juridic, se afla într-un bar, a fost oprit de doi agenți de poliție care i-au solicitat pe un ton nepolitic să prezinte actul de identitate ("Dă bultinul, bă"). Reclamantul răspunzându-le în aceeași notă ("De ce, bă?"), agenții de poliție au început să-l lovească cu pumnii și cu picioarele, i-au pus cătușe și l-au târât într-o mașină de poliție, parcată în apropiere, unde l-au lovit din nou cu pumnii și cu bastoanele, astfel încât reclamantul a căzut într-o cameră de la sediul poliției, timp de 6 ore, perioadă în care victima a lesinat de mai multe ori. Vătămirile au fost constatate în rapoartele medico-legale care atestau existența unui traumatism cranio-cerebral produs prin violență. De asemenea, pe baza aceluiași certificate medico-legale, Curtea de la Strasbourg a respins susținerile guvernului român potrivit cărora rănilor grave suferite de reclamant s-ar datora unei căzături sau unei automutilări, iar nu unei agresiuni din partea poliștilor. În consecință, Curtea Europeană a considerat că violențele la care a fost supus reclamantul prezintă un caracter deosebit de grav, de natură să conducă la dureri și suferințe acute, astfel încât trebuie considerate ca acte de tortură în sensul prevederilor art. 3 din Convenția europeană, și a decis că a avut o încălcare a acestora. Curtea europeană a hotărât ca statul român trebuie să plătească văduvei reclamantului suma de 10.000 de euro cu titlu de prejudiciu moral.

România a fost obligată să plătească despăgubiri de peste 14.000 de euro unui bărbat din Oradea care a acuzat poliștii că l-au agresat după ce l-au ridicat din locuința lui fără a-i da vreun motiv, potrivit unei decizii CEDO.³

¹ Predescu Ovidiu- op.cit, pag 108

² Traducere publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 452 din 27 mai 2005

³ www.hotararicedo.ro

Decizia în acest caz a fost luată în data de 26 noiembrie 2012 de o cameră a Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO) de la Strasbourg. Reclamantul, Gheorghe Ghiurău, născut în 1963 și rezident în Oradea, a fost ridicat de agenți ai forțelor speciale de intervenție ale Inspectoratului de Poliție Bihor, la 27 noiembrie 2006, pentru a fi dus în fața unui procuror la Cluj-Napoca, fiind acuzat că dădea telefoane de amenințare unui cetățean din acest oraș. Ghiurău susține, în plângerea la CEDO, că nu i s-a dat niciun motiv pentru faptul că a fost luat în custodie și bătut de polițiști pe drum până și-a pierdut cunoștința, în timp ce versiunea Guvernului este că acestuia i s-a făcut rău și ar fi suferit o criză de epilepsie. El a fost dus la un spital din Huedin și apoi transferat la urgență, în Cluj-Napoca. Reclamantul mai spune, la Huedin, că a fost din nou bătut de polițiști, în prezența avocatului său care a și depus mărturie în acest sens. Conform versiunii Guvernului, bărbatul a suferit un atac de panică și a început să lovească patul de spital cu mâinile și picioarele, astfel că doi agenți l-au imobilizat.

În raportul Institutului de Medicină Legală Bihor, emis la 28 noiembrie 2006, s-a consemnat că reclamantul avea vânătăi și zgârieturi pe abdomen și pe șolduri, răni care ar fi putut fi provocate, cu o zi în urmă, prin lovituri cu un obiect contondent.

Un certificat medical emis în 19 decembrie 2006 de spitalul din Cluj-Napoca a atestat existența unei traume craniene minore, uneia abdominale și a unor zgârieturi, fiind folosită expresia "Afirmativ agresivitate".

Reclamantul a mai arătat că a cerut, la 29 noiembrie 2006, ca Inspectoratul de Poliție Bihor să îi elibereze o copie a mandatului în baza căruia a fost privat de libertate de către Poliție, copie pe care nu a primit-o.

La data de 7 decembrie 2006 reclamantul a formulat plângere penală împotriva a zece ofițeri de poliție, acuzându-i de comiterea infracțiunilor de arestare nelegală, abuz în serviciu, purtare abuzivă și lipsire de libertate.

În 22 iunie 2009, un procuror de la Cluj a decis să înceteze urmărirea împotriva lui Ghiurău pentru efectuarea unor apeluri de amenințare, pe motiv că nu i se poate dovedi vina.

CEDO a decis că în acest caz a fost încălcată Convenția Europeană a Drepturilor Omului, mai precis articolul 3, care interzicere tortura, pedepsele sau tratamentele inumane sau degradante, dar și articolul 5, alineatul 1 - dreptul la libertate și siguranță.

Curtea a stabilit ca reclamantul să primească 9.750 de euro, cu titlul de prejudiciu moral, și 4.398 de euro - cheltuieli de judecată.

În anul 2011 împotriva României s-au pronunțat 68 de hotărâri, dintre care 58 s-a constatat încălcarea a cel puțin unui drept prevăzut de Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. În 20 de hotărâri au constatat nerespectarea dreptului de a nu fi supus torturii sau tratamentelor inumane sau degradante.¹

Bibliografie :

- Predescu Ovidiu „Convenția Europeană a drepturilor omului”, Ed. Lumina Lex, București, 2006
- Ion Neagu- „Tratat de Procedură Penală Partea Generală”, Ed. UJ. București, 2010
- V. Dobrinioiu, N. Neagu- „Drept Penal Partea Specială”, Ed. Wolters Kluwer, 2008
- T. Toader- Suport de curs Drept Penal Partea Specială, 2008
- Avram Filipaș- „Infracțiuni contra înfăptuirii justiției”, Ed. Academia, București 1985
- V. Dobrinioiu, N. Neagu- „Drept Penal-Partea Specială”, Ed. UJ. București 2011
- Predescu Ovidiu- „Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Dreptul Penal Român”, Ed. Lumina Lex, București, 2006

¹ http://www.hotararicedo.ro/files/files/Concluziile%20pentru%20perioada%201994-2011%20www_hotararicedo_ro.pdf

-
- R.M. Beșteliu, C. Brumar- „Protecția internațională a drepturilor omului”, ed V, Ed. UJ , București 2012
 - Radu Chiriță- „Convenția Europeană a Drepturilor Omului Comentarii și explicații”, Vol I, Ed. C.H.Beck, București, 2007
 - Monitorul Oficial, Partea I nr. 452 din 27 mai 2005
 - Cod Penal
 - Noul Cod Penal
 - Constituția României 1991
 - Declarația Universală a Drepturilor Omului
 - Convenția Europeana a Drepturilor Omului
 - <http://lege5.ro/Gratuit/g42dgmjr/codul-penal-din-1864-al-principatelor-unite-romane>
 - http://www.hotararicedo.ro/files/files/Concluziile%20pentru%20perioada%201994-2011%20www_hotararicedo_ro.pdf
 - www.hotararicedo.ro

CONTINUTUL MASURILOR EDUCATIVE IN NOUL COD PENAL

STINGA Ginuta¹

Abstract

Regimul sancționator al minorilor a prezentat interes încă din Antichitate. Astfel că , despre minorul infractor s-a scris mult și se scrie în continuare deoarece este o materie care trezește un interes nu numai al juristului , ci și al sociologului , pedagogului , psihologului etc.

După un studiu temeinic al acestei materii , prin lucrarea de față , mi-am propus să prezint îmbunătățirile noului Cod Penal cu privire la minoritate față de actuala reglementare.

Printr-un scurt istoric , voi prezenta caracteristicile regimului sancționator al minorilor de la primele legiuiri românești (“Cartea Românească de Invățătură” a lui Vasile Lupu ,1646 ,Moldova) până la viitorul Cod Penal.

Aspectele din lucrare asupra cărora imi voi opri atenția în mod special ,sunt măsurile educative privative și neprivative de libertate aplicate minorului în noul Cod Penal încercând să realizez o mai bună înțelegere a noii reglementari în materia minorității.

Cuvinte cheie: *minori , noul Cod Penal , măsuri educative privative și neprivative de libertate , regimul sancționator al minorilor, infractori.*

Introducere

Reglementarea regimului sancționator al minorității este o problemă ce preocupă încă din cele mai vechi timpuri.

Actualul Cod Penal, adoptat prin Legea nr. 15/1968 , reglementează “Minoritatea” în Titlul V, art.99-110 .

Din întregul Titlu V al actualului Cod Penal reiese că, reeducarea minorilor se realizează atât prin măsuri educative cât și prin pedepse, atunci când instanța își formează convingerea că niciuna din măsurile educative nu poate duce la reeducarea minorului.

Un lucru extrem de important este faptul că, noul Cod Penal , renunță la pedepse în cazul minorilor instituind un sistem sancționator bazat exclusiv pe măsuri educative .

Măsurile educative sunt privative și neprivative de libertate .Însă, conform art. 114 din Noul Cod penal, față de minorul care răspunde penal se ia, de regulă o măsură educativă neprivativă de libertate.

Importanța acestui studiu este dată de faptul că, înlătură orice dubiu cu privire la viitoarele consecințe juridice ale delinvenței juvenile.

Astfel că, în prezenta lucrare, voi realiza la început o scurtă comparație între vechiul, actualul și viitorul regim sancționator ,iar pe parcursul lucrării va fi descris pe larg , conținutul măsurilor educative în Noul Cod Penal , acest lucru putând fi realizat cu ajutorul contribuțiilor deja existente în literatura de specialitate.

Conținut

Elaborarea cadrului de reglementări a sistemului de reeducare a minorului infractor este rezultatul unui îndelungat proces istoric.De-a lungul timpului, legiuitorii s-au preocupat să găsească

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: s.gina21@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. univ. dr. Cristina Alexandra Jipa (alexandrajipa@gmail.com).

soluții prin care, cu ajutorul legii, să prevină și să combată acele manifestări ale minorilor care aduceau atingere sau puneau în pericol valorile sociale fundamentale ale societății.

Paralel cu grija pentru ocrotirea ordinii de drept, legiuitorii s-au aplecat cu înțelegere și asupra situației particulare în care se află infractorii aflați la o vârstă fragedă.

Dacă persoana adultă dispune mai mult sau mai puțin singur de soarta sa, își are destinul în propriile mâini, iar posibilitatea de a deveni infractor depinde, în principal, de condițiile sale de viață, minorul este o persoană de regulă dependentă de membrii familiei sau de persoanele de care el depinde.¹

În aceste condiții, măsurile menite să se opună comportărilor antisociale ale minorilor trebuie să urmărească mai întâi un scop preventiv (prevenție preinfracțională), acționându-se în vederea ocrotirii minorilor expuși să devină infractori, iar după ce minorii au comis fapte penale, se impun măsuri care să dovedească grija pentru educarea și reeducarea minorilor, pentru completarea lacunelor educației lor anterioare și pentru redarea lor societății ca oameni folositori (prevenție postinfracțională).²

Evoluția sistemului de reeducare a minorilor infractori până la Codul Penal din 1936

În dreptul antic, se făceau în anumite situații, diferențieri de tratament între minori și adulți. În unele legiuri vechi, (chineză de pildă) se prevedea posibilitatea ca minorii sub 7 ani să fie iertați de pedeapsă de către împărat, numai dacă nu se făceau vinovați de trădare.³

Primele legiuri românești care se referă la minori au fost “Cartea Românească de Învățătură” a lui Vasile Lupu de la 1646 în Moldova și “Îndreptarea Legii” a lui Matei Basarab de la 1652 în Muntenia (editată la Târgoviște).⁴

Minoritatea este tratată printre cauzele care apără de pedeapsă sau micșorează pedeapsa; de pildă, Pravila lui Matei Basarab prevedea: ”coconii de tot și cu totul, se iartă, orice greșeală ar greși”-cocon însemnând până la al șaptelea an de vârstă, de la 7 ani și până la pubertate (14 ani băieții și 12 ani fetele), minorilor li se aplicau pedepse mai ușoare. În fine, în aceste legiuri întâlnim și o a treia categorie de vârstă, respectiv de 14-20 de ani băieții și 12-25 de ani fetele, care beneficiază de o ameliorare, în regimul lor de sancționare.

Desigur, fiecare din aceste etape de vârstă aveau regulile și excepțiile lor, în principiu însă, făptuitorii mai tineri de 25 de ani” mai puțin se vor certa la toate greșelile” și chiar în caz de ucidere (de pildă, în locul pedepsei cu moartea, minorilor li se aplica bătaia prin târg după care erau trimiși la ocnă)⁵.

În cazul în care minorii săvârșeau fapte deosebit de grave (erezia, paricidul etc.), ei erau sancționați la fel ca majorii.⁶

Evoluția sistemului de reeducare al minorilor până la Codul Penal din 1968

Deși apreciat ca o operă legislativă valoroasă, ca o manifestare de prestigiu a științei penale românești, Codul Penal de la 1936 a suferit modificări imediat după intrarea sa în vigoare, printr-o lege din 24 septembrie 1938 fiind aduse importante modificări în materia minorității. Astfel, a fost

¹ V. Dongoroz și colab. vol. II, op. cit. p. 233.

² Ortansa Brezeanu, “Minorul și legea penală” ed. All Beck 1998.

³ “Legi vechi românești și izvoarele lor” J.S. Peterschi, Digestele lui Justinian.

⁴ P. Ionescu-Muscă, “Istoria dreptului roman” 1931.

⁵ “Îndreptarea Legii” Ed. Academiei 1952.

⁶ S.G. Longinescu, op. cit. p. 256 și urm. S.G. Longinescu, Pravila lui Vasile Lupu și Prosper Farinacius, Buc.

coborâtă de la 14 ani la 12 ani vârsta de la care minorul răspunde penal , precum și vârsta majoratului penal de la 19 ani la 18 ani .

Ca urmare a modificărilor aduse Codului Penal , minorul cu vârsta de până la 12 ani nu răspundea niciodată penal , minorii cu vârsta între 12 ani și 15 ani răspundeau penal doar dacă au acționat cu discernământ , iar cei cu vârsta între 15 și 18 ani răspundeau penal, minoritatea reprezentând însă o cauză de atenuare a pedepsei.

Minorilor între 12 și 15 ani care au săvârșit fapta cu discernământ și minorilor care au depășit vârsta de 15 ani li se puteau aplica două sancțiuni de drept penal: măsuri de siguranță și pedepse.

Măsurile de siguranță (măsuri educative potrivit denumirii din Codul penal în vigoare) prevăzute de vechiul Cod penal erau libertatea supravegheată și reeducarea morală , iar pedepsele ce se puteau aplica minorului erau muștrarea, închisoarea și amenda , aceasta din urmă pedeapsă , doar condiționat de îndeplinirea anumitor cerințe (dacă minorul a împlinit vârsta de 15 ani și numai dacă aceasta avea avere sau profesie).¹

În continuare, voi realiza o **paralelă** între *Codul Penal din 1968*² și *Noul Cod Penal*³ pentru evidențierea aspectelor noi din viitoarea reglementare.

Astfel că, pentru a realiza acest lucru, voi răspunde la următoarele întrebări:

La ce s-a renunțat în NCP privitor la măsurile educative?

În actualul Cod Penal , este prevăzut faptul că , minorilor care au săvârșit o faptă prevăzută de legea penală li se pot aplica atât măsuri educative cât și pedepse , pe când, în noua reglementare, regula este că, minorilor li se vor aplica măsuri educative neprivative de libertate.Însă, dacă instanța consideră că nu este îndestulatoare aplicarea unei măsuri educative neprivative de libertate pentru fapta săvârșită, va dispune aplicarea unei măsuri educative privative de libertate renunțându-se astfel la pedepse.

Măsurile educative la care s-au renunțat în Noul Cod Penal , sunt:

Mustrarea (art.102 C.P) constă în dojenirea minorului. Această măsură îi este aplicată minorului atunci când instanța, pe baza datelor despre acesta, își formează convingerea că dojenirea este suficientă pentru a-l face să-și revizuiască conduita și să nu mai săvârșască în viitor alte fapte prevăzute de legea penală.⁴

Libertatea supravegheată (art.103 C.P)prevede că minorul care s-a făcut vinovat de săvârșirea unei infracțiuni este lăsat în libertate pe timp de un an sub supraveghere deosebită.Supravegherea poate fi încredințată părinților,tutorelui,unei persoane de încredere sau unei institutii legal însărcinate cu supravegherea minorilor. Inculpatului minor i se poate aplica această măsură numai dacă la data punerii în executare a măsurii acesta nu a depășit vârsta de 17 ani.⁵

Internarea într-un centru de reeducare (art.104 C.P.)este cea mai aspră măsura educativă din actuala reglementare întrucât presupune o privare de libertate.Această măsură se ia pe timp nedeterminat însă nu poate dura decât până la împlinirea vârstei de 18 ani (art.106 C.P).

Internarea într-un institut medical-educativ (art.105 C.P.) această măsură se ia față de infractorul minor care are nevoie de un tratament medical și de un regim special de educație.

De precizat că starea de anomalitate fizică sau psihică nu trebuie să fie de natură a duce la iresponsabilitatea minorului (de ex. alienația mintală) căci în această situație vor fi incidente dispozițiile art.48 C.P care înlătură caracterul penal al faptei.⁶

¹ Teodor Dascal “Minoritatea în dreptul penal roman” , ed.Praxis 2011 p.47

² Actualul Cod Penal adoptat prin Legea nr.15/1968,publicata în B.Of.nr.79 din 21 iunie 1968,intrat în vigoare la 1 iunie 1969.

³ Legea nr.286/2009 privind Noul Cod penal.

⁴ O.Loghin, ”Minoritatea în noul Cod Penal” Analele stiintifice ale Universitatii A.I.I.Cuza, Iasi, 1969,p.101.

⁵ C.S.J. Sectia penala decizia nr.81/1994 p.137.

⁶ Traian Dima “Drept penal –partea generala “ Editia a II-a revazuta si adaugita in baza Legii nr.278/2006 de modificare a Codului penal. Ed. Hamangiu 2007 p.655.

Ce s-a preluat din actualul Cod Penal?

Conform art.121 NCP, instanța poate impune minorului anumite obligații pe durata executării măsurilor educative neprivative de libertate.

Obligațiile care pot fi impuse minorului alături de una dintre măsurile educative neprivative de libertate reiau doar două dintre obligațiile similare prevazute de art.103 alin(3) actualul C.Penal, respectiv lit.a) și b) , dar într-o formă dezvoltată, mai precisă și mai apropiată de prevederile documentelor internaționale în această materie.

Conținutul acestor obligații va fi adaptat de instanța în funcție de conduita minorului și de specificul infracțiunii comise. Acestea pot fi :

a) *Să urmeze un curs de pregătire școlară sau formare profesională* ; această obligație va fi impusă minorilor infractori care au întrerupt activitatea școlară înainte sau după împlinirea vârstei de 14 ani.

b) *Să nu depășească , fără acordul serviciului de probațiune , limita teritorială stabilită de instanță.*; instanța poate stabili, la propunerea serviciului de probațiune, o zonă teritorială care va include domiciliul minorului și locația instituției de învățământ la care acesta este înscris, precum și traseele de deplasare. Scopul acestei obligații este acela de a-l împiedica pe minor să frecventeze locațiile favorite ale anturajului său.

c) *Să nu se afle în locuri sau la anumite manifestări sportive , culturale ori la alte adunări publice , stabilite de instanță;* obligația presupune interzicerea de afiliere și participare.

d) *Să nu se apropie și să nu comunice cu victima sau cu membri de familie ai acesteia , cu participanții la săvârșirea de infracțiuni ori cu alte persoane stabilite de instanță;* scopul măsurii este acela de a-l împiedica pe minorul delinvent să ia legătura cu persoanele din anturajul său , să amenințe sau să șicaneze victima sau pe membrii de familie ai acesteia.

e) *Să se prezinte la serviciul de probațiune la datele fixate de acesta.* Este o măsură de control necesară pentru stabilirea evoluției persoanei sancționate și pentru evitarea unor costuri suplimentare în sarcina serviciului de probațiune.

f) *Să se supună măsurilor de control ,tratament sau îngrijire medicală.*¹

Prevederile art.124 N.C.P. cu privire la măsura educativă a internării într-un centru educativ, au corespondent parțial în art. 104 , art.106 ,art107 și art. 108 din Codul Penal din 1968.

De asemenea , s-au păstrat integral limitele de vârstă în care minorul poate răspunde penal și anume: minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani nu răspunde penal minorul cu vârsta cuprinsă între 14 ani -16 ani răspunde penal doar dacă se dovedește că a acționat cu discernământ , iar minorul care a împlinit 16 ani, răspunde penal.

În doctrina penală s-a arătat că *prin discernământ se înțelege capacitatea minorului de a-și da seama de acțiunea / inacțiunea sa și de urmările socialmente periculoase ale acesteia cât și de a fi stăpân pe voința sa în raport cu această acțiune*².

Ce este nou?

Noutatea în materia minorității din Noul Cod Penal o reprezintă noile măsuri educative privative și neprivative de libertate.

Pentru a răspunde cât mai bine la această întrebare , sunt enumerate și explicate în continuare măsurile educative din Noul Cod Penal.

Conform art.115 N.C.P. , măsurile educative sunt neprivative de libertate sau privative de libertate.

¹ Noul Cod Penal Comentat-partea generala, pag. 672-673.

² M.Basarab, "Aspecte teoretice și practice privind îmbunătățirea răspunderii penale a minorilor "Studia Universitaria Babes Bolyai Jurisprudentia , XXXVII, 1, 1992 , p.49.

Măsurile educative neprivative de libertate sunt:

- a)stagiul de formare civică;
- b)supravegherea;
- c)consemnarea la sfârșit de săptămână;
- d)asistarea zilnică.

Măsurile educative privative de libertate sunt:

- a)internarea într-un centru educativ;
- b)internarea într-un centru de detenție.

Noile dispoziții penale nu au corespondent în legea anterioară întrucât, după cum am arătat, în actualul Cod Penal măsurile educative ce se pot lua față de un minor sunt: mustarea , libertatea supravegheată, internarea într-un centru de reeducare , internarea într-un institut medical-educativ.

Această enumerare nu este una întâmplătoare ci reprezintă o scara de măsuri din ce in ce mai aspre in conținut ,corespunzătoare gradului de pericol social concret al faptei săvârșite și a gradului de pervertire morală a minorului.

În art.116 , se face mențiunea că , în vederea efectuării evaluării minorului , instanța va solicita serviciului de probațiune întocmirea unui referat(*referat de evaluare*) care va cuprinde și propuneri motivate referitoare la natura și durata programelor de reintegrare sociala pe care minorul ar trebui sa le urmeze precum și la alte obligații ce pot fi impuse acestuia de către instanță .

Măsuri educative neprivative de libertate

Stagiul de formare civică

Conform art.117n.Cp. , “*măsura educativă a stagiului de formare civică constă în obligația minorului de a participa la un program cu o durată de cel mult 4 luni, pentru a-l ajuta să înțeleagă consecințele legale și sociale la care se expune in cazul săvârșirii de infracțiuni și pentru a-l responsabiliza cu privire la comportamentul său viitor.*”

Această măsură este cea mai ușoară dintre măsurile educative neprivative de libertate și se execută sub coordonarea serviciului de probațiune ,care va organiza si asigura participarea și supravegherea minorului pe durata cursului de formare civică ,fără ca programul școlar sau profesional al minorului să fie afectat de participarea sa la astfel de cursuri.¹

Prin intermediul acestui program, se urmărește ca minorul să dobândească mai multă responsabilitate să înțeleagă consecințele negative ale faptei sale și influențarea într-un sens pozitiv a conduitei sale viitoare.

Măsura educativă a stagiului de formare civică se concretizează în programe educaționale care trebuie sa includă prelegeri, dezbateri interactive, întâlniri cu tineri performanți, întâlniri cu foști infractori , care au devenit persoane respectabile, activități aplicative cu scop civic concursuri etc.

Perioada prevăzută de lege pentru executarea acestei măsuri educative este de patru luni.²

Supravegherea

Supravegherea este prevăzută in art.118 și este o măsură educativă care constă “ în controlarea și îndrumarea minorului în cadrul programului său zilnic, pe o durata cuprinsă între 2 și 6 luni, sub coordonarea serviciului de probațiune, pentru a asigura participarea la cursuri școlare sau de

¹ Legea nr.286/2009 privind Noul Cod Penal.

² Noul Cod Penal Comentat –partea generala p.668

formare profesională și prevenirea desfășurării unor activități sau intrarea în legătură cu anumite persoane care ar putea afecta procesul de îndreptare a acestuia” .

Aparent această măsură se aseamănă cu măsura educativă a libertății supravegheate însă în realitate nu are corespondent în legea penala anterioară.

Mai aspră în conținut decât măsura educativă a stagiului de formare civică supravegherea are drept component controlul și îndrumarea minorului în cadrul programului său zilnic supravegherea minorului fiind astfel mult mai atent executată fiind practic o supraveghere continuă a minorului .Supravegherea de către serviciul de probațiune va fi orientată spre verificarea modului de respectare a obligațiilor impuse de către instanța potrivit art.121 NCP.¹

Perioada prevăzută de lege pentru executarea acestei măsuri educative este o durată cuprinsă între două și șase luni.

Consemnarea la sfârșit de săptămână

Această măsură educativă este un element nou în această materie întrucât nu are corespondent în legea penala anterioară.

Consemnarea la sfârșit de săptămână se regăsește în art.118 al noului Cod penal.Această măsură educativă, constă în obligația minorului de a nu părăsi locuința în zilele de sâmbătă și duminică pe o durată cuprinsă între patru și doisprezece săptămâni ,afara de cazul în care în această perioadă are obligația de a participa la anumite programe , ori de a desfășura anumite activități impuse de instanța.

Supravegherea se face de către serviciul de protecție a victimelor și reintegrare socială a infractorilor.²

Asistarea zilnică

Asistarea zilnică este reglementată în art.120 n.C.p. și este ultima măsură educativă neprivativă de libertate ce se poate lua față de minorul infractor.

Această măsură nu are corespondent în legea penală anterioară.

Măsura educativă a asistării zilnice , dispusă pe o durată cuprinsă între 3 și 6 luni, constă în obligația minorului de a respecta un program stabilit de serviciul de probațiune care conține orarul și condițiile de desfășurare a activităților, precum și interdicțiile impuse minorului.

Măsura se deosebește de supraveghere deoarece presupune o implicare activă în programul zilnic al minorului , în vreme ce supravegherea nu presupune decât o monitorizare din exterior a conduitei acestuia.

În cazul în care minorul nu execută măsura educativă în condițiile impuse de instanța se poate dispune fie prelungirea duratei măsurii fara a depasi maximul prevăzut de lege fie înlocuirea măsurii cu o altă măsură mai severă putându-se ajunge în final la o măsură privativă de libertate.³

Măsuri educative privative de libertate

Internarea într-un centru educativ

Prevederile art.124 noul C.pen. au corespondent parțial în art.104, art 106 ,art 107 și art 108, din legea penală anterioară.Internarea într-un centru educativ este prima măsură educativă privativă

¹ Dascal Teodor “Minoritatea în dreptul penal roman –cu referiri la NCP” p.303-304.

² Ilie Pascu , “Raspunderea penala a infractorilor minori in Codul penal in vigoare.Elemente de drept comparat și perspective legislative” PRO LEGE NR.3/2006 ,Parchetul de pe langa Inalta Curte de Casatie si Justitie, Bucuresti 2006

³ Florin Streteanu, Raluca Morosanu “Institutii si infractiuni in NCP”Bucuresti 2010.

de libertate prevăzută de noul Cod penal și se dispune față de minorul care nu poate fi reeducat cu ajutorul vreuneia dintre măsurile educative neprivative de libertate.

Această măsură, constă în internarea minorului într-un centru educativ. Astfel de centre nu există încă, dar vor fi înființate după intrarea în vigoare a noului Cod penal.

Conform legii, aceste centre vor fi instituții specializate în recuperarea minorilor cu programe de pregătire școlară și formare profesională potrivit aptitudinilor acestora, precum și cu programe specializate de reintegrare socială a minorilor delincvenți.

Internarea se dispune pe o perioadă cuprinsă între unu și trei ani. Pe parcursul executării măsurii educative a internării în centrul educativ, minorul va fi supus unui program riguros de activitate, program care va avea ca obiectiv dobândirea educației necesare și a unei pregătiri profesionale conform cu aptitudinile acestuia.

După executarea a cel puțin jumătate din durata internării dacă minorul a dovedit interes constant pentru însușirea cunoștințelor școlare și profesionale făcând progrese evidente în vederea reintegrării sale sociale potrivit art. 124 alin. (4) NCP instanța poate dispune:

- înlocuirea internării cu măsura educativă a asistării zilnice pe o perioadă egală cu durata internării neexecutate dar nu mai mult de 6 luni **dacă persoana internată nu a împlinit vârsta de 18 ani;**

- liberarea din centrul educativ **dacă persoana internată a împlinit vârsta de 18 ani.**

Dacă dispune înlocuirea internării cu măsura educativă a asistării zilnice sau liberarea din centrul educativ până la împlinirea duratei măsurii internării instanța este obligată să impună ca persoana internată să respecte una sau mai multe din obligațiile de supraveghere prevăzute la art. 121 NCP.¹

Internarea într-un centru de detenție

Internarea într-un centru de detenție, măsura prevăzută la art. 125 NCP, “constă în internarea minorului într-o instituție specializată în recuperarea minorilor cu regim de pază și supraveghere unde va urma programe intensive de reintegrare socială precum și programe de pregătire școlară și formare profesională potrivit aptitudinilor sale”.

Internarea se dispune pe o perioadă cuprinsă între 2 și 5 ani, afară de cazul în care pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită, este închisoarea mai mare de 20 de ani sau detențiunea pe viață când internarea se ia pe o perioadă cuprinsă între 5 și 10 ani.

În cazul în care pe durata internării minorul a dovedit interes constant pentru însușirea cunoștințelor școlare și profesionale și a făcut progrese evidente, în vederea reintegrării sociale, după executarea a cel puțin două treimi din durata internării, instanța poate dispune înlocuirea internării într-un centru de detenție, cu măsura educativă a asistării zilnice pe o durată egală cu durata internării neexecutate, dar nu mai mult de un an.

Dacă minorul nu respectă condițiile de executare a măsurii asistării zilnice, sau obligațiile impuse, instanța revine asupra înlocuirii și dispune executarea restului rămas neexecutat din durata măsurii internării într-un centru de detenție.

În cazul săvârșirii unei noi infracțiuni, după înlocuirea măsurii într-un centru de detenție cu măsura asistării zilnice și până la împlinirea duratei internării, instanța revine asupra înlocuirii și dispune executarea restului rămas neexecutat din durata măsurii internării într-un centru de detenție sau prelungește durata acestei internări în condițiile legii².

¹ Teodor Dascal “Minoritatea în dreptul penal roman” p.308

² Ilie Pascu, “Răspunderea penală a infractorilor minori în Codul penal în vigoare. Elemente de drept comparat și perspective legislative” PRO LEGE NR.3/2006, Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, București 2006

Concluzii

Prezenta lucrare oferă o imagine de ansamblu a regimului sancționator al minorilor încă din cele mai vechi timpuri până la actuala și viitoarea reglementare.

Această lucrare conține o prezentare în paralel a conținutului măsurilor educative din actualul Cod Penal și Noul Cod Penal.

Prin acest mod de prezentare, consider că am reușit să punctez aspectele esențiale ale acestor teme și anume *la ce s-a renunțat în Noul Cod Penal , ce s-a preluat integral sau parțial din actualul Cod Penal în Noul Cod Penal și ce este nou.*

Odată punctate și explicate aceste aspecte , consider că, am realizat o mai bună înțelegere a acestui domeniu și totodată am înlăturat eventualele neclarități.

Bineînțeles, această lucrare a putut fi realizată datorită contribuțiilor deja existente în literatura de specialitate și pe care le-am precizat în referințele bibliografice ale acestui proiect.

În cazul unei viitoare activități de cercetare în acest domeniu , consider că este de asemenea interesant de analizat și evoluția delincvenței juvenile în funcție de impactul pe care l-au avut asupra acestora , măsurile educative aferente fiecărei perioade.

Referințe bibliografice

- Ortansa Brezeanu , “Minorul și legea penală” ed. All Beck 1998.
- “Legi vechi românești și izvoarele lor “ ,I.S. Peterschi ,Digestele lui Justinian
- Indreptarea Legii” Ed.Academiei 1952.
- P.Ionescu –Muscal, “Istoria dreptului roman”1931
- G. Longinescu , op.cit.p.256 și urm.S.G.Longinescu, Pravila lui Vasile Lupu și Prosper Farinacius, Buc. 1908
- Legea nr.15/1968,publicată în B.Of.nr.79 din 21 iunie 1968,intrat în vigoare la 1 iunie 1969.
- Legea nr.286/2009 privind Noul Cod penal
- O.Loghin,”Minoritatea în noul Cod Penal” Analele științifice ale Universității Al.I.Cuza, Iasi, 1969
- C.S.J. Secția penală decizia nr.81/1994 p.137.
- Traian Dima “Drept penal –partea generală “ Editia a II-a revizuită și adăugită în baza Legii nr.278/2006 de modificare a Codului penal. Ed. Hamangiu 2007
- “Noul Cod Penal Comentat”-partea generală ed. U.J.
- M.Basarab, “Aspecte teoretice și practice privind îmbunătățirea răspunderii penale a minorilor “Studia Universitaria Babes Bolyai Jurisprudentia , XXXVII, 1, 1992
- Ilie Pascu , “Răspunderea penală a infractorilor minori în Codul penal în vigoare.Elemente de drept comparat și perspective legislative” PRO LEGE NR.3/2006 ,Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, București 2006
- Florin Streteanu, Raluca Morosanu “Instituii și infracțiuni în NCP”București 2010

REEDUCARE PRIN TORTURĂ

Anca Elena ION*

Abstract

Infracțiunea de tortură, introdusă în Codul Penal prin Legea nr. 20/1990, este o infracțiune nou incriminată într-o formă exhaustivă. Infracțiunea a fost prima dată reglementată într-o formă redusă în Codul Penal Carol al II-lea (1937). Adoptarea actului normativ respectiv rezultă din necesitatea ca și în țara noastră drepturile și libertățile fundamentale ale omului să poată fi respectate și garantate.

Statele care au aderat la instrumentele internaționale ce interzic tortura, au în mod absolut obligații pasive de a se abține de la acte de tortură, dar și obligații pozitive de a întreprinde anumite acțiuni, precum ar fi investigarea și pedepsirea eficientă a infractorilor pentru acte de tortură.

Voi prezenta în această lucrare un studiu de caz impresionant care s-a petrecut în timpul regimului comunist, între anii 1949-1951, în Penitenciarul Pitești.

Distrugerea elitelor societății era pe cale de a se înfăptui: intelectualii, diplomații, preoții, militarii, magistrații, polițistii, oamenii politici ai vechiului "regim burghez-moșieresc" erau în închisori, țararii cei mai gospodari erau deportați în coloniile de muncă forțată. Tuturor împreună și fiecăruia în parte li se aplica eticheta de "dușman al poporului". Mai rămăsesera tinerii, o forță socială imprevizibilă și care trebuia să fie anihilată. Pentru ei a fost inventat experimentul de la Pitești, denumit de Securitate "reeducare". Metodele cele mai barbare de tortură psihică au fost aplicate asupra tinerilor deținuți "recalcitranți", cu scopul de a-i face să se umilească reciproc, să se maltrateze (fizic și psihic) reciproc.

Victimele sunt transformate în călăi, deținuții sunt torturați chiar de prietenii lor, de colegii lor de suferință. Scopul: "reeducarea" prin distrugerea fizică și psihică, transformarea tinerilor în atei, în delători ai prietenilor lor.

Cuvinte cheie: *tortura, reeducare, experimentul Pitești, infracțiune contra înfăptuirii justiției, lege ferenda*

1. Introducere

Ce este tortura? Agresiune, violență, rănire, pedeapsa intensă, toți acești termeni au fost folosiți de diversi analiști ai fenomenului. Michel Foucault o numește "arta cantitativă a suferinței". Din perspectiva drepturilor omului, definiția conceptului de tortură presupune patru aspecte: 1. tortura ca alterare a drepturilor omului; 2. tortura ca dezumanizare, cruzime și degradare; 3. profilaxia torturii; 4. recompensă morală a victimei și recuperarea ei psihologică (Forrest). Organizația Națiunilor Unite, în Articolul 1 din "Declarația de apărare împotriva torturii", din 1975, precizează următoarele: "tortura este orice act prin care se provoacă în mod intenționat o durere severă sau o suferință, fie aceasta fizică sau mentală, la instigarea unei autorități oficiale, asupra unei persoane, cu scopul de a obține de la aceasta sau de la o alta fie o informație, fie o mărturisire, de a o pedepsi pentru un act pe care l-a comis ori de a o intimida pe ea ori pe alta persoană.

* Ion Anca Elena, an III, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: ion.anca@ymail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. drd. Mircea Constantin Sinescu (mircea.sinescu@sinescu-nazat.ro).

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

- Evoluția istorică –

De-a lungul timpului, definirea conceptuală a torturii a fost extinsă și a ramas o problemă majoră pentru etică, filosofie și drept. Cu toate acestea, tortura a fost inclusă în mod clar în practicile multor culturi. Romanii, evreii, egiptenii și multe alte culturi din acele vremuri au inclus tortura în sistemele lor de justiție. Romanii aveau rastignirea, evreii aveau lapidarea (lovirea cu pietre) și egiptenii aveau expunerea la soarele arzător din deșert, care ducea în final la moarte. Toate aceste acte de tortură erau considerate necesare, pentru a descuraja fărădelegile și bune, pentru a pedepsi imoralitatea.

În antichitate, grecii și romanii utilizau tortura la interogatorii. Până în al doilea secol după Hristos, tortura a fost folosită numai pe sclavi. Dar după această perioadă a fost extinsă la toți membrii claselor sociale de jos.

În Evul Mediu și în epoca modernă timpurie, instanțele europene utilizau tortura în funcție de fapta săvârșită, de statutul social al autorului. Tortura a fost considerată un mijloc legitim de obținere a unei mărturisiri sau pentru obținerea numelui complicelui sau de alte informații despre o crima. A fost permisă de lege numai dacă existau deja jumatate din dovezile împotriva acuzatului.

Al doilea război mondial, apogeul brutalității. Majoritatea savanților acuză totalitarismul ca fiind de vină pentru reintroducerea torturii în Occident. Într-adevăr, Germania nazistă, Japonia Imperială și Uniunea Sovietică s-au dezis complet de prohibițiile din secolul al XIX-lea. Cele trei regimuri au făcut din tortura prizonierilor o politică oficială, și au ajuns la un nivel de brutalitate absolut șocant pentru contemporani. Unitățile militare torturau cu regularitate pentru a obține informații secrete și ucideau prizonierii, uneori chiar și cu zecile de mii.

Epoca Luminilor abolește tortura, însă în secolele următoare, tortura nu dispare întru totul, continuând să fie practică până târziu, în colonii, dar caracterul său este totuși, întâmplător. Secolul XX recuperează, însă, prin concentrare și varietate, absența torturii în secolele "luminate": masacrul armenilor, Gulagul și Holocaustul sunt pildele cele mai elocvente pentru prima jumătate a secolului. Creșterea importanței politice este, indeneșabil, una dintre cauzele reapariției torturii. În Statele Unite, tortura a fost practică, la început, parțial programată, de polițiștii americani care rîvneau să obțină mărturisirea crimelor sângeroase.

După cel de-al doilea război mondial, tortura este abolită oficial, dar ea reînvie tacit și exploziv în a doua jumătate a secolului: Juntele din America Latina, regimurile dictatoriale din Orient și Africa sau Moscova o practică în mod consecvent.

I. Repere ale conținutului infraționii

- Cadru juridic –

Alinierea României la legislația modernă în această materie este o necesitate clară a integrării țării noastre în structurile politice, economice, juridice și sociale ale Europei, precum și în sistemul mondial de valori.

❖ *Constituția României*

Capitolul II - drepturile și libertățile fundamentale. Dreptul la viață și la integritate fizică și psihică, articolul 22, alin.(2) :

Nimeni nu poate fi supus torturii și nici unui fel de pedeapsă sau de tratament inuman ori degradant.

❖ *Codul Penal al României*

Partea Specială, Cap. 2 – Infraționii care împiedică înfăptuirea justiției, articolul. 267 indice 1

Fapta prin care se provoacă unei persoane, cu intenție, o durere sau suferințe puternice, fizice ori psihice, îndeosebi cu scopul de a obține de la această persoană sau de la o persoană terță informații sau mărturisiri, de a o pedepsi pentru un act pe care aceasta sau o terță persoană l-a comis ori este bănuită că l-a comis, de a o intimida sau de a face presiuni asupra ei ori de a intimida sau a face presiuni asupra unei terțe persoane, sau pentru oricare alt motiv bazat pe o formă de discriminare oricare ar fi ea, atunci când o asemenea durere sau astfel de suferințe sunt aplicate de către un agent al autorității publice sau de orice altă persoană care acționează cu titlu oficial sau la instigarea ori cu consimțământul expres sau tacit al unor asemenea persoane, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani.

Dacă fapta prevăzută la alin. 1 a avut vreuna din urmările arătate în art. 181 sau 182, pedeapsa este închisoarea de la 3 la 10 ani.

Tortura care a avut ca urmare moartea victimei se pedepsește cu detențiune pe viață sau cu închisoare de la 15 la 25 ani.

Tentativa se pedepsește.

Nici o împrejurare excepțională, oricare ar fi ea, fie că este vorba de stare de război sau de amenințări cu războiul, de instabilitate politică internă sau de orice altă stare de excepție, nu poate fi invocată pentru a justifica tortura; de asemenea, nu poate fi invocat nici ordinul superiorului sau al unei autorități publice.

Faptele prevăzute în alin. 1 nu constituie infracțiunea de tortură dacă durere sau suferințele rezultă exclusiv din sancțiuni legale și sunt inerente acestor sancțiuni sau ocazionate de ele.

❖ *Codul de Procedură Penală*

Art.100. Excluderea probelor obținute în mod nelegal , alin. (3):

Probele obținute prin tortura, tratamente inumane sau degradante nu pot fi folosite în cadrul procesului penal.

❖ *Declarația Universală a Drepturilor Omului*

Articolul 5.

Nimeni nu va fi supus la tortură, nici la pedepse sau tratamente crude, inumane sau degradante.

❖ *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice*

Articolul 7, Nimeni nu va fi supus torturii și nici unor pedepse sau tratamente crude, inumane sau degradante. În special, este interzis ca o persoană să fie supusă, fără consimțământul sau, unei experiențe medicale sau științifice.

❖ *Convenția împotriva torturii și altor pedepse ori tratamente cu cruzime, inumane sau degradante*

Partea I.

Articolul 1

În scopul prezentei Convenții, termenul „tortură” desemnează orice act prin care se provoacă unei persoane, cu intenție, o durere sau suferințe puternice, de natură fizică sau psihică, în special cu scopul de a obține, de la această persoană sau de la o persoană terță, informații sau mărturisiri, de a o pedepsi pentru un act pe care aceasta sau o terță persoană l-a comis sau este bănuită că l-a comis, de a o intimida sau de a face presiune asupra unei terțe persoane, sau pentru orice alt motiv bazat pe o formă de discriminare, oricare ar fi ea, atunci când o asemenea durere sau suferință sunt provocate de către un agent al autorității publice sau orice altă persoană care acționează cu titlu oficial, sau la instigarea sau cu consimțământul expres sau tacit al unor asemenea persoane.

Articolul 2

Fiecare stat parte va lua măsuri legislative, administrative, judiciare și alte măsuri eficiente pentru a împiedica comiterea unor acte de tortură pe teritoriul de sub jurisdicția sa.

Nici o împrejurare excepțională, oricare ar fi ea, fie că este vorba de starea de război sau amenințare cu războiul, de instabilitate politică internă sau de orice altă stare de excepție, nu poate fi invocată pentru a justifica tortura.

Articolul 3

Nici un stat parte nu va expulza, respinge și nici extrăda o persoană către un alt stat, când există motive serioase de a crede că acolo aceasta riscă să fie supusă la tortură.

❖ *Convenția pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale*

Articolul 3. Interzicerea torturii.

❖ *Declarația de apărare împotriva torturii*

Tortura este orice act prin care se provoacă în mod intenționat o durere severă sau o suferință, fie aceasta fizică sau mentală, la instigarea unei autorități oficiale, asupra unei persoane, cu scopul de a obține de la aceasta sau de la o alta fie o informație, fie o mărturisire, de a o pedepsi pentru un act pe care l-a comis ori de a o intimida pe ea ori pe alta persoană.

- Analiză -

Infrațiunea de tortură, introdusă în Codul Penal prin Legea nr. 20/1990, este o infracțiune nou incriminată într-o formă exhaustivă. Infrațiunea a fost prima dată reglementată într-o formă redusă în Codul Penal Carol al II-lea (1937). Adoptarea actului normativ respectiv rezultă din necesitatea ca și în țara noastră drepturile și libertățile fundamentale ale omului să poată fi respectate și garantate.

Obiectul infracțiunii

a) Obiectul juridic. Fapta de tortură are de regulă ca obiect juridic special relațiile sociale privitoare la înfăptuirea justiției, aceasta rezultând și din faptul că infracțiunea de tortură este incriminată în cadrul capitolului II, al titlului VI al părții speciale a Codului Penal.

Prin comiterea faptei pe care o analizăm se încalcă și relațiile sociale privitoare la drepturile omului, relații care constituie obiectul juridic secundar.

b) Obiectul material. În situația când activitatea făptuitorului privește direct corpul persoanei, acesta formează obiectul material al faptei.

Subiecții infracțiunii

a) Subiectul activ. În cazul acestei infracțiuni, subiectul activ este în principiu determinat. Autor este agentul autorității publice sau o persoană care acționează cu titlu oficial sau la instigarea ori cu consimțământul expres sau tacit al unei asemenea persoane.

În cazul torturii, făptuitorul poate fi și un funcționar public din sfera puterii executive ori a altei autorități publice. Determinarea subiectului este relativă deoarece textul art. 267 C.pen., prevede că infracțiunea poate fi săvârșită în afară de agenții autorității publice și de o persoană care acționează săvârșind infracțiunea la instigare ori cu consimțământul expres sau tacit al unor asemenea persoane. În această ultimă ipoteză, făptuitorul nu are o calitate oficială. Acesta se comportă ca o unealtă, ca un executor al voinței persoanei oficiale, ca un mandatar al acesteia; ca urmare și în acest caz, autor nu poate fi orice persoană, ci numai aceea căreia i s-a conferit acest mandat expres ori tacit.

b) Subiectul pasiv este pe de o parte, acela supus în mod direct unor suferințe fizice sau psihice deosebite, iar pe de altă parte, subiect pasiv poate fi și o terță persoană.

Latura obiectivă

a) Elementul material. În cazul infracțiunii de tortură, elementul material constă în acțiuni sau inacțiuni variate prin care se cauzează unei persoane durere, suferințe puternice sau chiar moartea.

Dacă cerința legii nu este îndeplinită (durerea sau suferințele provocate persoanei nu au fost puternice), fapta va constitui o altă infracțiune (supunerea la rele tratamente, purtare abuzivă, lovire sau alte violențe, etc). nu interesează dacă durerea sau suferințele provocate persoanei sunt fizice sau psihice. De asemenea nu interesează metodele sau mijloacele prin care acestea au fost provocate.

Textul folosind termenul « faptă », înseamnă că vor fi sancționate toate formele în care se poate comite tortura.

Pentru existența infracțiunii, mai este necesar ca fapta să fie comisă pentru obținerea unor informații sau mărturisiri, ori pentru a pedepsi, sau pentru a intimida ori a face presiuni asupra persoanei torturate sau a unei terțe persoane ori ca fapta să fie comisă pe un motiv de discriminare oricare ar fi el.

De asemenea, se mai cere ca violențele fizice sau psihice să fie comise în exercițiul autorității publice sau cel puțin cu acordul acestei autorități.

Infracțiunea de tortura subzistă chiar dacă scopul urmărit prin comiterea faptei a fost sau nu realizat.

De asemenea, dacă se obțin informații sau mărturisiri nu interesează dacă acestea corespund sau nu adevărului.

b) Urmarea imediată constă în provocarea unei suferințe fizice sau psihice care, în raport cu prevederile legale este ilicită, în vederea determinării subiectului pasiv spre o anumită comportare, cerându-se deci, producerea unui anumit rezultat.

c) Raportul de cauzalitate. Între activitatea infracțională desfășurată de făptuitor și urmarea imediată este necesar să existe o legătură de cauzalitate, suferințele produse victimei fiind consecința acțiunii incriminate.

Latura subiectivă

Forma de vinovație în cazul acestei infracțiuni este intenție directă sau indirectă. Autorul trebuie să aibă reprezentarea că folosește mijloace susceptibile să provoace suferințe deosebite fizice sau psihice și urmărește producerea lor sau acceptă posibilitatea producerii lor. În raport cu modalitățile agravate, trebuie ca urmările suplimentare produse să se datoreze culpei făptuitorului. Forma de vinovație este deci în aceste situații praeterintentiona.

După unele opinii, în cazul infracțiunii de tortură, forma de vinovație este numai intenția directă, motivându-se că latura subiectivă include în afara intenției și un scop sau motiv special.

În conformitate cu art.267 alin.5 C.pen., nici o împrejurare excepțională, oricare ar fi ea, fie că este vorba de stare de război sau de amenințări cu războiul, de instabilitate politică internă sau de orice altă stare de excepție, nu poate fi invocată pentru a justifica tortura ; de asemenea nu poate fi invocat nici ordinul superiorului sau al unei autorități publice. Prin prevederile legale redată s-a urmărit să se limiteze cazurile de înlăturare a vinovației persoanei care ar săvârși acte de tortură.

Forme

Consumarea are loc în momentul comiterii faptei prin care se provoacă persoanei o durere sau suferințe puternice, în vreunul din scopurile sau din motivele prevăzute în text. De astfel, în acest moment se creează și starea de pericol pentru înfăptuirea justiției, precum și încălcarea drepturilor omului.

Sanctiuni

Infrațiunea de tortură în forma sa tipică se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani.

În caz că s-a produs o vătămare corporală(art.181) sau o vătămare corporală gravă(art.182) pedeapsa este închisoarea de la 3 la 10 ani, iar tortura care a avut ca urmare moartea victimei se pedepsește cu detențiune pe viață sau cu închisoare de la 15 la 25 de ani.

Potrivit art.267 alin.ultim C.pen., faptele prevazute in alin.1 nu constituie infrațiunea de tortură dacă durerea sau suferințele rezultă exclusiv din sancțiuni legale și sunt inerente acestor sancțiuni sau ocazionate de ele.

Aspecte procesuale

Acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu.

II. Studiu de caz. Experimentul Pitești

- Context -

Numărul deținuților politici este estimat ca fiind între 500.000 (limita minima) și 2.000.000 (limita maximă). În timpul regimului Ceaușescu numărul deținuților politici a fost doar de ordinul sutelor sau miilor, aceștia fiind camuflați intenționat în infractori de drept comun sau internați în spitale psihiatrice unde erau tratați cu socuri electrice și cu narcotice.

În România au existat peste 230 de locuri de detenție politică, cifră în care se includ spațiile de anchetă, de triaj, de încarcerare propriu-zisă (penitenciarele), ca și lagărele de muncă forțată și de deportare. Dacă adăugăm sediile de Securitate în care deținuții erau aduși după arestare și supuși interogatoriilor, cifra crește cu peste 100. Azilele psihiatrice cu caracter politic unde celor arestați li se aplicau tratamente de "reeducare" erau cel puțin 15. Numărul locurilor de execuție, al locurilor unde s-au desfășurat lupte între partizani și Securitate și al gropilor comune descoperite în ultimii ani trece de 90.

Regimul penitenciar al deținuților politici a fost un regim programat de exterminare lentă, în primul rând prin înfometare, prin frig, prin diferite forme de tortură, prin lipsa aproape totală a asistenței sanitare, a igienei s.a.m.d.. Înainte de a ajunge în penitenciare, în cadrul anchetelor de la Securitate, deținuții politici erau de regula torturați prin metode de o cruzime extremă. Nu puțini au decedat în timpul anchetei. În penitenciare, torturile continuau și sub alte forme. Deținuții considerați recalcitranți erau izolați în obscuritate totală, înlanțuiți de un inel din centrul celulei. Uneori erau ținuti cu picioarele pe un grătar aflat într-o pânda de apă. Deținutul era încarcerat dezbrăcat și desculț. Rația de hrană era redusă la jumătate. În întuneric, în frig, înfometat, uneori și legat, era obligat să stea în picioare toată ziua și toată noaptea.

"Ceea ce n-a ajuns însă - și încă - la cunoștința tuturor este că în Arhipeleagul românesc a existat o insulă a ororii absolute, cum alta n-a mai fost în întreaga geografie penitenciară comunistă: închisoarea de la Pitești." - Virgil Ierunca, Fenomenul Pitești. Alexandr Soljenitîn - laureat al Premiului Nobel pentru Literatură în 1970 - considera că experimentul de la Pitești este "cea mai teribilă barbarie a lumii contemporane". Istoricul François Furet, membru al Academiei Franceze, considera Fenomenul Pitești ca "una dintre cele mai cumplite experiențe de deumanizare pe care le-a cunoscut epoca noastră".

În anii 1949-1951, distrugerea elitelor societății era pe cale de a se îndeplini: intelectualii, diplomații, preoții, militarii, magistrații, poliștii, oamenii politici ai vechiului "regim burghez-moșieresc" erau în închisori, țărani și cei mai gospodari erau deportați în coloniile de muncă forțată. Tuturor împreună și fiecare în parte li se aplică eticheta de "dușman al poporului". Mai rămăseseră tinerii, o forță socială imprevizibilă și care trebuia să fie anihilată. Pentru ei a fost inventat experimentul de la Pitești, denumit de Securitate "reeducare". Metodele cele mai barbare de tortură psihică au fost aplicate asupra tinerilor deținuți "recalcitranți", cu scopul de a-i face să se umilească reciproc, să se maltrateze (fizic și psihic) reciproc. Victimele sunt transformate în călăi, deținuții sunt torturați chiar de prietenii lor, de colegii lor de suferință. Scopul: "reeducarea" prin distrugerea fizică și psihică, transformarea tinerilor în atei, în delători ai prietenilor lor.

Procesul reeducării de la Pitești avea patru faze:

1. „**Demascarea externă**” unde deținutul trebuia să-și arate credința și loialitatea față de partid, ideologia comunistă și față de Organizația Deținuților cu Convingeri Comuniste (O.D.C.C.). Deținutul trebuia să mărturisească orice informație care putea ajuta la anchetă și să denunțe orice persoană care intrase în contact cu cel anchetat, din considerente politice sau sociale. Declarațiile erau făcute întâi verbal, în plină tortură, urmând a fi verificate de cineva din Comitetul de Reeducare, apoi notate în scris, semnate cu forța de către cel anchetat și trimise la Interne.

2. „**Demascarea internă**” presupunea denunțarea oricărui coleg de celulă sau din penitenciar, ce dăduse ajutor altui deținut, fie prin sprijin moral ori material, sau care făcuse afirmații defăimătoare la adresa regimului comunist, penitenciarului ori la adresa lui Țurcanu sau altor torționari. Această fază a procesului reeducării urmărea anihilarea morală a deținutului și distrugerea personalității și caracterului acestuia.

3. „**Demascarea publică**” făcea referire la faptul că deținutul trebuia să renunțe la orice pasiuni și dorințe, precum și la orice ideal propriu, începând cu familia, rudele, prietenii și terminând cu credința în Dumnezeu.

4. În ultima fază, deținutul este silit să conducă procesul de reeducare al celui mai bun prieten al său, devenind torționarul acestuia.

Tortura nu consta numai în forța fizică, ci era în primul rând o tortură psihică ce făcea deținutul să cedeze psihic și să asculte necondiționat de torționarii săi, măcar pentru o clipă de liniște. După oprirea experimentului, se va organiza un așa-zis proces ce avea ca scop unic găsirea vinovaților pentru aceste evenimente fără precedent în istoria României. Comuniștii vor da vina pe legionari, prin persoana lui Horia Sima. Ei vor susține că acesta a dat ordin unor legionari ce se aflau în penitenciarul de la Pitești, să recurgă la un regim de teroare față de toți prizonierii, inclusiv față de camarazii lor gardiști. Cel mai bun exemplu era oferit prin persoana fostului legionar Eugen Țurcanu, care va ajunge gardian în penitenciar și va aborda un comportament brutal față de prizonieri.

Exemple de torturi psihice: a). În noaptea Pastelui, deținuții care refuzau să-și facă "autodemascarea" totală (să spună tot ce se presupunea că n-au declarat în timpul anchetelor la Securitate) sunt împartasiți cu materii fecale; b). Cei banuiți că încă ascund informații despre participanți la acțiuni anticomuniste, sunt bagați de torționari cu capul în tinete cu urină; c). Deținuții sunt forțați să scuipe în gura pe seful lor de luptă anticomunistă, pentru a-l face să se răzbune, "demascându-i"; d). În ziua de Crăciun, un deținut este forțat să se așeze pe tinetă pentru a simboliza nașterea lui Isus; ceilalți deținuți politici sunt forțați să stea în genunchi și să se închine.

"Imaginația delirantă a lui Țurcanu (N.R.: șeful torționarilor) se dezlănțuia mai ales atunci când avea de-a face cu studenți care credeau în Dumnezeu și se straduiau să nu se renege. Astfel, unii erau "botezați" în fiecare dimineață: scufundați cu capul în hârdauul cu urină și materii fecale, în timp ce ceilalți în jur psalmodiau formula botezului. Acesta dura până ce conținutul făcea bulbuci. Când deținutul recalcitrant era pe punctul de a se îneca, era scos, i se dădea un scurt răgaz să respire, apoi era scufundat din nou. Unul dintre acești "botezați" căruia i se aplicase sistematic tortura, ajunsese la un automatism care l-a ținut vreo două luni de zile: mergea în fiecare dimineață și-și băga singur capul în hârdau, spre hazul reeducatorilor." - Virgil Ierunca, Fenomenul Pitești.

În final, majoritatea celor "reeducați" ajungeau să recunoască faptul că merită orice înjosire și că nu se pot reabilita decât parțial, devenind ei înșiși torționarii noilor veniți. La cea mai mică ezitare, erau din nou supuși torturilor.

Această operație diabolică de depersonalizare și de asasinat moral s-a desfășurat cu începere din decembrie 1949 în penitenciarul Pitești, continuând apoi, cu o putere mai scăzută, în penitenciarele Gherla și Târgu Ocna. Experimentul de la Pitești este considerat un unicat în panoplia mijloacelor de distrugere în masa a personalității umane.

Corneliu Coposu: "Am trecut prin 17 pușcării. Am intrat în închisoare având 112 kg și am ieșit cântărind 51 kg. Frigul era permanent. Temperatura aproape nemodificată și vara și iarna, din

cauza grosimii zidurilor. Mâncarea era și ea de exterminare, cu aproximativ 400-500 de calorii pe zi: o turtă făcută dintr-un amestec de făină de mălai cu făină de semințe de mătura. Am fost batut cu saci de nisip, cu cearceaf ud în baie, am fost pus să fac manej", bine, nu mai vorbesc de suspendările pe o rudă de fier pentru a fi batut la tâlpi. La ieșirea din închisoare uitasem să vorbesc. Bineînțeles că fiecare deținut, fiind singur, era exclusă orice conversație și legăturile cu ceilalți ocupanți ai celulelor s-au făcut multă vreme prin Morse bătut în zid, până când sistemul a fost descoperit și sancționat foarte sever. După aceea, comunicările se faceau prin tuse Morse, care era extrem de obositoare, epuizantă, mai ales în halul de slăbiciune în care ne găseam toți deținuții de acolo. Încrederea în supraviețuirea din holocaustul comunist a fost temelia rezistenței."

Emil Sebeșan: "Dacă ne bătea un prieten eram mai fericiți. De ce? Fiindcă aveam această convingere că așa nu dă cu ură. și parcă simțeam acest lucru în momentul contactului cu băta sau cu cureaua sau cu orice. Parcă simțeam că-n ultimul moment era o reținere."

Ghe. Gheorghiu: "Intr-o zi, în capătul unde ședeau șefii ăia acolo era un borcan. Am luat borcanul, l-am spart fără zgomot - nu-mi aduc aminte cum, și mi-am tăiat mâinile și-am stat întins așa. Ghinionul meu că au terminat ăialaltii mai devreme sau norocul meu. Adică că nu mi-a curs sânge prea mult... și m-am zgâriat, și mai m-am zgâriat pe-aici, și pe-aici, cum am putut, să zic "să fie mai cu folos...". Au trecut vreo câteva ceasuri și-a venit Țurcanu: "Ia ieși banditul. Ce mă, tu faci teatru aicea? Crezi ca mă impresionezi?Bă, nu mori când vrei tu! Mori numai când vrem noi și mori numai după ce spui tot!"

Dan Lucinescu: "Un student la Medicină, foarte drăguț, un tip deosebit, a fost supus unor lovituri puternice pentru că a fost un tip foarte refractar. Avea umor și nu ierta niciodată în cadrul umorului. Și când și-au dat seama că așa nu e "reeducabil" și va rămâne același "înrațit"..., ...eram lângă el, el era în dreapta mea, eu eram în stânga pe prici; Pintilie se numea studentul la Medicină; și-au venit cu două gamele, întâi i-au dat lui Pintilie care s-a oprit într-un moment foarte conștient, a pus gamela la gură și-a bătut-o toată. După două ore a-nceput să se umfle, a început să facă niște edemuri cerebrale, s-a ridicat în picioare în mijlocul sălii și-a-nceput să peroreze în franceză, după care a căzut fără să se mai scoale"

A murit acolo în cameră?

"Acolo în cameră a murit. "

Bătăile și torturile de neimaginat, distrugerea psihică duse la extrem până la dezumanizare au fost cuvântul de ordine în Penitenciarul Pitești. Dar poate cel mai abominabil aspect al metodei folosite aici a fost transformarea victimelor în călăi. Numărul celor care au suferit de pe urma celor petrecute la Pitești este de aproape 5000 de persoane, acesta fiind considerat unul din cele mai ample programe de spalare a creierului prin tortură.

După Decretul de amnistie din anul 1964, închisoarea Pitești a continuat să funcționeze ca închisoare de drept comun dar și pentru opozații regimului, care erau aduși aici sub pretextul unor condamnări pentru infracțiuni de drept comun. În anul 1977, în urma presiunilor făcute din Occident, închisoarea Pitești a fost definitiv închisă, în sediul ei fiind mutat Trustul de Construcții Industriale Pitești. La începutul anilor 1980, pe circa o treime din suprafața curții penitenciarului au fost construite blocuri de locuințe. O parte a zidului care înconjură penitenciarul Pitești mai există și astăzi, pe latura de NV a închisorii. Actualmente, clădirile și terenul fostei închisori aparțin unei firme din Pitești, fiind deja construite 3-4 blocuri și existând o mare porțiune excavată, probabil pentru construcția altor imobile.

- Incidenta textului legal -

Fenomenul de la Pitești este un exemplu clar de tortură care cade sub incidența textului de lege de la articolul 267 din Codul Penal prin suferințele fizice și psihice ale prizonierilor din Penitenciarul Pitești provocate de paznicii închisorii cu scopul de a obține informații sau mărturisiri de la aceștia, de a-i intimida, pedepsi și discrimina. Astfel fiind o infracțiune care împiedică îndeplinirea justiției.

III. Repere de drept comparat.

Franța

Franta are o legislatie vastă, dezvoltată de-a lungul anilor plini de istorie in domeniul torturii. În continuare vom analiza cum este incriminată infracțiunea de tortură în Codul Penal Francez.

Codul Penal Francez , Punctul 1: tortura și actele de barbarie

Articolul 222-1

Supunerea unei persoane la tortură sau barbarie se pedepsește cu închisoare de cincisprezece ani.

Articolul 222-2

Infracțiunea este definită în conformitate cu articolul 222-1, se pedepsește cu închisoare pe viață atunci când precede, însoțește sau urmează o altă infracțiune decât crimă sau viol.

Articolul 222-3

(Legea nr 96-647 din 22 iulie 1996 art. 13 Jurnalul Oficial din 23 iulie 1996)

(Legea nr 99-505 din 18 iunie 1999 art. 14 Jurnalul Oficial din 19 iunie 1999)

Infracțiunea definită în articolul 222-1, se pedepsește cu închisoare de douăzeci de ani dacă sunt comise:

1. împotriva unui minor sub cincisprezece ani;
2. față de o anumită persoană a cărei vulnerabilitate, din cauza vârstei, bolii, infirmității, unui handicap fizic sau mental sau a sarcinii, este aparentă sau cunoscută pentru făptuitor;
- 3 asupra unui ascendent natural sau legitim ori mamei respectiv tatalui adoptator;
4. Asupra unui magistrat, jurat, avocat, funcționar public sau funcționar, un membru al poliției, un oficial al poliției naționale, vamă, administrația închisorii, un agent al unui operator de rețea de transport public de călători sau orice altă persoană care deține autoritate publică sau detine o misiune de serviciu public, în timpul sau în legătură cu exercitarea funcțiilor sale sau de misiune, atunci când statutul de victimă este aparentă sau cunoscută pentru a făptuitorului;
5. împotriva unui partid martor, victimă sau civile, fie să-l împiedice de la denunțând acțiunea, depunerea unei plângeri sau să depună mărturie în instanță, fie din cauza lui denunțare, plângerea sau o declarație;
6. pentru soțul sau partenerul victimei;
7. de către o persoană care deține autoritate publică sau are o misiune de serviciu public în cursul sau în legătură cu exercitarea funcțiilor sau ale misiunii;
8. de către mai multe persoane care acționează în calitate de autori sau complici;
- 9 . cu premeditare;
- 10 . cu utilizarea sau amenințarea cu o armă

Infracțiunea definită în articolul 222-1 se pedepseste cu închisoare de douăzeci de ani atunci când sunt însoțite de agresiune sexuală, alta decât violul.

Pedeapsa este închisoare de trezeci de ani în cazul în care infracțiunea este comisă împotriva unui minor sub cincisprezece ani de către un ascendent legitim, natural sau adoptiv sau de către orice altă persoană care are autoritate asupra minorului.

Articolul 222-5

Infracțiunea definită în articolul 222-1, se pedepsește cu închisoare de trezeci de ani în cazul în care a avut consecință o mutilare sau infirmitate permanentă.

Articolul 222-6

Infracțiunea definita in articolul 222-1 se pedepsește cu închisoare pe viață, atunci când s-a cauzat moartea victimei.

In *articolul 222-6-1*, introdus prin Legea nr.2001-504 din 12 iunie 2001, persoanele juridice pot fi trase la raspundere penală pentru această infracțiune. Acest articol reprezintă o deosebire față de legislația noastră privind tortura din perspectiva subiectului activ, care nu poate fi decât o persoană fizică.

Bahrain

Tortura era o practică de rutină în Bahrain între anii 1975 și 1999, în perioada în care Legea Securității Statului din 1974 era în vigoare. În 1999, șeicul Hamad bin Isa Al Khalifa a aderat la tron și a declarat eră de reconciliere națională.

Legea Securității Statului a fost abrogată în 2001, dar în ciuda eforturilor de a promova respectul pentru statul de drept, au existat acuzații continue de tortură și rele tratamente, împotriva activiștilor din opoziție și a apărătorilor drepturilor omului, în special. Acestea au crescut începând cu luna aprilie 2011, astfel cum autoritățile au încercat să aducă protestele pro-democrație de reformă sub control.

Amnesty International și Human Rights Watch au cerut o anchetă urgentă și independentă, cu privire la acuzațiile de tortură, deoarece la sfârșitul anului 2007 multe organizații naționale și internaționale în domeniul drepturilor omului, în special, Centrul pentru Drepturile Omului din Bahrain, au fost activi în raportarea acuzațiilor de tortură din timpul perioadei de presiune care a avut ca urmare arestări în masă în aprilie 2011.

“Amnesty Decretul”, Decretul 56 din 2002

Obligația statului de a oferi o cale de atac eficientă și necesitatea pentru supraviețuitorii torturii de a primi despăgubiri și alte forme de despăgubire a fost subliniat de către Grupul Organizației Națiunilor Unite de lucru privind detenția arbitrară. Punctele de vedere ale societății civile au subliniat, de asemenea, necesitatea de a fi eficiente căile de atac aplicabile pentru tortură.

După ce Emir Sheikh Hamad Bin Isa Al-Khalifa i-a succedat tatălui său, Sheikh Isa Al Khalifa Bin Sulman în 1999, folosirea torturii părea să scadă dramatic. Doar incidente izolate au fost raportate, iar apoi condițiile de detenție au fost îmbunătățite. Acest lucru a fost atribuit introducerii unor reforme cruciale. În octombrie 2001, Grupul de lucru privind detenția arbitrară a vizitat Bahrain pentru prima dată. Deși a confirmat deciziile și avizele condamnatorii făcute în prealabil în legătură cu Legea privind securitatea statului, cu investigații suplimentare, acesta a felicitat Bahrain pe "scara decisivă și domeniul de aplicare a reformelor care au fost întreprinse și actele însoțitoare de clemență", ca urmare a abrogării Legii privind securitatea statului și eliberarea prizonierilor politici.

Este de remarcat faptul că nu toate instrumentele aflate în prezent în vigoare sunt eronate, problema constă mai degrabă în aplicarea lor în practică. O mare parte depindea de voința autorităților să continue procesul de reformă și să se asigure că măsurile de protecție existente au fost efectiv puse în aplicare în practică.

Turcia

Constituția din 1982 conține interzicerea torturii în ultimele două teze din primul paragraf al articolului 17: "Nimeni nu va fi supus torturii sau relelor tratamente; nimeni nu va fi supus la pedepse sau tratamente incompatibile cu demnitatea umană." Prevederi similare au fost incluse în Constituțiile anterioare. În Constituția din 1876 a fost articolul 26, în Constituția din 1924 a fost articolul 73, precum și în Constituția din 1961 a fost articolul 13 alineatele 3 și 4.

Tortura a fost interzisă în Turcia, chiar înainte ca Republica Turcă să fie fondată.

Articolul 15 din Convenția ONU împotriva torturii și altor tratamente crude, inumane sau degradante, ratificat de Turcia în luna aprilie 1988, interzice utilizarea ca probă a declarațiilor obținute prin tortură. În plus, articolul 90 din Constituția Turciei din 1982 prevede că dispozițiile internaționale odată ratificate sunt obligatorii în dreptul național. Având în vedere interdicția privind "dovezi tortură", Amnesty International rămâne consternat de atitudinea la scară largă a judecătorilor, în special a instanțelor penale supreme; judecătorii esuează în mod constant în luarea de măsuri pentru a iniția o investigație în plângerile de tortură sau de a încerca să evalueze admisibilitatea probelor obținute în mod ilegal.

3. Concluzii

Pentru oamenii de rând tortura este o brutalitate. Pentru unii politicieni, precum în cazul Americii, tortura este doar un rău necesar fără de care statul nu ar putea supraviețui. În orice caz, putem spune că folosirea torturii și astăzi este o dovadă clară că acel stadiu avansat de civilizație în care ne place să credem că ne aflăm este încă foarte departe.

Așa cum reiese din clasificările alcătuite de diverși cercetători și așa cum o demonstrează mărturiile documentare sau orale, tortionarul e un om obișnuit sau, în cuvintele unei foste victime, "tortionarii merg printre noi". Tot ceea ce are nevoie tortionarul, înăscut sau gata să-și asume acest statut, pentru a arăta de ce este în stare, rezidă într-un context social-politic favorabil și, uneori, nici măcar de atât. În acest sens, J. Conroy a publicat în anul 2000 lucrarea intitulată sugestiv "Unspeakable acts, ordinary people", în care analizează fenomenul torturii în trei areale "atipice": Israel, Belfast și Chicago. Evenimentele recente demonstrează din plin concluziile autorului, iar fapte precum cele petrecute în Blocul Delta din închisoarea Guantanamo, în închisoarea din Kabul sau în închisorile din China sunt de natură a sublinia că tortura și tortionarul sunt departe de a dispărea.

Nu ne rămâne decât să ne exprimăm încrederea că sistemele democratice vor fi capabile să-și autogenereze forme adecvate de protecție în fața asaltului tot mai fățiș al violenței nelimitate, camuflată sub sloganuri ideologice dintre cele mai generoase.

- Propunere de lege ferenda -

În opinia mea, la infracțiunea de tortură, subiectul activ, tortionarul, ar trebui să poată fi orice persoană având capacitate penală. Un argument la această idee este acela că unei persoane i se pot provoca suferințe fizice sau psihice cu scopul de a obține de la aceasta informații sau mărturisiri, de a o pedepsi, intimida sau discrimina și de către o persoană care nu este agent al autorității publice sau orice altă persoană care acționează cu titlu oficial sau la instigarea ori cu consimțământul expres sau tacit al unor asemenea persoane, cum ar fi un particular. O persoană cu un interes personal care nu privește statul sau săvârșirea vreunei infracțiuni, ci poate doar o gelozie de-a sa sau un plan de afaceri.

Astfel, consider că infracțiunea de tortură ar trebui încadrată ca infracțiune contra vieții, integrității corporale și sănătății împreună cu infracțiunile de omor, loviri, vătămări și nu ca infracțiune care împiedică înfăptuirea justiției.

Referințe bibliografice

- Codul Penal al României
- Codul de Procedură Penală română
- Codul Penal francez
- Declarația Universală a Drepturilor Omului
- Pactul Internațional cu privire la drepturile civile și politice
- Convenția împotriva torturii și altor pedepse ori tratamente cu cruzime, inumane sau degradante
- Convenția pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale
- Revista "Dreptul" – an X, seria a III-a, nr.9/1999, OVIDIU PREDESCU – "Curtea Europeană a Drepturilor Omului și implicațiile ei asupra dreptului penal român"
- Revista "Dreptul" – an X, seria a III-a, nr.4/1999, OVIDIU PREDESCU – "Despre infracțiunea de tortură"
- Todorov Tvetan, *Confruntarea cu extrema. Victime și tortionari în secolul XX* (1996, Editura Humanitas)
- Andreica Gheorghe, *Reeducările comuniste. Volumul I: Eugen Țurcanu, rușinea speciei umane*, (Constanța, 2007, Editura Ex Ponto)

- Cesereanu Ruxandra, *Panopticum. Tortura politică in sec. XX* (2001, Institutul European)
- Cesereanu Ruxandra, *Comunism si represiune în România. Istoria tematica a unui fratricid national* (Iasi, 2006, Editura Polirom)
- www.experimentulpitesti.org
- www.e-antropolog.ro
- www.history.ro
- www.corneliucoposu.ro

GENOCIDUL - O AMENINȚARE LA ADRESA COMUNITĂȚII INTERNAȚIONALE

Andrei-Marian COVALIU*

Abstract

Unfortunately, all stages of human development and almost all parts of the world have known the crime of genocide at one moment or another. Jean-Paul Sartre once said that "genocide is as old as humanity".

According to a United Nations Resolution, "genocide represents the denial of the right of existence of an entire human group, while homicide represents the denial of the right to live of individual human beings". In "Prosecutor v. Kambanda", the International Criminal Tribunal for Rwanda has characterized genocide as the "crime of crimes". In Krstic Appeal, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia concluded that genocide is "one of the worst crimes known to humankind and its gravity is reflected in the stringent requirements of specific intent" (dolus specialis). Therefore, genocide is considered to be the most serious international crime and a threat to the international community.

This study is principally concerned with the definition of genocide set forth in the Genocide Convention. Definition which was adopted verbatim in the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, in the International Criminal Tribunal for Rwanda and in the Rome Statute. This study is divided into two parts. In the first part I will talk about the historical developments of the crime of genocide and in the second part I will analyze the crime of genocide and will present jurisprudence for every element.

Cuvinte cheie: *Convenția pentru Prevenirea Torturii, Tribunalul Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie, Tribunalul Penal Internațional pentru Rwanda, Curtea Penală Internațională, reglementare universală, drept penal internațional.*

I. Introducere:

Holocaustul reprezintă o pată neagră în istoria omenirii, un eveniment pe care comunitatea internațională încearcă să-l împiedice să se repete în viitor. După Holocaust, comunitatea internațională s-a angajat în a împiedica, cu orice preț, comiterea unor asemenea atrocități.¹ Și totuși, în cei 68 de ani care au trecut de la Holocaust, întreaga lume a fost martoră la numeroase alte atrocități. Un exemplu demn de a fi menționat fiind genocidul din Rwanda (1994), unde în doar 2-3 luni aproximativ un milion de oameni au fost omorâți.

Lucrarea de față își propune să prezinte genocidul în reglementarea internațională și să prezinte motivele pentru care această crimă prezintă un pericol deosebit pentru întreaga comunitate internațională. Sunt de părere că o înțelegere mai bună a crimei de genocid este cheia prevenirii și combaterii genocidului. Neîmpiedicarea săvârșirii genocidului are consecințe nefaste pentru întreaga comunitate internațională.

În prima parte a lucrării, voi începe prin a prezenta o evoluție a reglementării genocidului în dreptul internațional și dreptul internațional penal, menționând principalele instrumente care

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: andrei.covaliu@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. Univ. Drd. Jipa Cristina Alexandra (alexandrajipa@gmail.com).

¹ Jeremy Sarkin și Carly Fowler, "The Responsibility to protect and the duty to prevent genocide: Lessons to be learned from the role of the international community and the media during the rwandan genocide and the conflict in the former Yugoslavia" Vol.33:1, Suffolk Transnational Law Review, p. 1;

reglementează / sancționează comiterea genocidului. De asemenea, în finalul primei părți voi vorbi de "Responsabilitatea de a Proteja" (R2P) și de obligația statelor de a-și proteja cetățenii împotriva a patru crime internaționale, printre care se regăsește și genocidul. În a doua parte a lucrării, voi analiza definiția dată genocidului în Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Crimei de Genocid. Definiția ce a fost preluată și în Statutul Tribunalului Penal Internațional și în Statutul Curții Penale Internaționale. Pentru a înțelege pericolul social pe care îl prezintă această crimă, voi delimita genocidul de crima împotriva umanității. De asemenea, argumentele pe care le voi prezenta vor fi susținute atât cu doctrină cât și cu jurisprudență, acestea fiind izvoare principale ale dreptului internațional.

II. Evoluția genocidului în contextul internațional:

Genocidul este una dintre cele mai grave crime împotriva păcii și omenirii. Deși genocidul a exista încă din cele mai vechi timpuri, legea care reglementează și pedepsește această crimă a apărut abia în sec XX. Genocidul prezintă un pericol social mai mare datorită intenției calificate (*dolus specialis*) cu care se săvârșește – intenția de a distruge în întregime sau în parte un grup. Această intenție calificată reprezintă diferența esențială dintre crima de genocid și crima împotriva umanității. William A. Schabas a descris genocidul ca fiind „cea mai mare amenințare la adresa existenței grupurilor”¹, iar în jurisprudența Tribunalului Penal Internațional pentru Rwanda, genocidul a fost descris ca fiind „*crima crimelor*”. În cazul genocidului din Rwanda (1994), în decursul a aproximativ 100 de zile (aprilie-iunie), aproape un milion de oameni au fost omorâți.²

În preambulul Convenției pentru Prevenirea și Pedepsirea Crimelor de Genocid, se afirmă că genocidul a fost prezent în toate perioadele istorice de dezvoltare ale omului. De asemenea, în prezent, cu greu găsești un loc pe glob care nu a fost martor, la un moment dat, la efectele nefaste ale genocidului.

Termenul de „genocid” a fost utilizat pentru prima dată de către Raphael Lemkin. Acesta a ajuns la această denumire prin alăturarea a două cuvinte, „*genos*” ce înseamnă "rasă, națiune, trib" și cuvântul „*caedere*” ce înseamnă "omor". Până la acest moment nu exista un termen clar care să definească crima de genocid, de altfel Winston Churchill neștiind cum să numească atrocitățile comise de către naziști a declarat că „*suntem în prezența unei crime fără nume*”.³ Termenul de genocid a dobândit conotație juridică abia în anul 1944, când Raphael Lemkin, în cartea sa, intitulată „*Axa guvernează în Europa ocupată*”, referitoare la crimele naziste, a atras atenția că sistemul convențional existent la acel moment pentru protejarea minorităților naționale avea lipsuri importante. Un minus important a fost acela că nu erau pedepsite crimele împotriva grupurilor.⁴

În ziua de astăzi, se poate pune egal între „Holocaust” și „genocid”. Responsabilii pentru Holocaust au fost judecați de către Tribunalul Militar Internațional (TMI) de la Nuremberg pentru: (a) crime împotriva păcii, (b) crime de război și (c) crime împotriva umanității. Deși procurorii TMI de la Nuremberg au încercat să îi acuze de genocid, în final inculpații au fost găsiți vinovați, inter alia, de crime împotriva umanității. În timpul procesului, David Maxwell-Fyfe⁵ i-a reamintit unuia dintre inculpați că a fost acuzat pe genocid, adică pentru exterminarea grupurilor rasiale și naționale.⁶

¹ William A. Schabas, „*Genocide in International Law – The Crime of Crimes*”, Editia a II a, (New York: Cambridge University Press, 2009), p. 43;

² „*Marking 10 years since Rwanda genocide, UN officials voice regret and resolve*”

<http://www.un.org/apps/news/storyAr.asp?NewsID=10344&Cr=rwanda&Cr1>

³ „*Discursul Prim-Ministrului Winston Churchill*”, 24 August 1941, para. 13 “We are in the presence of a crime without a name”, Accesat pe 22 Martie 2013, <http://www.ibiblio.org/pha/timeline/410824awp.html>

⁴ Beatrice Onica-Jarka, „*Jurisdicția Internațională Penală*”, Ediția a II a (București: CH Beck, 2008), p. 48;

⁵ David Maxwell-Fyfe a fost unul dintre procurorii TMI de la Nuremberg;

⁶ William A. Schabas, „*Genocide in International Law – The Crime of Crimes*”, Editia a II a, (New York: Cambridge University Press, 2009), p. 43;

În anul 1946, genocidul a fost declarat drept o crimă internațională de către Adunarea Generală a ONU. Rezoluția nr. 96(I), adoptată în decembrie 1946, declară că genocidul reprezintă "o negare a dreptului la existența a unei colectivități (a unui grup de oameni), în timp ce omorul reprezintă o negare a dreptului la viață a persoanelor".¹

Prima reglementare a crimei de genocid într-o convenție internațională a apărut în anul 1948, odată cu adoptarea Convenției pentru Prevenirea și Pedepsirea Crimei de Genocid. Această convenție reprezintă unul dintre primele demersuri pe care comunitatea internațională le-a făcut în scopul împiedicării repetării Holocaustului.

Conform articolului 2 din Convenție, prin crima de genocid se înțelege "oricare din faptele menționate mai jos, săvârșită cu intenția de a distruge, în întregime sau în parte, un grup național, etnic, rasial sau religios, și anume: (a) uciderea membrilor grupului; (b) vătămarea gravă a integrității fizice sau mentale a membrilor grupului; (c) supunerea cu intenție a grupului unor condiții de existență care să antreneze distrugerea sa fizică, totală sau parțială; (d) măsuri vizând împiedicarea nașterilor în cadrul grupului; (e) transferul forțat de copii aparținând unui grup în alt grup".

Reglementarea crimei de genocid prin Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Crimei de Genocid din anul 1948 a devenit, cu timpul, parte a dreptului cutumiar internațional și normă de jus cogens. Lucru confirmat de jurisprudența Tribunalului Internațional Penal pentru fosta Iugoslavie și pentru Rwanda. Atât în cazul "Procurorul c. Kayishema și Ruzindana" precum și în cazul "Procurorul c. Rutaganda", Tribunalul Penal Internațional pentru Rwanda a considerat crima de genocid ca fiind parte a dreptului cutumiar internațional² și ca fiind o normă de jus cogens³. Hotărâri similare au fost date și de către Tribunalul Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie în cazurile "Procurorul c. Blagojevic și Jokic" și "Procurorul c. Brđjanin".

În concluzie, Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Genocidului are ca scop prevenirea și combaterea genocidului. Întrebarea pe care ne-o punem acum este: ce se întâmplă în cazul în care genocidul este pe punctul de a se comite? Poate comunitatea internațională să intervină pentru a stopa aceste atrocități? Din studierea trecutului, răspunsul este aparent unul negativ. ONU nu a intervenit nici în Srebrenica, nici în Rwanda, iar când a intervenit NATO în Kosovo⁴, acea măsură a fost controversată. În această situație există "Responsabilitatea de a Proteja" (R2P), conform căreia fiecare stat are responsabilitate de a își proteja proprii cetățeni, iar comunitatea internațională are atât obligația de a ajuta statele în îndeplinirea obligației mai sus menționate, precum și obligația de a interveni în cazul în care un stat nu poate sau nu mai vrea să își protejeze cetățenii împotriva: genocidului, crimelor de război, crimelor împotriva umanității și împotriva purificării etnice.⁵

¹ Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 96(i), Accesată pe date de 23 Martie 2013, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement>

² Conform art. 38 din Statutul Curții Internaționale de Justiție (CIJ), cutuma este o sursă principală de drept internațional.

³ Norma de jus cogens este o normă imperativă, acceptată și recunoscută de comunitatea internațională a statelor în ansamblul său ca o normă de la care nu este permisă nicio derogare și care nu poate fi modificată decât printr-o nouă normă a dreptului internațional general având același caracter.

⁴ În Kosovo se consideră că intervenția umanitară a trupelor NATO a fost ilegală datorită faptului că această intervenție nu a fost autorizată de către Consiliul de Securitate al ONU (doi membri permanenți, Rusia și China, s-au opus). În această situație se consideră că ONU ar fi fost între ciocan și nicovală, pe de o parte că dacă nu ar fi intervenit, atrocitățile comise în Kosovo s-ar fi amplificat, ONU fiind iar un simplu spectator la încălcări masive ale drepturilor omului. În situația în care cineva ar fi intervenit fără acordul Consiliului de Securitate, lucru ce s-a și întâmplat, se consideră ca s-a produs un dezechilibru în ordinea internațională.

⁵ *World Summit Outcome Document 2005*, para. 138-139, Accesat pe 23 martie 2013, <http://www.who.int/hiv/universalaccess2010/worldsummit.pdf>

III. Structura crimei de genocid:

1. Conținutul legal:

După cum am menționat mai sus, prima reglementare convențională a crimei de genocid a apărut în anul 1948 odată cu adoptarea Convenției pentru Prevenirea și Pedepsirea Genocidului. Conform articolului 2 din această Convenție, prin crimă de genocid se înțelege „*oricare din faptele menționate mai jos, săvârșită cu intenția de a distruge, în întregime sau în parte, un grup național, etnic, rasial sau religios, și anume:*

- a) *uciderea membrilor grupului;*
- b) *vătămarea gravă a integrității fizice sau mentale a membrilor grupului;*
- c) *supunerea cu intenție a grupului unor condiții de existență care să antreneze distrugerea sa fizică, totală sau parțială;*
- d) *măsuri vizând împiedicarea nașterilor în cadrul grupului;*
- e) *transferul forțat de copii aparținând unui grup în alt grup.*”

Această definiție prezentată în articolul 2 este ulterior preluată în Statutul Tribunalului Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie (art. 4 para. 2), în Statutul Tribunalului Penal Internațional pentru Rwanda (art. 2 para. 2) și în Statutul Curții Penale Internaționale (art. 6), fără a-i aduce cea mai mică modificare. În cazul "Procurorul c. Blagojevic și Jokic", Curtea a evidențiat faptul că articolul 4, para. (2) și (3), a fost preluat din Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Genocidului.¹

2. Condiții preexistente:

A) Obiectul infracțiunii:

i) Obiectul juridic generic:

În cazul infracțiunii de genocid, obiectul juridic generic îl formează relațiile sociale cu răsfârângeri interne și interstatale inerente coexistenței colectivităților umane, relații a căror existență și normală desfășurare sunt asigurate prin protecția intereselor fundamentale ale comunității internaționale.²

Dreptul internațional penal consacră în categoria crimelor internaționale infracțiunile deosebit de grave, urmărind ca în primul rând conceptual să identifice actele ilicite care pun în pericol valorile importante ale comunității internaționale.³

În anul 1996, Comisia de Drept Internațional a Organizației Națiunilor Unite (numită C.D.I.) în "Proiectul de articole privind răspunderea statului" (art. 19)⁴ a definit crima internațională ca fiind "*acel fapt internațional ilicit care rezultă dintr-o încălcare de către un stat a unei obligații internaționale, atât de esențială pentru ocrotirea intereselor fundamentale ale comunității internaționale, încât încălcarea acesteia este recunoscută ca o crimă de către această comunitate în ansamblul ei*".⁵

ii) Obiectul juridic special:

Genocidul are ca obiect juridic special relațiile sociale privitoare la existența și securitatea grupurilor naționale, etnice, rasiale sau religioase.⁶

iii) Obiectul material:

În cazul infracțiunii de genocid, obiectul material constă în corpul persoanelor asupra cărora se îndreaptă acțiunea incriminată.

¹ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, (New York: Human Rights Watch, 2010), p. 145;

² Vasile Dobrinou, Norel Neagu, "*Drept Penal. Parte Specială*" (București: Universul Juridic, 2011) p. 923;

³ *Ibidem* p. 924;

⁴ "Draft Articles on State Responsibility with commentaries thereto adopted by the International Law Commission on first reading", accesat pe 22 Februarie 2013, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_1996.pdf;

⁵ Beatrice Onica-Jarka, "*Jurisdicția Internațională Penală*", Ediția a II a (București: CH Beck, 2008), p. 8;

⁶ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, "*Drept Penal. Parte Specială*" (București: Universul Juridic, 2011) p. 924;

B) Subiecții infracțiunii:

i) Subiectul activ:

Crima de genocid poate fi comisă de orice persoană. Nu are relevanța faptul că subiectul activ nu are o anumită cetățenie ori persoana fără cetățenie are domiciliul stabilit pe teritoriul unui anumit stat. De asemenea, nu interesează dacă făptuitorul face sau nu parte din grupul a cărui distrugere o urmărește.

S-a exprimat și opinia potrivit căreia autorul sau autorii acestei infracțiuni trebuie să aibă o calitate specială, aceea de a fi angajați într-o structură de stat ori de a lucra din dispoziția unui asemenea angajat.¹ Nu sunt de acord cu această opinie pentru că niciuna din variantele alternative enumerate în articolul 2 din Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Genocidului nu necesită o anumită calitate. De asemenea, articolul 4 din Convenție spune că orice persoană care comite genocid va fi pedepsită indiferent dacă este o persoană publică (un șef de stat sau agent al statului) sau o persoană privată.

Participația penală este posibilă sub toate formele sale - coautorat, instigare sau complicitate. În articolul 3 lit. c) din "Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Crimelor de Genocid" (1948), se prevede expres faptul că incitarea directă și publică la comiterea genocidului se pedepsește. Prevedere confirmată de jurisprudența tribunalelor internaționale penale. De exemplu, în cazul genocidului din Rwanda, doua posturi de radio locale (Postul de radio "Rwanda" și Postul de Radio "Libre des Milles Collines") au jucat un rol important în comiterea atrocităților. De aceea, directorul postului de radio "Libre des Milles Collines" (Ferdinand Nahimana) a fost condamnat de către Tribunalul Penal Internațional pentru Rwanda la închisoare pe viață pentru genocid, înțelegere în vederea comiterii genocidului, incitare directă și publică la comiterea genocidului, complicitate la genocid și pentru comiterea de crime împotriva umanității.²

ii) Subiectul pasiv:

În cazul acestei crime, **subiectul pasiv principal este întodeauna colectiv** și este reprezentat de un grup național, etnic, rasial sau religios supus unei acțiuni care vizează exterminarea parțială ori totală a acestuia. Afirmație întărită de hotărârea judecătorească de la Tribunalul Penal Internațional pentru Rwanda care au stabilit în cazul "Rutaganda" că pentru a exista crima de genocid, este necesar ca actele enumerate limitativ în articolul 2 din Statut să fie îndreptate împotriva unui grup național, etnic, rasial sau religios.³

Grupul, în conceptul crimei de genocid, reprezintă comunitatea de persoane între care există o legătură de naționalitate, etnică, rasială sau religioasă, existența acesteia neputând fi prezumată ci necesitând a fi dovedită și special constatată și având un caracter "relativ stabil și permanent".⁴

În practica Tribunalului Penal Internațional pentru Rwanda s-a simțit nevoia definirii termenilor de grup național, etnic, rasial și religios. Astfel, *grupul național* a fost definit în cazul "Akayeshu" drept un grup de oameni care împart o legătură bazată pe cetățenie comună și o reciprocitate de drepturi și obligații.⁵ În cazul "Akayeshu" și în cazul "Kayishema și Ruzindana" *grupul etnic* a fost definit drept un grup ai cărui membri împărtășesc o limbă și o cultură comună, care se identifică sau distinge el însuși în acest fel ori care poate fi identificat ca grup etnic de către alții.^{6 7} În aceste două cazuri au fost definite și noțiunile de grup rasial și religios. *Grupul rasial*

¹ Gh. Diaconescu, "Genocidul" (București: Editura Militară, 1991), p. 109;

² Decizia Tribunalului Penal Internațional pentru Rwanda în cazul lui Ferdinand Nahimana, accesată pe 22 Februarie 2013 <http://www.unict.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CNahimana%5Cindictment%5Cindex.pdf>;

³ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, (New York: Human Rights Watch, 2010) p. 30;

⁴ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, "Drept Penal. Parte Specială" (București: Universul Juridic, 2011) p. 925;

⁵ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, (New York: Human Rights Watch, 2010) p. 32;

⁶ Ibidem, p.32;

⁷ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, "Drept Penal. Parte Specială" (București: Universul Juridic, 2011) p. 925;

presupune anumite caracteristici ereditare fizice identificate în mod frecvent cu ariile geografice, fără legătură cu factorii lingvistici, culturali, naturali sau religioși. În final, *grupul religios* a fost definit ca un grup al cărui membri împărtășesc aceeași religie sau mod de venerare.^{1 2}

În 1998, în cadrul conferinței de la Roma, care s-a finalizat cu adoptarea Statutului de la Roma al Curții Penale Internaționale, au existat propuneri din partea unor delegați pentru inserarea în cadrul grupurilor protejate de incriminarea genocidului (grup național, etnic, rasial ori religios) și grupurile sociale și politice, încercări care au eșuat. S-a considerat că grupurile politice nu pot fi incluse pentru că sunt bazate doar pe voința membrilor lor și nu pe factori independenți de această voință.³ Tribunalul Penal Internațional pentru Fosta Iugoslavie, în cazul "Procurorul c. Jelisić" consideră că Lucrările Preparatoare ale Convenției pentru Prevenirea și Pedepsirea Genocidului au limitat aplicabilitatea dispozițiilor numai pentru grupurile cu un caracter "relativ stabil și permanent".⁴

De precizat este și faptul că există și un subiect **pasiv secundar (adiacent), reprezentat de persoana supusă nemijlocit acțiunilor sub care se poate săvârși genocidul** – acțiunile prevăzute în mod limitativ în articolul 2 din Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Genocidului.

Este de menționat faptul că pentru a exista crima de genocid, subiectul pasiv secundar nu trebuie neapărat să aibă calitatea de membru al grupului vizat protejat de lege. În această situație, este relevant ca subiectul activ să creadă că subiectul pasiv secundar face parte din grupul vizat. Această afirmație este întărită de o hotărâre a Tribunalului Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie care, în cazul "Procurorul c. Musema", consideră că dacă un subiect pasiv adiacent a fost considerat în mod eronat de către subiectul activ ca fiind un membru al grupului vizat, chiar dacă acesta nu are această calitate, subiectul activ va fi judecat pentru genocid. Curtea a considerat că subiectul activ a acționat cu intenție calificată (*dolus specialis*), chiar dacă era în situația *error in personam*.

3. Conținutul constitutiv:

A) Latura obiectivă:

i) Elementul material:

Genocidul se realizează prin oricare din variantele alternative indicate în mod limitativ de legiuitor în articolul 2 din Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Genocidului. Variante prin care se pune în pericol sau se poate ajunge chiar la distrugerea în întregime sau parțial a unui grup național, etnic, rasial sau religios.

Elementul material specific crimei de genocid constă atât în acțiuni cât și în inacțiuni (omisii) care sunt îndreptate sau care au drept rezultat distrugerea unui grup. Deci, caracteristic acestor fapte este direcționarea lor spre distrugerea unui grup național, etnic, rasial sau religios.⁵

Aceste variante alternative sunt următoarele:

a) *uciderea membrilor grupului;*

Jurisprudența Tribunalului Penal Internațional pentru Rwanda consideră că în cazul acestei variante alternative, procurorul trebuie să dovedească două elemente: (i) că subiectul activ a acționat cu intenția de a omorî una sau mai multe persoane și (ii) că aceste persoane făceau parte din grupul național, etnic, rasial sau religios vizat.⁶

¹ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, (New York: Human Rights Watch, 2010) p. 36;

² Vasile Dobrinou, Norel Neagu, "Drept Penal. Parte Specială" (București: Universul Juridic, 2011) p. 925;

³ Beatrice Onica-Jarka, "Jurisdicția Internațională Penală", Ediția a II a (București: CH Beck, 2008), p. 49;

⁴ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, (New York: Human Rights Watch, 2010), p. 164;

⁵ Beatrice Onica-Jarka, "Jurisdicția Internațională Penală", Ediția a II a (București: CH Beck, 2008), p. 49;

⁶ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, (New York: Human Rights Watch, 2010) p. 49, the Prosecutor v. Semanza (Trial Chamber);

O soluție asemănătoare este dată și de Tribunalul Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie, care în cazul „Procurorul c. Brdjanin” a decis că pentru această variantă alternativă, subiectul activ trebuie să acționeze cu intenția de a omorî membri ai grupului vizat.¹

b) *vătămarea integrității fizice sau mentale a membrilor grupului;*

În cazul acestei variante alternative, conform jurisprudenței Tribunalului Penal Internațional pentru Rwanda, vătămarea integrității fizice sau mentale a membrilor grupului trebuie să fie aptă de a distruge în tot sau în parte grupul vizat.²

În acest caz, Tribunalul Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie, în cazul "Procurorul c. Blagojevic și Jokic", consideră că în sintagma de „vătămări fizice sau mentale” intră actele de tortură, tratamentele inumane și degradante, violențele sexuale, amenințările cu moartea ș.a. ³

c) *supunerea cu intenție a grupului la condiții de existență sau tratament de natură să ducă la distrugerea fizică, totală sau parțială, a acestuia;*

În cazul "Procurorul c. Akayeshu", Curtea a decis că prin “supunerea cu intenție a grupului la condiții de existență sau tratament de natură să ducă la distrugerea fizică, totală sau parțială, a acestuia” să se înțeleagă metodele fizice prin care subiectul activ nu urmărește imediat moartea victimei, ci urmărește distrugerea fizică, totală sau parțială. Aceste metode includ, inter alia, supunerea grupului la înfometare, neacordarea medicamentelor necesare, neasigurarea asistenței sanitare, obligarea la efectuarea unor munci excesiv de obositoare etc.⁴

d) *impunerea de măsuri care vizează împiedicarea nașterilor în sânul grupului;*

În această variantă alternativă, Tribunalul Penal Internațional pentru Rwanda, în cazul Akayeshu, a considerat că prin măsuri ce vizează împiedicarea nașterilor în sânul grupului să se înțeleagă: mutilarea sexuală, practicarea sterilizării, separarea bărbaților de femei, interzicerea căsătoriilor, practicarea avortului forțat etc. Curtea a considerat că aceste măsuri pot fi și de natură mentală. Hotărâri similare au fost date și în cazurile "Procurorul c. Musema" ori "Procurorul c. Rutaganda".⁵

e) *transferarea forțată de copii aparținând unui grup în alt grup*

În aceste situații, ne aflăm în prezența tot a variantei de distrugere indirectă a grupului, dar de data aceasta nu prin împiedicarea nașterilor în sânul acestora, ci prin dislocarea și dispersarea tinerei generații. Acest transfer trebuie să aibă loc într-un grup diferit de cel căruia aparțin copiii și trebuie să fie împotriva voinței grupului.⁶

După cum am menționat mai sus, aceste variante alternative pot fi comise și prin omisiune. De exemplu, supunerea unui grup unor condiții de existență care să antreneze distrugerea fizică, totală sau parțială, se poate realiza și prin omisiunea de a lua măsuri în vederea asigurării de hrană sau de servicii medicale grupului, tocmai cu intenția de a-l distruge.⁷

În Rwanda, prim-ministrul Jean Kambanda a fost condamnat pentru genocid de Tribunalul Penal Internațional pentru Rwanda pentru neîndeplinirea obligației de a luat toate măsurile necesare pentru a opri atrocitățile ce se petreceau pe teritoriul Ruandei.⁸¹

¹ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, (New York: Human Rights Watch, 2010), p. 179;

² *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, (New York: Human Rights Watch, 2010) p.53, Seromba (Appeals Chamber);

³ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, (New York: Human Rights Watch, 2010), p. 181;

⁴ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, (New York: Human Rights Watch, 2010) p.57, Akayesu (Trial Chamber);

⁵ *Ibidem*. p. 57, Akayesu (Trial Chamber);

⁶ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, "Drept Penal. Parte Specială" (București: Universul Juridic, 2011) p. 926;

⁷ Beatrice Onica-Jarka, "Jurisdicția Internațională Penală", Ediția a II a (București: CH Beck, 2008), p.50;

⁸ *Ibidem*, p.50;

Conform articolului 1 din Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Genocidului, genocidul poate fi comis atât pe timp de pace cât și pe timp de război. Indiferent de momentul în care a fost comis, el tot este considerat o crimă internațională. Deci, nu există cerințe speciale privind timpul și locul săvârșirii crimei. În legislațiile naționale, comiterea genocidului în timp de război constituie o variantă agravată. (exemplu: art. 357 C.pen al României)

ii)Urmarea imediată:

Prin comiterea acestei infracțiuni se creează o *stare de pericol* privind existența și continuitatea grupurilor naționale, etnice, rasiale ori religioase.

iii)Raportul de cauzalitate:

Între acțiunile care constituie elementul material și urmarea imediată (starea de pericol), trebuie să existe o legătură de cauzalitate. Stabilirea legăturii de cauzalitate se face în doua etape. În privința infracțiunii absorbite (omor, vătămare corporală ș.a.) ce realizează acțiunea incriminată, trebuie să existe o legătură de cauzalitate între elementul material și urmarea imediată. În ceea ce privește genocidul, realizarea acțiunii incriminate în condițiile prevăzute de textul de lege creează o stare de pericol privind existența și continuitatea grupurilor naționale, etnice, rasiale ori religioase, această stare rezultând din însăși comiterea acțiunii incriminate (rezultă ex re).²

B) Latura subiectivă:

Pentru existența crimei de genocid, subiectul activ trebuie să realizeze una din variantele alternative enumerate limitativ în articolul 2 din Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Genocidului cu o **intenție calificată**. În doctrina și jurisprudența internațională, această intenție calificată se regăsește și sub numele de *dolus specialis* sau *intenție de a distruge* (intent to destroy).

Conform jurisprudenței Tribunalului Penal Internațional pentru Rwanda, în cazul „Procurorul c. Gacumbitsi”, genocidul este o crimă care necesită o intenție calificată. În cazul „Procurorul c. Nahimana, Barayagwiza și Ngeze”, Curtea a definit această intenție calificată ca fiind intenția de a distruge în întregime sau în parte un grup național, etnic, rasial sau religios.³

În conformitate cu articolul 2 din Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Genocidului, pentru a exista această crimă este necesară distrugerea în întregime sau în parte a grupului vizat. Pentru că această exprimare este vagă, instanțele au simțit nevoia de a clarifica acest aspect. De aceea, Tribunalul Penal Internațional pentru Rwanda a considerat că pentru existența crimei de genocid este necesar ca subiectul activ să fi acționat cu intenția de a distruge cel puțin o **parte substanțială** din grupul vizat.⁴ De asemenea, Curtea a considerat că nu există un număr minim de victime necesar pentru a fi în prezența crimei de genocid.⁵ Singura condiție este ca subiectul activ să fi acționat cu intenția de a distruge cel puțin o parte substanțială din grupul vizat.

În cazul în care această intenție calificată (*dolus specialis*) nu există, nu putem vorbi de genocid, ci de o crimă împotriva umanității. Genocidul este cea mai gravă formă de crimă împotriva umanității datorită acestei intenții de a distruge în întregime sau în parte un grup. Acest *dolus specialis* este ceea ce departajează anumite fapte de crimele împotriva umanității.⁶

¹The Prosecutor v. J. Kambanda, (ICTR-97-23), accesat pe 22 Februarie 2013, <http://www.unict.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CKambanda%5Cindictment%5Cindex.pdf>

² Vasile Dobrinou, Norel Neagu, „*Drept Penal. Parte Specială*” (București: Universul Juridic, 2011) p. 927;

³ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, (New York: Human Rights Watch, 2010) p. 17, the Prosecutor v. Gacumbitsi, the Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza și Ngeze

⁴ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, (New York: Human Rights Watch, 2010) p. 27, the Prosecutor v. Bagosora, Kabigli;

⁵ Ibidem. p. 28; the Prosecutor v. Seromba;

⁶ Beatrice Onica-Jarka, „*Jurisdictia Internaționala Penală*”, Editia a II a (București: CH Beck, 2008), p.56;

Sunt cazuri în care atât elementul material cât și urmarea imediată a unei crime împotriva umanității sunt identice cu cele ale genocidului, însă ceea ce le deosebește pe aceste două crime este această intenție de a distruge grupul vizat, care există doar în cazul genocidului. Această afirmație este întărită de o opinie a Tribunalului Penal Internațional pentru Rwanda care, în cazul Akayesu, afirmă că genocidul este o crimă diferită de restul crimelor prevăzute în Statutul Tribunalului, prin faptul că aceasta necesită o intenție calificată. Subiectul activ fiind condamnat pentru această crimă doar dacă procurorul dovedește intenția clară de a distruge în întregime sau în parte un grup național, etnic, rasial sau religios.¹

Datorită faptului că această intenție calificată trebuie dovedită foarte clar de către procuror, în jurisprudența Tribunalului Penal Internațional pentru Rwanda s-au precizat anumiți factori care stau la baza determinării unei asemenea intenții. În cazul "Procurorul c. Seromba", Curtea a considerat că pentru stabilirea intenției calificate este necesar să se țină cont de (a) cadrul general al comiterii acestor crime împotriva unui anumit grup, (b) gravitatea atrocităților comise, (c) faptul că victimele au fost vizate datorită apartenenței la un anumit grup național, etnic, rasial ori religios, (d) excluderea membrilor altor grupuri. Această enumerare făcută de Curte nu este una limitativă.²

IV Concluzii:

Genocidul fiind considerată una dintre cele mai mari amenințări la adresa păcii și securității internaționale, prevenirea și combaterea acestei crime trebuie să fie o prioritate pentru comunitatea internațională. Nerealizarea acestui scop a avut și o să aibă în continuare efecte devastatoare pentru populație. Consider că o înțelegere mai bună a ce este și ce implică genocidul ne poate ajuta în găsirea unor soluții durabile pentru această problemă. Genocidul la fel ca un conflict armat de o anumită anvergură nu începe de pe o zi pe alta, este rezultatul a mai multor factori: lipsa dialogului, lipsa de respect reciproc precum și lipsa de valori comune. De asemenea, consider că pentru a putea preveni producerea unor atrocități, este necesar să nu ne uităm trecutul. Holocaustul, masacrul de la Srebrenica, genocidul din Rwanda sunt momente nefaste din istorie care ne impulsionează, ne stimulează să încercăm să prevenim comiterea unor atrocități similare în viitor.

În cazul în care asemenea atrocități sunt pe punctul de a se comite, comunitatea internațională trebuie să intervină rapid. În acest sens, există Responsabilitatea de a Proteja (R2P), conform căreia fiecare stat are responsabilitate de a își proteja proprii cetățeni, iar comunitatea internațională are obligația de a ajuta statele în îndeplinirea obligației, precum și obligația de a interveni în cazul în care un stat nu poate sau nu mai vrea să își protejeze cetățenii împotriva: genocidului, crimelor de război, crimelor împotriva umanității și împotriva purificării etnice.

Referințe bibliografice:

Cărți / Tratamente:

- V. Dobrinioiu, N. Neagu, "Drept Penal. Parte Specială - Teorie și practică judiciară", ed. Universul Juridic, 2011;
- Beatrice Onica-Jarka, "Jurisdicția Internațională Penală", Ediția a II a, ed. CH Beck, 2008;
- William A. Schabas, "Genocide in International Law - The Crime of Crimes", Ediția a II a, ed. Cambridge University Press, 2009;
- Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda, Human Rights Watch (HRW), 2010;
- Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Human Rights Watch (HRW), 2010;

¹ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, (New York: Human Rights Watch, 2010) p. 18, the Prosecutor v. Akayesu;

² *Ibidem*. p.20;

Articole:

- Jeremy Sarkin, Carly Fowler, "The responsibility to protect and the duty to prevent genocide: Lessons to be learned from the role of the international community and the media during the rwandan genocide and the conflict in the former Yugoslavia", Suffolk Transnational Law Review
- "Marking 10 years since Rwandan genocide, UN officials voice regret and resolve";

Acte normative:

- Convenția pentru Prevenirea și Pedepsirea Genocidului (1948);
- Statutul Curții Penale Internaționale;
- Statutul Tribunalului Internațional Penal pentru Rwanda;
- Statutul Tribunalului Internațional penal pentru fosta Iugoslavie;
- Statutul Curții Internaționale de Justiție.

AUDIEREA MARTORILOR

Alexandru STANICĂ¹

Abstract:

În lucrarea „Ascultarea martorilor in procesul penal” pornim de la ideea că prezența unui martor într-un proces penal poate fi definitorie pentru soluționarea cazului. Astfel, în lucrarea de față ne-am propus să prezentăm care sunt mijloacele prin care se audiază un martor, care sunt principalele obligații ale unui martor, procedura de ascultare a unui martor într-un proces penal, protecția care i se oferă în timpul procesului penal precum și sancțiunile pe care le poate primi un martor dacă îngreunează procesul penal.

Cuvinte cheie: *audiere, martor, obligatiile martorilor, sanctiune, martotii asistenți*

Introducere:

Martorul este persoana fizică ce are cunoștințe despre vreo faptă sau împrejurare de natură să servească la aflarea adevărului și care este chemată de către organele de urmărire penală și de instanța de judecată pentru a fi ascultată ca martor cu privire la cunoștințele pe care le are. Prezentarea în fața organelor judiciare a persoanelor chemate în calitate de martor este o îndatorire socială de a ajuta justiția la aflarea adevărului totodată este și o obligație legală deoarece neîndeplinirea ei poate atrage o constrângere juridică. În întărirea acestor afirmații Codul de Procedură Penală în articolul 78 definește martorul și care este scopul lui principal în procesul penal – de a ajuta la aflarea adevărului².

În principal orice persoana fizică poate fi chemată ca martor in procesul penal, indiferent de starea sa fizică (orb, surd, mut) sau psihică, organele judiciare având posibilitatea să aprecieze care din aceste persoane sunt apte să furnizeze informații necesare rezolvării cauzelor penale.

Așadar, rolul martorului în procesul penal este acela de a contribui la aflarea adevărului și rezolvarea cauzelor penale, motiv pentru care trebuie să se supună legii și să nu îndeplinească nici un act contrar acesteia, să se prezinte ori de câte ori este necesar pentru soluționarea cauzei.

Martorii sun persoanele care pot influența luarea unei decizii într-un proces penal, J.Bentham spunând într-o lucrare a sa („Traité des preuves judiciaires”) că martorii sunt : „ochii și urechile justiției”.

1. Martorul în procesul penal

1.1 Declarația martorilor

Trebuie să recunoaștem ca în procesul penal martorul are un rol decisiv, în ultima perioadă atribuindu-se declarației sale caracterul de probă firească, fiind un instrument necesar de cunoaștere a împrejurărilor săvârșirii infracțiunii. Ascultarea martorului are loc în cadrul procesului penal și se face în conformitate cu Codul de Procedura Penală, martorul având obligația să declare tot ce știe cu privire la faptă și să fie încunoștințat în prealabil despre eventualele sancțiuni pe care le riscă cu privire la neîndeplinirea acestor obligații.

În practică și în literatura de specialitate s-a afirmat că poate fi martor orice persoană fizică, indiferent dacă prezintă probleme de sănătate (orb, surd, mut) sau de necunoaștere a limbii, pe tot

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: alex_stanica91@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asistent Universitar Radu Slăvoiu

² Grigore Gr. Theodoru:”Tratat de Drept Procesual Penal”, Editura Hamangiu, București, 2007

parcursul procesului penal având dreptul de a beneficia de un interpret în mod gratuit (articolul 128 CPP), urmând ca pe urmă instanța să stabilească dacă aceste persoane pot da informații cu privire la faptă sau dacă declarațiile deja strânse în cadrul urmăririi penale sunt concludente pentru aflarea adevărului.

Tot în doctrină s-a pus problema ce se întâmplă cu persoanele care nu pot depune mărturie în cadrul procesului penal datorită calității speciale pe care o au, sau cu persoanele care pot refuza calitatea de martor în procesul penal, dar cu privire la acestea vom revenii.

1.2 Obligațiile, drepturile și sancțiunile aplicabile martorilor

În privința obligațiilor martorilor, în literatura de specialitate au fost formulate opinii diferite. Astfel unii autori apreciază că martorii au obligația generală de informare, obligația de a se prezenta la chemare, obligația de a răspunde la întrebările ce i se pun și obligația de a declara tot ce știe cu privire la împrejurările cauzei¹. În conformitate cu articolul 83 din Codul de Procedură Penală apreciem că martorul are trei obligații și anume de a se prezenta la data, locul și ora stabilit în citație, obligația de a declara tot ce știe cu privire la faptele și împrejurările asupra cărora este întreat și obligația de a declara adevărul, în caz contrar săvârșind infracțiunea de mărturie mincinoasă.

Dar calitatea de martor nu atrage asupra sa numai obligații ci și o serie de drepturi ce îi sunt garantate prin lege. Asadar ca prim drept ce îi revine martorului este acela de a depune liber, având dreptul de a fi protejat împotriva violențelor sau amenințărilor ce s-ar putea exercita asupra sa el neputând fi influențat în nici un fel cu privire la declarație. Totuși în practica judiciară au existat cazuri când, cunoscându-se puterea unui martor în luarea unei decizii penale s-a încercat determinarea acestora prin diverse mijloace (constrângere, corupere,) de a depune mărturie mincinoasă fapt ce duce la vicierea procesului penal el având obligația să declare tot ce știe cu privire la faptă. Un alt drept este acela de a solicita consemnarea exactă și completă a declarației făcute, astfel asupra sa să nu planeze nici un dubiu cu privire la declarația dată. Un al patrulea drept derivă din articolul 190 Codul de Procedură Penală, martorul având dreptul la restituirea cheltuielilor pricinuite de deplasarea, cazarea, pierderea zilei de serviciu și chiar dacă nu are un serviciu stabil dar își câștigă existența din munca la plata ecivalentă a zilei de muncă².

Noul Cod de Procedură Penală scoate la iveală un nou drept al martorului și anume dreptul de a nu se acuza prevăzut în articolul 116 el având dreptul de a nu face declarații cu privire la fapte și împrejurări prin care s-ar expune unei investigații penale. Totuși dacă martorul a făcut o astfel de declarație, aceasta nu poate fi folosită împotriva sa.

Sancțiunea aplicată martorului reprezintă tragerea la răspundere pentru neîndeplinirea îndatoririlor ce îi revin în calitate de martor sau pentru îndeplinirea lor în mod defectuos. Așadar în funcție de modul în care martorul încalcă legea distingem 2 tipuri sancțiuni. În primul rând distingem o sancțiune administrativă indicată de articolul 198 alineatul 2¹ Cod Procedură Penală care prevede că lipsa nejustificată a martorului se sancționează cu amendă de la 250 lei la 3000 lei, aceasta fiind sancțiunea care îi revine pentru neîndeplinirea obligațiilor.

Ca și sancțiune penală, martorul răspunde penal pentru faptele sale care contravin legii și bunului mers al înfăptuirii justiției dacă în timpul procesului penal, civil, comercial sau orice altă cauză în care este ascultat face declarații mincinoase ori nu spune tot ce știe cu privire la fapta pentru care a fost chemat să depună mărturie i se poate aplica o sancțiune privativă de libertate de la 1 la 5 ani. Totuși aici legiutorul intervine și reduce pedeapsa dacă martorul își retrage declarația până la pronunțarea unei hotărâri definitive. De asemenea nu atrage sancționarea martorului privind marturia mincinoasă dacă acesta a dat o declarație de natură să servească la aflarea adevărului dar procesul penal nu a fost declanșat, fapta neexistând deoarece infracțiunea de mărturie mincinoasă are loc în cadrul unui proces penal, totuși în acest caz subzistând infracțiunea de fals în declarații.

¹ Theodoru II – pag. 132-133

² Mircea Damaschin: "Drept procesual penal", editura Wolter Kluwer, București 2010

1.3 Persoane care nu pot fi ascultate ca martor

În practica judiciară s-a constatat că totuși de la obligația de a fi martor, în baza legii își găsesc excepția de a fi ascultați ca martori două categorii de persoane: o categorie se referă la persoanele pentru care este interzisă ascultarea ca martor, iar a doua se referă la persoanele care pot refuza calitatea de martor. Este interzisă ascultarea ca martor a persoanelor obligate să pastreze secretul profesional, dacă ascultarea se referă la împrejurările de care au luat cunoștință în exercițiul profesiei. Această interdicție corespunde legii penale care incriminează divulgarea secretului de stat, de serviciu și al celui profesional (articolul 169, articolul 196, articolul 298 din Codul Penal). Prin secret profesional trebuie să înțelegem secretul la care se referă legea penală, anume secretul de stat, de serviciu și cel al profesiei, deoarece persoanele care-l dețin au dobândit cunoașterea lui din exercițiul unei activități profesionale. Dacă interdicția pentru secretul profesiei (medic, farmacist, notar, avocat, preot) este determinată de interesul încrederii cetățenilor în discreția persoanelor cărora li se încredințează asemenea informații, pentru secretul de stat și de serviciu interesul de a fi păstrat se justifică prin apărarea unor importante valori sociale. Pentru a opera interdicția se cere condiția ca faptele și împrejurările pentru a căror relatare este ascultat martorul să fie cunoscut din exercițiul profesiei sau al serviciului, dobândirea acestor cunoștințe din alte surse nu împiedică ascultarea. Astfel un avocat nu poate fi ascultat ca martor despre faptele încredințate lui de persoana căruia îi acordă asistență juridică dar dacă aceste fapte au fost percepute în afara exercițiului profesiei, el devine obligat să le relateze când este chemat ca martor. Odată ascultat ca martor, avocatul nu mai poate desfășura nici o activitate profesională în acea cauză¹.

Din cea de a doua categorie fac parte persoanele care nu sunt obligate să depună mărturie, în această categorie încadrându-se sotul sau rudele apropiate ale învinutului sau inculpatului. Totuși dacă ele consimt să dea declarație, ele pot fi totuși ascultate ca martori, urmând ca instanța să aprecieze forța probantă a acestora deoarece, nu putem să nu avem în vedere subiectivismul cu care au fost date declarațiile și nici legătura de familie stabilite între persoane în cauză, declarația putând fi deformată. Trecând peste aceasta, dacă persoanele consimt să dea declarație și o deformează, ei pot deveni subiecți activi ai infracțiunii de mărturie mincinoasă, de asemenea chiar dacă nu sunt obligați să dea declarație și consimt să o facă le sunt aplicabile și lor sancțiunile privind abaterile judiciare precum și dispozițiile privind mandatul de aducere.

De asemenea în Noul Cod de Procedură Penală, legiuitorul mai stabilește o persoană de la care se derogă calitatea de martor și anume fostul soț. Astfel nu sunt obligați să depună mărturie cei care au avut calitatea de soț cu suspectul sau inculpatul, legiuitorul având în vedere considerente de ordin pur subiectiv, fostul soț putând astfel depune o declarație mincinoasă împins de starea tensionată dintre cei doi.

1.4 Procedura de ascultare a martorului

Martorii pot fi ascultați atât de organele de urmărire penală cât și de instanțele de judecată. Cunoașterea persoanelor care urmează a fi ascultate ca martor este asigurată de organele de urmărire penală prin investigațiile făcute de acestea sau prin propunerile făcute de părți. Martorii ascultați în cursul urmăririi penale sunt de regulă ascultați și de instanța de judecată. În cursul judecării se pot propune de către procuror și de către părți ascultarea și a altor martori, instanța având drept să admită sau să respingă motivat².

Orice acțiune de ascultare a unui martor trebuie să înceapă cu întrebările prealabile, el fiind mai întâi întrebat despre nume, prenume, etate, adresă și ocupație, ocazie cu care se află informații despre starea de nepotrivire care intervine între martori și alte persoane din procesul penal. După terminarea identificării, martorul depune un jurământ potrivit legii, rostind următoarele cuvinte: „Jur

¹ Grigore Gr Theodoru – „Tratat de drept procesual penal”, editura Hamangiu, București 2007

² Grigore Gr Theodoru – „Tratat de drept procesual penal”, editura Hamangiu, București 2007

ca voi spune numai adevărul și că nu voi ascunde nimic din ceea ce știu. Așa să-mi ajute Dumnezeu!” În timpul depunerii jurământului, martorul ține mâna pe cruce sau pe Biblie. Referirea la divinitate din formula jurământului se schimbă potrivit credinței religioase a martorului. Martorului de altă religie decât cea creștină nu îi sunt aplicabile cerințele să țină mâna pe cruce sau pe Biblie. Martorul fără confesiune va depune următorul jurământ: "Jur pe onoare și conștiință ca voi spune adevărul și că nu voi ascunde nimic din ceea ce știu". Martorii care, din motive de conștiință sau confesiune, nu depun jurământul, vor rosti în fața instanței următoarea formulă: "Mă oblig că voi spune adevărul și ca nu voi ascunde nimic din ceea ce știu". Apartenența martorului la o anumită religie sau faptul că acesta nu are o confesiune se rețin de organul judiciar pe baza afirmațiilor făcute de martor. După depunerea jurământului sau după rostirea formulei prevăzute de lege, se va pune în vedere martorului că, dacă nu va spune adevărul, săvârșește infracțiunea de mărturie mincinoasă. Despre cele precizate se face mențiune în declarația scrisă. Sunt exceptați de la obligația depunerii jurământului minorii care nu au împlinit 14 ani, însă li se atrage atenția să spună adevărul. Referirea la divinitate se face deoarece legiuitorul are și în prezent convingerea că societatea românească este una religioasă iar apelul la Dumnezeu joacă un rol primordial în ordinea de valori individuale a cetățenilor. A face un jurământ înseamnă a invoca numele lui Dumnezeu, luându-l drept martor și garant că ceea ce se spune și se promite este adevărat.

Din punct de vedere procedural fiecare martor este ascultat separat fără să fie de față ceilalți martori. Martorul este lăsat mai întâi să declare tot ce știe în cauză, după care i se pot pune întrebări cu privire la fapta care formează obiectul cauzei. În cursul a mai multor audieri martorul nu poate începe cu citirea sau ascultarea declarațiilor date anterior însă se poate folosi de anumite însemnări ale datelor greu de reținut. Când se constată că există contradicții între declarațiile persoanelor ascultate în aceeași cauză se procedează la confruntarea martorilor dacă aceasta este necesară pentru lămurirea cauzei, ele putând chiar să își adreseze întrebări reciproc.

1.5 Valoarea probatorie a declarațiilor martorilor

Având în vedere că principalul liberei aprecieri a probelor domină întreaga probațiune în procesul penal, se degajă concluzia că declarațiile martorilor au aceeași forță probantă ca și celelalte mijloace de probă. Trebuie să observăm totuși că în timp ce declarațiile învinutului sau inculpatului, precum și declarațiile părților pot servi la aflarea adevărului numai în măsura în care se coroborează cu alte probe (articolul 69 și 75), declarațiile martorilor pot servi la aflarea adevărului în mod necondiționat. Acest mod de reglementare a declarațiilor martorului conduce la concluzia că în situația în care într-o cauză penală, există un singur martor, organul judiciar își poate întemeia soluția pe declarația acestuia, dacă produce încredere deplină că relatează adevărul. Aprecierea declarației martorului se face în funcție de numeroase elemente ca: împrejurări referitoare la persoana martorului (starea psihico-fizică a martorului, starea morală, raporturile martorilor cu cauza) sursa din care provine mărturia, percepția, etc¹. În baza celor spuse Curtea de Apel Bacău, prin decizia penală nr.108 din 13 octombrie 2009 a desființat decizia dată de Tribunalul Neamț și l-a condamnat pe inculpat la închisoare în cauză Tribunalul Neamț având declarația concludentă a unui martor. În speță L.I.S. condamnat pentru infracțiunea de trafic de droguri a vândut o cantitate de droguri unui ofițer S.C.C.O sub acoperire, în caz fiind doi martori cu identitate protejată care nu au putut fi ascultați de instanță pentru că din rechizitoriul reieșea că aceștia sunt plecați la muncă în Spania procurorii D.I.I.C.O.T spunând cu nu îi mai pot găsi. De asemenea din jurisprudența europeană în cauza Dănilă c România, Curtea Europeană a arătat că în cazul imposibilității de a obține prezența unui martor în sala de judecată, instanța poate sub rezerva drepturilor la apărare, să țină seama de dispozițiile luate în faza de urmărire penală.

¹ Ion Neagu, „Tratat de Drept Procesual Penal-Parte Generală”, editura Global Lex, București, 2007

1.7 Evaluarea juridică a declarațiilor martorilor

Aceasta este una dintre cele mai dificile probleme ale practicii judiciare ținând seama de numeroasele implicații pe care cercetarea psihologică modernă le evidențiază în domeniul respectiv. Lăsând la o parte cazurile când martorul este de rea credință și denaturează voit realitatea, aprecierea concretă a probei testimoniale se confruntă în practica judiciară cu numeroase greutăți întrucât pornind de la principiul legal toate declarațiile martorilor au aceiași valoare și fac dovada în aceiași măsură ca orice alt mijloc de probă. Cât să creadă și cât să nu rețină organul judiciar dintr-o declarație de martor nu poate constitui decât o chestiune foarte concretă de speță, în care principalul element de evaluare îl reprezintă convingerea intimă a organului judiciar.

Existența unor diferențieri între dispozițiile martorilor, chiar de bună credință, în fața aceleiași realități se explică prin faptul că declarațiile reprezintă o reflectare a realității prin prisma subiectivității celui audiat, iar între realitatea obiectivă și realitatea subiectivă există un unghi de deviere.

Știința psihologiei cere organului judiciar să nu aibă o concepție statică asupra rolului acestei probe prin înlăturarea viziunii excesive, după care martorul ar trebui să furnizeze în procesul penal informații de exactitate a imaginii fotografice a faptului la producerea căruia a asistat. Cercetările moderne impun organului judiciar să aprecieze orice declarație de martori ca pe o operație psihologică prin care se cumulează aspecte legate de perceperea și memorizarea faptelor, aprecierea lor cantitativă, calitativă, spațială și temporală, reproducerea și recunoașterea faptelor, atitudinea morală și caracteristicile temperamentale și de personalitate ale martorilor¹.

1.8 Martorii asistenți (obligatorii și eventuali)

Martorii asistenți în vorbirea curentă sunt persoanele care în mod întâmplător s-au aflat la fața locului în momentul producerii sau efectuării unor evenimente, activități, acte, etc. În terminologia juridică, martor asistent obligatoriu este persoana anume chemată să asiste la efectuarea unui act juridic care trebuie sau e bine să fie efectuat în prezența unor astfel de martori (testament, succesiuni, căsătorie, etc).

Pe lângă aceste acte există și unele acte procedurale condiționate de lege în sensul că nu pot fi efectuate în mod valabil de către organul competent decât în prezența unor martori asistenți eventuali care trebuie să fie de față la efectuarea acelor acte procedurale și să ateste prin semnătura lor exactitatea celor consemnate în înscrisul care constată efectuarea actului procedural².

1.9 Protecția martorilor

Reglementată prin Legea 682 din 2002, dar fiind reglementată și de Codul de Procedură Penală de articolele 86¹-86⁵, stabilește situațiile particulare în care o persoană martor într-un proces i se poate proteja identitatea pentru a nu i se pune în pericol viața, sănătatea, integritatea corporală a sa sau a familiei sale, aceasta fiind într-un fel și un mijloc de garantare a aflării adevărului în procesul penal. În funcție de momentul când intervine această situație se disting două momente: dacă a intervenit în timpul urmăririi penale, procurorul poate dispune schimbarea identității și asigurarea celorlalte mijloace de protecție sau în cursul judecății de către instanță la cerere motivată a procurorului, martorului sau oricarei persoane îndreptățite. În această situație martorul beneficiază de o serie de drepturi conform articolului 12 din legea 682 din 2002 cum ar fi: protecția datelor de identitate, protecția declarației, măsuri sporite de siguranță la domiciliu sau chiar schimbarea domiciliului, schimbarea înfățișării, recalificarea profesională, etc. De asemenea lor le revin și o serie de obligații conform articolului 11 din aceeași lege: să furnizeze informațiile și datele pe care le

¹ Nicolae Volonciu: „Tratat de procedură penală-Partea generală, Volumul I”, editura Paidia, București, 1998

² Vintilă Dongoroz, Constantin Bulai, Siegfried Kahane, Nicoleta Iliescu, George Antoniu, Rodica Stănoiu: „Explicații teoretice ale Codului de Procedură Penală Română – Partea Generală” volumul 5, editura Academiei Române, editura All Beck, București 2003

deține cu caracter determinant pentru aflarea adevărului, să se conformeze măsurilor stabilite pentru protecția sa, să se obțină de la orice activitate care l-ar putea pune în pericol sau care ar putea compromite programul de protecție, etc. De asemenea procedura este asemanătoare și în cazul investigatorilor sub acoperire, experților sau altor persoane care justifică o temere.

2.Reguli și procedee tactice de ascultare a martorului

Audierea propriu-zisă a martorilor reprezintă momentul în care devine pregnant rolul regulilor de efectuare a acestui act procedural, act cu largă rezonanță. Ascultarea unui martor parcurge trei etape principale guvernate , pe lângă reguli procesual penale și reguli tactice criminalistice în etape distincte: etapa identificării martorilor, etapa realizării libere și etapa formulării de întrebări , de ascultare a răspunsurilor date de martor.

2.1 Conduita tactică în etapa de identificare a martorului

Etapa identificării martorului, în care o includem și pe aceea a depunerii jurământului, constă potrivit articolului 84 Cod De Procedură Penală constă în adresarea martorului anumitor întrebări de bază privitor la nume, prenume, adresă etate, urmând ca după stabilirea identității să i se pună în vedere că dacă nu va spune adevărul săvârșește infracțiunea de mărturie mincinoasă. Încă din această primă etapă aparent guvernată numai de norme procedural, organul judiciar este obligat să se conducă după anumite reguli tactice, proprii debutului audierii, absolut necesare creării unui climat psihologic adecvat obținerii de declarații complete și sincere.

Primirea matorului într-o manieră corectă, civilizată care trebuie să fie prevăzută încă din momentul așteptării până în momentul audierii propriu-zise. Crearea unui cadru de ascultare sobru, caracterizat de seriozitate, lipsit de factori stresanți care pot distra atenția martorului, cum ar fi de exemplu prezența unei persoane străine, a unor obiecte, aparate sau instalații ce pot stârni curiozitate sau teamă. Comportarea organului judiciar într-un mod calm, încurajator, astfel încât să fie redusă încordarea, neliniștea firească a martorului. Este total contraindicată atitudinea de răceală, de sfidare, de aroganță, care poate duce la inhibarea martorului sau chiar la determinarea acestuia să evite declarații complete, mai ales dacă este bruscat.

2.2 Conduita tactică din momentul relatării libere a martorului

În a doua etapă a audierii, denumită relatare liberă, după crearea cadrului psihologic favorabil obținerii unor declarații sincere martorului i se face cunoscut obiectul cauzei și i se arată care sunt faptele sau împrejurările pentru dovedirea cărora a fost propus ca martor.

Relatarea liberă prezintă un anumit avantaj față de declarațiile obținute pe cale interogativă, datorită spontaneității sale, faptele fiind prezentate așa cum au fost percepute și memorate de către martor. Raportată la cele de mai sus, conduita magistratului, a anchetatorului, se va ghida după următoarele reguli:

- a) Ascultarea martorului cu răbdare și calm, fără a fi întrerupt
- b) Evitarea oricărui gest, reacție sau expresie mai ales ironică
- c) Ajutarea cu tact a martorului
- d) Dacă martorul se pierde în amănunte sau se abate în mod deliberat de la subiectul relatării, organul judiciar trebuie să intervină cu suficientă fermitate
- e) Organul judiciar își va nota aspectele semnificative dar fără să procedeze cu ostentație

2.3 Reguli tactice aplicate în etapa formulării de întrebări

Ultima etapă a audierii nu are – cel puțin teoretic - un caracter obligatoriu. În practică sunt întâlnite situații în care martorii fac declarații complete și clare, încă din faza relatării libere fără a mai fi nevoie de întrebări. Totuși organul judiciar este nevoit să intervină cu întrebări de natură să limpezească relatările martorului sau să le valorifice. Întrebările sunt necesare întrucât depoziția martorului poate conține denaturări de natură obiectivă sau subiectivă, frecvente fiind:

- a) Denaturarea prin adăugare,
- b) Denaturarea prin omisiune,
- c) Denaturarea prin substituie,
- d) Denaturarea prin transformare¹

Concluzii:

Ascultarea martorilor într-un proces penal poate fi esențială pentru aflarea adevărului, acest fapt putând face diferența între condamnarea unei persoane vinovate sau nevinovate valoarea probantă fiind egală cu a celorlalte mijloace de probă.

Trebuie remarcat că în cadrul unui proces penal martorul are o serie de drepturi care îl protejează, dar și o serie de obligații care îi incumbă, primând aflarea adevărului, celeritatea procesului penal, aplicarea unei hotărâri cât mai corecte, prezentându-se tot odată și situația în care în cadrul procesului penal depune o mărturie mincinoasă, fapt ce îi atrage o serie de sancțiuni în conformitate cu articolul 260 din Codul Penal.

Așadar, martorul este în continuare un principal mod prin care se încearcă aflarea adevărului în procesul penal, instanța având atât rol de decident între invinuit și celelalte părți cât și rol de arbitru între martor și celelalte părți, din toate acestea reieșind că pentru instanță primează aflarea adevărului.

Deși în vremurile noastre, tehnologia a luat un avânt deosebit, cu puternice conexiuni și în justiție, proba cu martori va mai fi mult timp una dintre cele mai puternice probe într-un proces penal.

Bibliografie:

1. Grigore Gr. Theodoru: „Tratat de Drept Procesual Penal”, Editura Hamangiu, București, 2007
2. Ion Neagu: „Tratat de Drept Procesual Penal-Parte Generala”, editura Global Lex, București, 2007
3. Theodoru II – pag. 132-133
4. Mircea Damaschin: „Drept procesual penal”, editura Wolter Kluwer, București 2010
5. Nicolae Volonciu: „Tratat de procedură penală-Parte generală, Volumul I”, editura Paidia, București, 1998
6. Vintilă Dongoroz, Constantin Bulai, Siegfried Kahane, Nicoleta Iliescu, George Antoniu, Rodica Stănoiu: „Explicații teoretice ale Codului de Procedură Penală Română – Parte Generală” volumul 5, editura Academiei Române, editura All Beck, București 2003
7. Emilian Stanciu- „Tratat de criminalistică”, Ediția a V-a, Editura Universul Juridic, București, 2010

¹ Emilian Stanciu- „Tratat de criminalistică”, Ediția a V-a, Editura Universul Juridic, București, 2010

ANALIZĂ COMPARATIVĂ A INFRAȚIUNII DE PRUNCUCIDERE ÎN VIZIUNEA ACTUALULUI ȘI VIITORULUI COD PENAL

Al Bahra SALY¹

ABSTRACT :

În speranța de a ne ajuta pe viitor la modul de aplicare efectivă a interpretării acestei incriminări prevăzută la Art 177 CP respectiv Art 200 NCP, în cadrul acestui studiu vom aborda atât norma de incriminare așa cum este ea prevăzută în actualul cât și în viitorul Cod Penal, respectiv condițiile care trebuiesc îndeplinite pentru ca o persoană să poată fi trasă la răspundere penală pentru această infracțiune, care sunt limitele acestora de pedeapsă și care sunt efectele acestora asupra individualizării pedepsei și impactul care îl va avea asupra societății și a valorii sociale ocrotită de lege.

CUVINTE CHEIE: *Cod penal, viitorul, actual, pruncucidere, comparație*

Acest studiu este realizat în vederea unei înțelegeri și interpretări mai corecte a unor aspecte teoretice aplicabile în practica judiciară.

În cadrul acestui studiu vom analiza *Infrațiunea de pruncucidere*, astfel cum este ea incriminată în actualul Cod Penal dar și în viitoarea incriminare conform Codului Penal care va intra în vigoare la data de 01.feb.2014

Una dintre valorile supreme garantate de Constituție și ocrotite de normele dreptului penal este omul, drepturile și libertățile lui². Asigurarea dreptului la viață este o condiție indispensabilă a existenței ființei umane și prin aceasta a întregii comunități, ea constituie o preocupare constantă atât a normelor de drept internațional, cât și a celor naționale

Dreptul la viață este proclamat ca valoarea universală și consemnată în mai multe acte legislative internaționale la care România este parte : *Declarația Universală a Drepturilor Omului, Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale, Convenția Internațională cu privire la Drepturile copilului, etc.*

Sub protecția legii penale este pusă inclusiv viața noului-născut. Creșterea numărului de pruncucideri pune în atenția organelor de urmarire penală și a instanțelor de judecată necesitatea stabilirii unui regim sancționator corespunzător pericolozității sociale a acestui fenomen.

Violența la care sunt supuși copiii și care s-a intensificat în ultimele decenii nu reprezintă un fenomen nou în istoria diferitelor societăți. Deoarece de-a lungul timpului, copiii au fost supuși la nenumărate abuzuri, le-au fost negată identitatea, fie de părinți, educatori sau alte persoane. Însă cel mai grav abuz este acele de infanticid, respectiv săvârșirea infracțiunii de pruncucidere.

Societățile care s-au confruntat cu dificultăți și au fost nevoite să se confrunte cu un nivel foarte scăzut al resurselor de hrană, au apelat la această infracțiune, încă din cele mai vechi timpuri, mai ales în societățile din Asia orientală.³

Printre exemple putem enumera Sparta, care incuraja asemenea practici în reglementările sale oficiale. China și Japonia sunt alte exemple, frecvența săvârșirii acestei infracțiuni era foarte ridicată, cu toata că aceasta avea loc în condiții extreme, respectiv atunci când succesiunea nașterilor de sex feminin depășea limitele admise.

¹ Studentă, Facultatea de Drept, Universitatea "Româno-Americană" din București; (e-mail: albahrasaly@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. Simona Tache

² Constituția României-Editura Moroșan 2010. Capitolul II – Drepturile și libertățile fundamentale

³ Jean-Claude Chesnais, „Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours”, Paris, Editions Robert Laffont, 1981

În cadrul crimelor comise prin violență, pruncuciderea se află pe locul al treilea. Dintre victime, băieții dețin ponderea cea mai mare (7,91 la suta de mii de locuitori față de 4,99 la suta de mii de locuitori în cazul fetelor)¹

Pentru a putea înțelege această infracțiune trebuie să analizăm textul, respectiv articolul care incriminează această faptă.

În actualul Cod penal această infracțiune este regăsită în Capitolul I intitulat Infracțiuni contra vieții, integrității corporale și sănătății, Secțiunea I intitulată Omucidirea

Art 177 – Pruncuciderea

„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”²

Din această normă de incriminare putem efectua o analiză a acestei infracțiuni :

Obiectul infracțiunii

Viața persoanei încetează odată cu moartea. Obiectul preocupării dreptului penal nu este determinat de orice moarte, ci de acea moarte violentă pricinuită de activitatea infracțională a faptuitorului, care a survenit în urma săvârșirii unei fapte ilegale incriminată în legea penală.

Obiectul pruncuciderii este noul-născut așa cum este prevăzut expres în lege. Astfel pruncuciderea poate fi delimitată de celelalte omoruri prin prisma obiectului de atentare. De aici putem deduce ideea potrivit căreia obiectul pruncuciderii este mai restrâns decât în celelalte cazuri de omor, referindu-se în exclusivitate la viața copilului nou-născut

Juridic : acesta este reprezentat de totalitatea relațiilor sociale care ocrotesc viața persoanei

• **După cum se știe. dreptul la viața apare în momentul expulzării copilului din corpul mamei. Nu are relevanță dacă copilul este sănătos sau nu, important este ca el să fie în viață.**

Material : acesta este reprezentat de corpul nou născutului

Subiecții infracțiunii

Infracțiunea nu poate fi concepută fără existența unei persoane care încalcă percepul legii penale prin acesta aduce o daună valorii sociale ocrotite.

Pruncuciderea face parte din categoria infracțiunilor cu subiect calificat, deoarece însuși textul de lege pretinde că pruncucidere se consideră a fi omorul copilului nou-născut de către mamă imediat după nastere; ca urmare, în calitate de subiect poate fi recunoscută numai mama biologică, adică femeia care a purtat și a născut copilul. Starea deosebită a mamei, cauzată de naștere, servește drept temei pentru calificarea infracțiunii.

Subiectul activ : autorul acestei infracțiuni este calificat, pe lângă condițiile generale pentru a răspunde penal trebuie să aibă calitatea de mamă

Din text rezultă că subiectul activ general al infracțiunii este calificat, unic, care nu poate fi decât mama copilului nou-născut. Subiectul activ special la infracțiunea de pruncucidere este descris printr-un semn pozitiv, adică făptuitoarea trebuie să aibe această calitate în momentul comiterii infracțiunii.

Potrivit Codului Penal infracțiunea cu subiect activ special se consideră a fi fapta periculoasă prevăzută de legea penală, al cărei autor poate fi numai persoana care dispune de anumite calități specifice, fixate în dispoziția articolului părții speciaie a Codului Penal (înafară de vârstă și responsabilitate)

Participația : nu este posibilă, întrucât condițiile prevăzute pentru existența acestei acțiuni nu pot fi îndeplinite decât de către mamă.

¹ Conform informațiilor date publicității de către Inspectoratul General al Poliției.

² Actualul Cod Penal

• *Participanții la această infracțiune având o distincție încadrare juridică, respectiv săvârșirea infracțiunii de omor calificat prevăzut la Art. 175CP*

Pasiv : acesta este calificat, trebuie să aibă calitatea de copil nou-născut

Subiectul pasiv al acestei infracțiuni conform textului este noul-născut, împotriva căruia se săvârșește o infracțiune. Ca și în cazul subiectului activ special, subiectul pasiv special trebuie să aibă o anumită calitate în momentul comiterii infracțiunii.

În cazul pruncuciderii calitatea este cea de copil nou-născut

Latura obiectivă a infracțiunii

Infracțiunea reprezintă un aliaj a două laturi inseparabile : una obiectivă care cuprinde manifestarea exterioară de pericol a subiectului și alta subiectivă, care include procesele psihice care însoțesc săvârșirea faptei.

Partea exterioară a actului infracțional este un element obligatoriu pentru orice infracțiune, condiționând răspunderea penală a unei persoane.

Latura obiectivă a pruncuciderii poate fi realizată atât prin acțiuni – deucidere exercitate asupra victimei, prin mijloace apte să suprimă viața acesteia, cât și prin inacțiuni, respectiv neîndeplinirea unor acte de importanță vitală pentru copil, acte pe care mama avea obligația legală să le îndeplinească

Elementul material : acesta poate fi reprezentat atât de o acțiune cât și de o inacțiune (aplicarea de lovituri, lăsarea acestuia în frig, înfometarea copilului)

Cerințe : fapta să fie săvârșită imediat după naștere

Urmarea imediată : aceasta este reprezentată de decesul copilului

Legătura de cauzalitate : aceasta trebuie dovedită fiind o infracțiune de rezultat

Latura subiectivă a infracțiunii

Infracțiunea dobândește relevanță juridico-penală doar atunci când actul de conduită prevăzut și pedepsit de legea penală, este expresia conștiinței și voinței făptuitorului.

Latura subiectivă, ca o componentă a actului infracțional exprimă procesele psihice ce au loc în conștiința și voința persoanei, caracterizate printr-o formă de vinovăție, motiv, scop și stare emoțională.

Vinovăția este un element obligatoriu al laturii subiective, ea reprezintă atitudinea psihică a făptuitorului față de fapta săvârșită și urmările acesteia.

Pruncuciderea, ca o formă de specie a omorului, cuprinde în conținutul său varianta tip a infracțiunii de omor care poate fi realizată prin intenție. Prin urmare, atitudinea psihică în cazul infracțiunii de pruncucidere poate îmbrăca doar forma intenției, nu și a culpei.

Această infracțiune poate fi comisă atât prin intenție directă cât și cea indirectă. Din dispozițiile textului de lege reiese faptul că pruncucidere este săvârșită prin intenție atunci când subiectul își dă seama că acțiunea sau inacțiunea este una periculoasă pentru viața copilului nou-născut, prevede posibilitatea decesului și dorește survenirea acestuia.

În cazul săvârșirii infracțiunii prin intenție indirectă, mama își dă seama de pericolul ce-l implică săvârșirea faptei pentru viața copilului, prevede posibilitatea survenirii morții și o admite în mod constient. Astfel, urmările prevăzute ca rezultat posibil al faptei voite nu sunt dorite de făptuitor, ci numai acceptate în eventualitate că se vor produce și ele, alături de altele, pe care le dorește drept scop imediat al acțiunii/omisiunii concepute și care se află în afara componenței de infracțiuni.

Stabilirea formei intenției, deși nu are relevanță pentru calificare, este obligatorie în fiecare caz particular de săvârșire a infracțiunii de pruncucidere.

Determinarea acestui aspect are importanță pentru individualizarea răspunderii și pedepsei penale. Astfel, la aplicarea pedepsei se va ține cont de faptul că infracțiunea săvârșită prin intenție directă se consideră mai gravă decât cea comisă prin intenție indirectă.

Vinovăția : Forma prin care această infracțiune poate fi săvârșită este intenția directă și cea indirectă

Cerințe : Uciderea copilului nou născut să fie determinată de starea de tulburare și ca starea de tulburare să fie pricinuită de naștere

Pentru a putea avea o viziune mai completă a acestei infracțiuni din punctul de vedere al practicii, trebuie să lămurim anumite aspecte, respectiv :

1. Cum este apreciat termenul „imediat după naștere” ?
2. Cum este examinată starea de tulburare pricinuită de naștere și care este acea stare de tulburare care legiuitorul o avea în vedere când a incriminat fapta?
3. Cum poate fi săvârșită infracțiunea de pruncucidere în mod activ și în mod pasiv?

Apelând la practica judiciară, aceasta a decis că termenul/momentul „imediat după naștere” se extindea în timp asupra bebelușilor care în momentul nașterii aceștia s-au născut vii și până la momentul în care nu mai aveau urme ale nașterii (10-14 zile). Importanța acesteia este aceea de a ajuta juristul pentru a putea evalua, aprecia și încadra corect fapta săvârșită.

Tulburările pricinuite de naștere, avute în vedere de legiuitor atunci când a incriminat această infracțiune de pruncuciderea, ca formă a omorului care atrage o răspundere penală atenuată, sunt tulburările de natură psiho-patologică, cum ar fi psihoza puerperală clasică, psihoza maniaco-depresivă, tulburările schizofreniforme.

Nu pot fi considerate tulburări pricinuite de naștere, în sensul textului de lege, tulburările specifice nașterii, care încetează odată cu nașterea, și nici manifestările emoțional-afective, determinate de stările conflictuale în care se găsește mama care nu-și dorește copilul¹.

Toate aceste tulburări sunt examinate de către medici specializați care pot da un diagnostic corect.

Pruncuciderea activă (manifestată prin comportament activ) poate fi comisă prin diferite acțiuni de ucidere exercitate asupra copilului nou-născut, apte să provoace moartea acestuia. Dintre acțiunile caracterizate printr-o răspândire mai frecventă în practică pot fi menționate următoarele: sufocarea, strangularea, sugrumarea cu mâna, înecarea în găleata cu apă, lighean, apă curgătoare, lovirea cu corpuri contondente.

Pentru *pruncuciderea pasivă* sunt caracteristice anumite modalități faptice ale comportamentului omisiv, care nu pot fi întâlnite la alte tipuri de omoruri. Acest lucru rezultă din natura și caracterul acțiunilor pe care mama este obligată să le realizeze în perioada postnatală pentru a salva viața nou-născutului.

Astfel, pruncuciderea pasivă prezumă: nelegarea cordonului ombilical, neînfășurarea și nealptarea copilului nou-născut, neluarea măsurilor pentru stimularea respirației pulmonare, dacă copilul se naște în stare de asfixie, abandonarea în condiții inadecvate de mediu etc.

În practică, pruncuciderea este comisă frecvent prin abandonarea nou-născutului în condiții de frig, având drept efect survenirea unei stări de hipotermie la victimă.

În viitorul cod penal, regăsim această infracțiune la Capitolul III intitulat infracțiuni săvârșite asupra unui membru de familie.

Art. 200 - Uciderea ori vătămarea nou-născutului săvârșită de către mamă.

„(1) Uciderea copilului nou-născut imediat după naștere, dar nu mai târziu de 24 de ore, săvârșită de către mama aflată în stare de tulburare psihică se pedepsește cu închisoarea 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 luna și, respectiv, 3 ani.”

Din această normă de incriminare putem efectua o analiză a acestei infracțiuni :

¹ <http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202009/SP%20176%202009.htm>

Obiectul infracțiunii

Juridic : acesta este reprezentat de relațiile sociale care ocrotesc viața persoanei.

Material : acesta este reprezentat de corpul nou născutului.

Subiecții infracțiunii

Activ: autorul acestei infracțiuni este calificat, pe lângă condițiile generale pentru a răspunde penal trebuie să aibă calitatea de mamă.

Participația: nu este posibilă, întrucât condițiile prevazute pentru existența acestei acțiuni nu pot fi îndeplinite decât de către mamă.

Pasiv : acesta este calificat, trebuie să aibă calitatea de copil nou născut.

Latura obiectivă a infracțiunii

Elementul material : acesta poate fi reprezentat de o acțiune sau de o inacțiune

Cerințe : fapta să fie săvârșită în termen de 24 de ore de la nașterea copilului

Urmarea imediată : aceasta este reprezentată de decesul copilului

Legătura de cauzalitate : aceasta trebuie dovedită fiind o infracțiune de rezultat

Latura Subiectivă a infracțiunii

Vinovația : Forma prin care această infracțiune poate fi săvârșită este intenția directă și cea indirectă

Cerințe : Uciderea copilului nou născut să fie determinată de starea de tulburare psihică

Din această analiza a infracțiunii constătam faptul că lina orizontală care reprezintă momentul în care infracțiunea poate fi săvârșită, în viziunea noii reglementari este mai scurtă, respectiv aceasta are o fereastră mai mică de timp în care se poate săvârși, iar in caz contrar, încadrarea infracțiunii va fi una distinctă

Momentul nașterii

anterior nașterii	24 de ore de la naștere	Ulterior celor 24 de ore de la naștere
----------------------	------------------------------------	---

Întreruperea sarcinii Uciderea ori vatămarea noului născut Omor calificat

După cum rezultă, factorii care determină încadrarea infracțiunii în viziunea noului Cod Penal sunt bine determinați, aceștea fiind reprezentați de cele 24 de ore de la naștere.

Rezultând faptul că în cazul uciderii copilului nou-născut înainte de naștere, infracțiunea săvârșită de către mamă este cea de întreruperea cursului sarcinii și se pedepsește cu închisoarea de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă și interzicerea exercitării unor drepturi

În cazul în care uciderea copilului nou-născut se comite în decursul celor 24 de ore de la momentul nașterii, atunci infracțiunea este încadrată ca fiind cea de ucidere a noului născut (desigur o condiție esențială este cea că mama să se afle într-o stare de tulburare psihică) și se pedepsește cu închisoarea de la 1 an la 5 ani

În cazul în care uciderea copilului nou-născut se comite ulterior aceluia termen de 24 de ore pe care legiuitorul îl menționează în norma de incriminare, atunci infracțiunea este încadrată ca fiind omor deosebit de grav și este pedepsită cu închisoarea de la 15 la 25 de ani și interzicerea unor drepturi

Iată cum legiuitorul în noul cod penal clarifică și simplifică într-un anumit mod, acest aspect al încadrării faptei.

În vederea unei ilustrări a modificărilor survenite în codul penal cu privire la infracțiunea de pruncucidere prevăzută la art.177 actualul cod penal, respectiv infracțiunea de uciderea a noului născut prevăzută la art. 200 viitorul cod penal, vom realiza o comparație a analizelor infracțiunii pentru a depista aceste modificări și a vedea, respectiv pentru a putea preconiza ce efecte vor avea asupra sistemului juridic din punct de vedere teoretic cât și cel practic și asupra impactului pe care îl va avea asupra societății.

Comparația analizelor

		Conform Art 177	Conform Art 200
OBIECTUL	Juridic	Relațiile sociale care ocrotesc viața persoanei	Relațiile sociale care ocrotesc viața persoanei
	Material	Corpul noului născut	Corpul noului născut
SUBIECȚII	Activ	Mama copilului	Mama copilului
	Participația	Nu este posibilă	Nu este posibilă
	Pasiv	Copilul nou născut	Copilul nou născut
LATURA OBIECTIVĂ	Elementul Material	O acțiune sau o inacțiune	O acțiune sau o inacțiune
	Cerințe	fapta sa fie săvârșită imediat după naștere	Fapta să nu fie săvârșită mai târziu de 24 de ore de la naștere
	Urmarea imediată	Decesul	Decesul
	Legătura de cauzalitate	Trebuie dovedită	Trebuie dovedită
LATURA SUBIECTIVĂ	Vinovația	Intenția directă și indirectă	Intenția directă și indirectă
	Cerințe	Să se afle într-o stare de tulburare pricinuită de naștere	Să se afle într-o stare de tulburare psihică
LIMITELE DE PEDEAPSĂ	-	Închisoarea de la 2 la 7 ani	Închisoarea de la 1 la 5 ani

Din această analiză regăsim 3 modificări survenite în textul de incriminare a acestei infracțiuni, respectiv :

1. Cerințele elementului material conform art.177 precizează faptul că fapta să fie săvârșită imediat după naștere, pe când cerințele elementului material conform art. 200 precizează faptul că fapta să nu fie săvârșită mai târziu de 24 de ore de la naștere

2. Cerințele laturii subiective conform art. 177 precizează faptul că fapta trebuie săvârșită sub imperiu stării de tulburare pricinuită de naștere, pe când conform art.200 cerințele laturii subiective sunt acelea că fapta să se săvârșească sub imperiu unei stări de tulburare psihică

3. Limitele de pedeapsă prevăzute la art.177 sunt acele cu închisoarea de la 2 la 7 ani, pe când în art.200 limitele de pedeapsă prevăzute sunt închisoarea de la 1 la 5 ani

Realizăm faptul că legiuitorul prin schimbările aduse în noul cod penal, :

- dorește să delimiteze momentul săvârșirii infracțiunii, ceea ce presupune că această infracțiune de omor în forma atenuantă să nu se mai poată săvârși pe o durată de timp atât de lungă (10-14 zile de la naștere)

- starea în care subiectul activ (mama) să se afle, respectiv legiuitorul a dorit să lărgescă sfera stărilor de tulburare a mamei, acestea ne mai rezumându-se doar la starea de tulburare pricinuită de naștere

- și nu în ultimul rând reduce limitele de pedeapsă, apreciem că legiuitorul a dorit să fie mai blând cu noua pedeapsă prevăzută pentru această infracțiune, având la bază un raționament logic, acele fiind cauza principală care atenuază această infracțiune, respectiv acea tulburare psihică în care mama se află în momentul săvârșirii infracțiunii.

Individualizarea executării pedepsei este o altă instituție pe care o vom aborda în cadrul acestui studiu.

Ca noțiune generală aceasta se referă la posibilitatea instanței de judecată de a se ocupa de modul în care urmează să fie executată pedeapsa, deci să individualizeze executarea pedepsei, aceasta putând să dispună motivat, ca pedeapsa să se execute în alt mod decât cel care este propriu naturii acesteia¹, prin executarea închisorii la locul de muncă ori într-o închisoare militară, sau se poate dispune chiar suspendarea condiționată a executării pedepsei ori suspendarea executării pedepsei sub supraveghere.

În acest proiect vom analiza acele ramuri de individualizare judiciară a executării pedepsei, respectiv suspendarea condiționată a executării pedepsei și suspendarea pedepsei sub supraveghere.

Forma de individualizare a executării pedepsei	Pedeapsa principală aplicată	Condiții privitoare la persoana infractorului	Termenul de încercare
Suspendarea condiționată a executării pedepsei	- Ped. Închisorii nu poate fi mai mare de 3 ani sau amendă - În cazul concursului de infracțiuni, ped. închisorii să fie de cel mult 2 ani	Să nu fi fost condamnat anterior la pedeapsa închisorii mai mare de 6 luni	Adulți : - Durata închisorii la care se adaugă un termen de 2 ani - În cazul de ped.amenzii termenul este de 1 an Minori : - Durata închisorii la care se adaugă un termen de 6 luni-2

¹ Drept penal român- Partea generală – Constantin Mitache și Cristian Mitache, Ed a VIII-a revăzută și adăugată – Universul Juridic 2010

			ani - În cazul de ped. amenzii termenul este de 6 luni
Suspendarea executării pedepsei sub supraveghere	- Ped. Închisorii sa nu fie mai mare de 4 ani - In cazul concursului de infracțiunii, ped închisorii să nu fie mai mare de 3 ani	Să nu fi fost condamnat anterior la pedeapsa închisorii mai mare de 1 an	Durata închisorii la care se adaugă un termen de 2-5 ani care este apreciat de catre instanta de judecată

În urma unui studiu personal, în cea ce privesc hotărârile date de către instanțele de judecată aflate pe teritoriul României, am constatat faptul că 9/10¹ sentințe/decizii în cazul săvârșirii acestei infracțiuni sunt pedepsite cu închisoarea între 3-5 ani, instanța dispunând fie suspendarea condiționată a executării pedepsei fie suspendarea executării pedepsei sub supraveghere.

În cadrul acestui studiu am constatat urmatoarele :

- Pruncuciderea este o infracțiune săvârșită prin violență, de cele mai multe ori și adesea intalnită la femei care au vârsta cuprinsă între 15-30 de ani
- Atât actuala cât și viitoarea incriminare este de natură de a prevenii săvârșirea acesteia
- Viitoarea reglementare completează și delimitează anumiți factori care pot ajuta la încadrarea acestei fapte
- Viitoarea reglementare extinde noțiunea termenului de tulburare psihică, aceasta ne mai rezumându-se doar la tulburare pricinuită de naștere
- Legiuitorul în viitoarea sa incriminare este mai blând față de actuala incriminare prevazută în Codul Penal
- Practica judiciară arată că în cele mai multe cazuri, rezultatul săvârșirii acestei infracțiuni este sancționată cu închisoarea și se dispune suspendarea executării pedepsei, din aceasta deducem faptul că există o oarecare unitate a practicii judiciare

Referințe bibliografice:

Acte normative și publicații:

11. Constituția României
12. Cod penal
13. Convenția europeană a drepturilor omului

Carti, culegeri, autori:

1. Jean-Claude Chesnais – Histoire de violence en Occident de 1800 a nos jours, Paris, Editions Robert Laffont, 1981

¹ Tribunalul NEAMȚ, Sentința penală Nr. 148 P din 10 august 2010, I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 176 din 22 ianuarie 2009, TRIBUNALUL VASLUI, SECȚIA PENALĂ.SENTINȚA PENALĂ Nr. 144,18.martie.2009 , altele

2. Boroi – Pruncuciderea și uciderea din culpă. Editura Ministerului de Interne, București, 1992
3. Gheorghe Iulian Ioniță, Drept penal – Parte specială, Ediția a II-a, Universul Juridic, București 2012
4. Constantin Mitrache și Crisitian Mitrache – Drept penal român - Partea generală, Ediția a VIII-a revazută și adăugită, Universul juridic 2010

Alte surse :

1. <http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202009/SP%20176%202009.htm>

JACK SPINTECATORUL STUDIU DE CAZ

Ana Maria Alexandra IOSIF ¹

Abstract

In această lucrare am să prezint,un scurt istoric despre orasul in care a acționat acest criminal,un scurt istoric al criminalului ,alte victime atribuite dosarului crimelor,o descriere amanunțita a victimelor și a modului în care acestea au fost ucise, un profil psihologic al criminalului și o teorie conform căreia autorul acelor crime a fost de fapt o femeie, modul în care presa a ajutat la promovarea notorietății acelu criminal.De asemenea lucrarea va conține poze în care sunt victimele și presupusele scrisori , "Dear boss" ,"Saucy Jacky" și "From Hell".

Cuvinte cheie: *criminal în serie,ancheta, prostituate,scrisori,organe.*

1. Introducere

Prin acest studiu voi evidenția particularitățile unui caz neinchis nici până în ziua de astăzi,un caz fascinant în care criminalul este încă necunoscut.O curiozitate juridică.

Voi analiza și detalia fiecare dintre cele cinci omoruri în parte,sperând că va voi starni interesul și angaja imaginația în așa fel încât să parcurgem împreună scenele crimelor de parcă ne-am afla în acea locație.De asemenea voi prezenta un studiu din care reiese genetica unui infractor.

Deși acest episod s-a desfășurat în Anglia consider acest caz ca fiind important pentru penaliștii din toată lumea,făcându-ne să înțelegem de ce este imperativ să folosim întocmai litera legii pentru a putea captura un astfel de criminal,un criminal în serie,de asemenea acest caz face diferența între tehnologia folosită în anii 1800 pentru a investiga un caz și cea de acum .



Lectura de specialitate a apreciat mai multe teorii privind acest criminal inteligent , l-a atribuit mai multor clase sociale pe rând,mai multor profesii și niveluri de educație,dar nimeni nu a reușit să îi atribuie o față definitivă și un nume pentru a fi judecat și pentru a răspunde pentru oroarea pe care a adus-o .

2.Context

“Jack Spintecatorul “este un pseudonim acordat unui criminal în serie activ în jurul regiunii Whitechapel cât și în districtele adiacente orașului Londra,în toamna anului 1888.Numele acestui notoriu și calculat criminal este preluat dintr-o scrisoare trimisă agenției Centrale de Știri din Londra de către o persoană care pretindea că este autorul.

Victimele sale erau femeile care încercau să își câștige traiul practicând prostituția. Crimele se

¹ Student,Facultatea de drept,Universitatea „Romano Americana” din București; (e-mail: iosifalecsandra@yahoo.com) Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.Simona Tache (e-mail: tachesimona@yahoo.com)

petreceau fie în toiu noptii fie dimineața foarte devreme pe alei principale,ori străzi semi-publice.

Pe la mijlocul secolului XIX , Anglia se confrunta cu un flux extrem de mare,majoritatea venind din Irlanda,datorita supraglomerari conditiile de muncă și locuire au avut ca effect dezvoltarea unei numeroase clase neprivilegiate economic.¹Aceasta săracie a populației a determinat multe femei să recurga la prostituție.În octombrie 1888,Politia Metropolitană Londoneză a estimat că existau peste 1200 de prostituate rezidente in Whitechapel și aproximativ 62 de bordeluri.²

Majoritatea crimelor atribuite lui “Jack Spintecătorul” au avut loc in a doua jumătate a anului 1888 desi seria asasinatelor brutale din Whitechapel a persistat cel puțin pana in anul 1891. Numeroasele crime reprezentau acte abominabile precum mutilarea sau eviscerarea victimelor acestea apărând foarte des în presă.

VICTIME

1.Marry Ann Nichols(26 august1845-31 august 1888)

Ucisă la vârsta de 43 ani , cadavrul acesteia a fost descoperit în dimineata de 31 august 1888 in jurul orei 3:40 în fata unui grajd la intrarea in Buck’s Row. La scurt timp dupa prezentarea sa la fata locului Dr.Ralph Rees Llewellyn a declarant-o decedata pe Marry Ann , în urma unui examen sumar asupra corpului.

Post-mortem

Îi lipseau cinci dinți și avea o mica rană pe limbă,de-a lungul maxilarului pe partea dreaptă era prezentă o echimoză , această rana putând fi cauzată de o lovitură ori de presiunea aplicată de un deget.Pe partea stângă a gâtului la 2.5 cm de maxilar se afla o incizie de aproximativ 10 cm lungime care pornea dintr-un punct imediat de sub ureche,2.5 cm mai jos se afla o incizie circulară care se termina la aproximativ 7,5 cm de partea dreaptă a maxilarului.Această incizie a secționat toate țesuturile pana la vertebre.Vasele majore de sange au fost secționat pe ambele părți ale gâtului.Inciziile aveau lungimea de aproximativ 20 de cm,taieturile au fost cauzate de un cuțit cu lama lungă,foarte ascuțit și au fost aplicate cu violență. Nu a fost găsit sânge pe pieptul victimei,nici pe corp,nici pe haine . Nu au existat leziuni pe corp până înspre partea inferioară a abdomenului. Cinci,centimetri în partea stângă se prezenta o rană crestatăfoarte adancă .Tot pe abdomen aflau trei,patru tăieturi similar orientate în jos.Cauzate de un cuțit folosit cu o violență aparte.Rănila au fost provocate de la stânga la dreapta și este posibil să fi fost cauzate de o persoana stângace.Toate leziunile au fost cauzate de același instrument.³

¹ Life and Labour of the people in London (London:Macmillan 1902-1903)

² Donald Rumbelow (2004) The complete Jack the Ripper ISBN 0-14-017395-1

³ Wiki: Jack the Ripper

REGISTRATION DISTRICT <i>Whitechapel</i>									
1888. DEATH in the Sub-district of <i>Whitechapel Church</i> in the <i>County of Middlesex</i>									
Column:	1	2	3	4	5	6	7	8	9
No.	When and where died	Name and surname	Sex	Age	Occupation	Cause of Death	Signature, description and residence of informant	When registered	Signature of registrar
370.	<i>Thirty first August 1888 in the street in Bucks Row.</i>	<i>Marry Ann Nichols.</i>	<i>Female</i>	<i>42 years</i>	<i>Wife of William Nichols Printing Machinist Lodging House 35 Dorset Street Spital fields.</i>	<i>Violent. Swings from loss of blood from wounds in neck and abdomen inflicted by some sharp instrument. Wolfol Murder against some person or persons unknown. Post Mortem.</i>	<i>Certificate received from Wynne E. Baxter Coroner for Middlesex Inquest held 1st 2nd 3rd 4th 22nd September 1888.</i>	<i>Twenty fifth September 1888.</i>	<i>John Hall Registrar</i>

Figure 1. Copie certificat deces Marry Ann Nichols

2. Annie Chapman (Septembrie 1841 – 8 septembrie 1888)

Trupul lui Annie a fost descoperit cu puțin înainte de ora 06.00a.m de către John Davis, un birjar care locuia împreună cu familia sa la etajul al treilea al clădirii de la Nr 29. După ce i-a alertat pe James Green, James Kent și Henry Holland în strada Hambury, Davis s-a dus la Secția de poliție Comercial Street după care s-a întors.



Hainele și lucrurile lui Annie:

- Haina lungă și neagră
- O bluză neagră
- Corsetul maro
- Încă un corset
- 2 juupoane
- Un buzunar purtat pe sub fusta și legat cu sfoară de talie (gol când a fost găsit)
- Cizme cu șireturi
- Ciorapi din lână cu dungi roșii și albe
- Eșafa, albă cu o margine roșie lată (împăturită în trei colțuri și înnodată la partea din față a gâtului ei. Ea purta esarfa în aceasta maniera când pleaca din Crossingham)
- Avea trei inele de alama pe degetul mijlociu recent achiziționate (lipseau după crimă)
- Resturi de muselina
- Un pieptan într-o cutie de hârtie
- Resturi de plic ce conținea două pastile. Are sigiliul Regimentului Sussex. Este timbrat la "Londra, 28 Aug. 1888" este inscripționată o adresa parțial formată din litera M, numărul 2 ca și cum ar fi începutul unei adrese și litera S.

Dr. George Bagster Phillips descrie cadavrul lui Annie Chapman așa cum l-a văzut la 6.30 AM în curtea din spatele casei din strada Hambury 29:

“Brațul stâng era situat peste sânul stâng. Piciorul era trase în sus, cu talpa piciorului pe pământ și genunchii erau orientate către exterior. Trupul era mutilat teribil, rigiditatea membrelor nu a fost înregistrată, dar începuse să se instaleze. Gâtul a fost despicat adânc; pielea era sfâșiată în urma inciziei care era de jur împrejurul gâtului. Pe plăcile de lemn dintre curtea în cauza și următoarea, pete de sânge, care corespund locului unde era capul decedatei, unde avea să fie văzut. Acestea erau la aproximativ 35 cm de pamant, și deasupra locului în care se afla balta formată din sângele din gât.

Post-mortem

"Am observat aceeași proeminență a limbii. În partea de sus a pieptului erau două echimoze distincte, fiecare de dimensiunea degetului mare al unui bărbat. Rigiditatea membrelor era instalată. Există o echimoza deasupra jumătății osului mâinii drepte. Rigiditatea era mai accentuată pe partea stângă, în special la degete. Există o abraziune pe inelar, cu semne distincte ale unui inel sau inele. Gâtul a fost sectionat cum a fost descris mai devreme. Inciziile în stratul de piele indică faptul că au fost făcute din partea stângă a gâtului. Erau două tăieturi curate și distincte pe partea stângă a coloanei. Acestea erau paralele și echidistante. Structura musculară indică încercarea de separare a oaselor gâtului. Existau diverse urme de mutilare pe corp, dar în opinia lui au fost provocate după moartea femeii și pierderea masivă a sângelui prin tăierea gâtului..

Decedata era într-o stare avansată a unor boli de planami și creier, dar acestea nu au contribuit la cauza morții. Stomacul conținea mâncare puțină, dar nu exista vreun semn care să indice existența lichidelor. Nu existau semne care să indice consumul de alcool, dar existau semne ale subnutriției. Rănile nu erau cu siguranță auto-provocate. Echimozele de pe față erau evident recente, mai ales cele de deasupra bărbiei și de pe lateralul maxilarului, dar vânătăile de pe piept și tâmplă erau mai vechi-probabil de câteva zile. În opinia mea persoana care i-a tăiat gâtul victimei a apucat-o pe aceasta de bărbie, și apoi a început incizia de la stânga la dreapta. Cred că este foarte probabil ca o persoană să strige după ajutor, dar referitor la ideea că ar fi fost redusă la tăcere cu un calus am putut indica fata umflată și limba proeminentă, ambele semne ale sufocării.

Abdomenul a fost deschis în totalitate: intestinale, sectionate din mezenter, au fost scoase din cadavru și așezate pe umarul cadavrului; pe când din pelvis, uterul și anexele împreună cu porțiunea superioară a vaginului și două treimi ale vezicii, au fost eliminate în totalitate. Nu au putut fi găsite urme ale acestor părți iar inciziile au fost curate, evitând rectul și divizând vaginul destul de jos pentru a evita rănirea colului uterin. Evident a fost lucrarea unui expert, cel puțin al unuia care detine cunoștințele anatomice și patologice necesare pentru a putea rețea organele din pelvis cu o singură tăietură de cuțit, care trebuie să aibă între 5 și 6 inchi lungime. Caracteristicile tăieturilor dau crezare opiniei conform căreia instrumentul, cu care a sectionat gâtul, a fost foarte ascuțit. Modul în care a fost folosit cuțitul pare a indica o mare cunoaștere anatomică.

Eu însumi nu aș fi putut induce toate acele răni pe care le-am descris, chiar și fara a mi se opune rezistență, în mai puțin de un sfert de ora. Dacă ar fi făcut-o într-un mod asemenător unui chirurg probabil ar fi durat mai bine de o ora."¹

¹ http://wiki.casebook.org/index.php/Annie_Chapman

Registration District <i>Whitechapel</i>									
1888. Death in the Sub-district of <i>Spitalfields</i> in the County of <i>Middlesex</i>									
No.	When and where died	Name and surname	Sex	Age	Occupation	Cause of death	Signature, description, and residence of informant	When registered	Signature of registrar
<i>281</i>	<i>8th September 1888 29 Newbury Street</i>	<i>Annie CHAPMAN</i>	<i>Female</i>	<i>47 years</i>	<i>Widow of John Chapman</i>	<i>Violent injuries to throat and abdomen Chapman by a sharp instrument a murder against some person or persons unknown</i>	<i>Certificate received from Wynne & Baxter, Coroners, September 1888. Inquest held 10th 12th 19th and 20th September 1888.</i>	<i>Twenty September 1888</i>	<i>W. Edwards</i>

Figure 2. Certificatul de deces al victimei Annie Chapman



3. Elizabeth Stride (27 Noiembrie 1843-30 Septembrie 1888)

La momentul morții Elizabeth Stride purta :

- O jacheta neagră din panză împodobită cu blană la margini , untrandafir roșu prins în păr (Nu purta floarea când a plecat din locul unde era cazată)

- Fustă neagră
- Boneta neagră
- Eșarfa înnodată în partea stânga
- Corset maro din catifea
- Două jupoane ușoare
- Ciorapi albi
- Combinezon alb
- 2 batiste (una mai mare pe care se observă pete de fructe)

- Un degetar și o bucată de lână înfășurată pe un carton

În buzunarul unuia dintre jupoanele sale au mai fost găsite :

- O cheie mică (ca a unui lacăt)
- O mică bucată de creion
- Un nasture mic și șase mari
- Un pieptăne
- O bucată ruptă de pieptane
- O lingură de metal
- Una au două bucăți mici de hârtie
- Un cârlig (ca cele de la rochie)

Fiind găsită tinând în brațe o cutie de Cachous (pastile utilizate de fumători pentru indulcirea respirației).

Post-mortem

Dr. George Bagster Philips (care s-a ocupat și de victimele Chapman și Kelly) a efectuat autopsia lui Stride. A fost de asemenea prezent și la locul faptei unde a afirmat că victima nu a consumat struguri. Raportul său după cum urmează:

„Corpul a fost asezat cu fața spre perete cu capul înspre curte și picioarele spre stradă,bratul stâng extins iar în cel drept s-a gasit un pachet de Cachous,mâna dreaptă era poziționată peste burta,dosul palmei si incheietura prezenta urme de sânge coagulat,picioarele erau poziționate împreună aproape de perete.Trupul și fața erau calde iar mâinile reci,picioarele erau calde de asemenea.

Decedata avea o batistă de mătase în jurul gâtului,care fusese tăiată,aceasta corespundea cu unghiul maxilarului drept.Gatul a fost profund despicat,a existat o abraziune pe piele de aproximativ 2.5 cm aparent pătată cu sânge sub mâna dreaptă.

Împreună cu Dr.Blackwell am efectuat autopsia.Rigor-mortis se instalase riguros,avea noroi pe față, corpul era bine hrănit,pe ambi umeri,în special pe dreptul,sub clavicula și în partea din față a pieptului prezenta o discolorație albăstrui pe care nu am mai vazut-o decat de doua ori de atunci.

A fost făcută o incizie curată la gât cu o lungime de aproximativ 15 cm în linie dreaptă sub unghiul maxilarului începând la suprafață și continuând din ce în ce mai adanc, deviind un pic în jos,arterele și vasele de sânge au fost secționate.Incizia prin țesuturile de pe partea dreaptă a fost mai superficială,venele mai adânci pe partea aceea nu au fost atinse, din acestea reiese că hemoragia a fost cauzată de sectionarea parțială a carotidei pe partea stângă.

Decompozitia incepuse în piele,pete maro erau prezente pe suprafața interioară a bărbiei în partea stânga,avea o malformație osoasa la piciorul drept.Corpul fiind spălat cu mai multa minuțiozitate se puteau vedea răni în stare de vindecare,lobul urechii era rupt cel mai probabil de la purtarea unui cercei,dar fusese vindecat adecvat.La îndepărtarea scalpului nu a existat nici un semn de extravazare sanguină.Inima era mică,nu au fost găsite chiaguri în artera pulmonară dar ventriculul drept era plin de chiaguri.Stomacul a fost de dimensiuni mari conținea alimente digerate partial,branza,cartofi si fainoase.Toți dinții de pe maxilarul inferior stâng au fost absenti.”¹

Registration District <i>Saint George in the East</i>									
1888. Death in the Sub-district of <i>St. George North</i> in the County of <i>Middlesex</i>									
No.	When and where died	Name and surname	Sex	Age	Occupation	Cause of death	Signature, description, and residence of informant	When registered	Signature of registrar
<i>479</i>	<i>Thirtieth September 1888 In a court at the side of 40 Berner Street St. George</i>	<i>Elizabeth STRIDE</i>	<i>Female</i>	<i>45 years</i>	<i>Widow of John Thomas STRIDE Carpenter</i>	<i>Violent Haemorrhage from severance of blood vessels in the neck by a sharp instrument Murder against person or person unknown Post mortem</i>	<i>Certificate received from Wynne E. Barker of Bowden</i>	<i>October 1888</i>	<i>W. Armstrong Registrar</i>

Figure 3 Certificat deces victima Elizabeth Stride

¹ <http://wiki.casebook.org/index.php/>



4.Catherine Eddows (14 aprilie 1842 – 30 septembrie 1888)

La momentul decesului Catherine suferea de boala Bright,o forma de uremie.Prietenii vorbeau despre ea ca despre o femeie inteligentă dar cu un temperament coleric.

Aceasta purta la momentul decesului:

- Sacou negru cu marginile de imitație de blană iar de jur împrejurul buzunarelor panglici de mătase și imitație de blană.

- Fustă verde creton cu 3 volane,și nasture maro pe betelie,fusta este cu model de margarete și crini de aur.

- Vesta albă,corset,guler din catifea neagră

- Fustă foarte veche zdrențuită albastră cu volane roșii

- Nu s-a găsit lenjerie intimă și nici ciorapi

- O bucată de tifon de mătase roșu purtat drept cravată

- O batistă mare de buzunar

- O batistă albă din bumbac cu

păsări alb-roșii brodate

Obiectele aflate în posesie:

- Două pungi mici albastre
- Două tuburi scurte de lut negru
- O cutie cu ceai
- O cutie cu zahăr
- O cutie goală de chibrituri
- Doisprezece piese de cârpă albă pătate de sânge
- O bucată lenjerie grosier
- O bucată de flanel roșu
- Șase bucăți de săpun
- Un pieptăne cu peri mici
- Un cutit de masă cu mâner alb
- O bucată dintr-o pereche de ochelari
- O mânășă de bucătărie roșie

Post-mortem

Dr.Frederick Gordon Brown,chirurgul poliției din Londra chemat la fața locului a ajuns în Mitre Square în jurul orei 2:00AM,raportul este după cum urmează:

„Corpul era pe spate iar capul era orientat către umărul stâng.Mâinile pe lateralele corpului de parcă ar fi cazut acolo,ambele palme orientate în sus cu degetele ușor îndoite

,piciorul stâng extins în linie cu corpul,abdomenul era expus iar piciorul drept îndoit de la coapsa și genunchi.Gâtul era secționat.

Intestinele au fost scoase din cavitatea abdominală și așezate pe umărul drept, erau mânjite de materie fecală, o bucată de aproximativ 61 cm a fost detasată de corp și aranjată între mâna stânga și corp aparent pentru desing. Lobul și pavilionul urechii drepte au fost tăiate oblic.

S-a găsit o cantitate mare de sânge coagulat pe trotuar pe partea stânga a gâtului, în jurul umărului și a antebrațului, un fluid de culoarea sângelui se scurgea din rana de la gât. Organismul era cald, nu se instalase rigor-mortis. Ea trebuie să fi decedat undeva în ultimele 30 de minute. Nu prezenta echimoze. Nu am găsit sânge pe pielea de pe abdomen sau orice alt fel de secreție pe haine sau lucrurile ce îi aparțineau. Câteva nasturi au fost găsiți sub cadavru în sângele încheșat după ce cadavrul a fost ridicat.

Am efectuat autopsia la ora două și jumătate într-o duminică după amiază. Rigor-mortis prezent; discolorație verde pe abdomen. Fața era mutilată.

Am examinat conținutul stomacului, conținutul acestuia nu era foarte voluminos, în parte mai mult fluid decât urme de mâncare. Intestinele au fost detasate din mezenter. Aproximativ 61 cm de colon a fost îndepărtat, flexura sigmoidiană a fost foarte bine invaginată în rect. Rinichiul drept s-a prezentat pal, fără conținut sangvin cu cheaguri prezente la piramida. Peritoneul a fost tăiat în partea stânga iar rinichiul stâng nu a fost găsit, artera renală a fost perfect sectionată.

Membrana mucoasă de deasupra uterului a fost tăiată, uterul a fost secționat orizontal lăsând doar un ciot de aproximativ 1,75 cm, restul uterului a fost luat împreună cu unele ligamente, vaginul și colul uterin nu au fost atinse.



Nu pot atribui nici un motiv luării acelor organe, sunt încrezător ca nu a avut loc nici o luptă și ca aceasta este opera unui singur autor.”¹

¹ http://:Wiki.casebook.org/index.php/Catherine_Eddowes

5.Marry Janne Kelly (1863-9noiembrie 1888)



Figure 5 Reconstituire



Figure 6 Reconstituire



Figure 7 Reconstituire

Când poliția a intrat în cameră au găsit hainele lui Mary Jane Kelly împăturite ordonat pe un scaun iar ea purta un combinezon. Ghetele ei erau în fața șemineului.

Post-mortem

Dr. Thomas Bond, un distins chirurg polițist din Divizia A, a fost chemat la crima lui Mary Kelly. Raportul său:

“Trupul zăcea despuiat în mijlocul patului, umeri lipiți de pat dar corpul înclinat către partea stânga a patului. Capul era întors pe obrazul stâng. Brațul stâng era aproape de corp cu antebrațul flexat către dreapta de-a latul abdomenului.

Brațul drept era ușor desprins de corp și se proptea în saltea. Cotul era îndoit, antebrațul orientat în sus cu degetele înclestate. Picioarele erau despărțite, coapsa stângă era la unghi potrivit cu trunchiul iar cea dreaptă forma un unghi obtuz cu zona pubiană.

Întreaga suprafață a abdomenului a fost înlăturată și cavitatea abdominală golită de viscerele sale. Sâni au fost tăiați, brațele erau mutilate prin răni crestate și fața tăiată încât nu se mai cunoșteau trăsăturile. Țesuturile gâtului au fost sectionate până la os.

Viscerele au fost găsite în diverse locuri: uterul și rinichii împreună cu un sân erau sub cap, celălalt sân lângă piciorul drept, ficatul între picioare, intestinele în partea dreaptă și splina în partea stângă a corpului. Colanții erau pe masă.

Colțul din dreapta al așternutului era imbibat cu sânge, iar pe podea era o balta de sânge de doi metri patrati. Peretele din dreapta patului în linie cu gâtul, era marcat cu sânge care l-a stropit în nenumărate rânduri.

Fața prezenta secționări în profunzime în toate direcțiile, nasul, sprancenele și urechile erau parțial îndepărtate. Buzele erau opărite și tăiate prin câteva incizii oblice de-a lungul bărbiei. De asemenea erau numeroase tăieturi ce se extind neregulat de-a lungul trasaturilor.

Gâtul a fost tăiat prin piele și celelalte țesuturi până la vertebre, a cincea și a șasea fiind crestate adânc. Tăieturile în piele din partea frontală a gâtului prezentau echimoze distincte. Traheea a fost tăiată în partea de jos a laringelor prin cartilajul cricoid.

Ambii sâni au fost mai mult sau mai puțin îndepărtați prin incizii circulare, muschii de-a lungul coastelor fiind atasati de sâni. Spatiul intercostal dintre coastele patru, cinci și șase a fost patruns și conținutul era vizibil printre deschizături.

Pielea și țesăturile abdomenului de la arcul costal până la zona pubiană au fost îndepărtate în trei mari bucăți. Coapsa dreaptă a fost dezosată de pe partea frontală a osului, bucata de piele, incluzând organele externe de reproducere și o parte din fesa dreapta. Coapsa stângă a fost jupuită de piele și mușchi până în zona genunchiului.

Gamba stângă prezintă o secționare adâncă prin piele și țesuturi până în profunzimea mușchiului și se întinde de la genunchi până la 12,5cm deasupra gleznei. Ambele brate și antebrațe prezintă răni prin sfâsiere.

Degetul mare de la mâna dreapta prezintă o mică incizie superficială de aproximativ 2,5cm lungime, cu extravazarea sângelui în piele și prezenta zgârieturi pe dosul palmei cu aceleași semnamente.

La deschiderea toracelui s-a constatat că plămânilor drept era foarte puțin aderent datorită inflamațiilor și leziunilor. Partea inferioară a plămânului era ruptă și sfâșiată. Plămânilor stâng era intact. Era aderent la varf și s-au semnalat câteva leziuni pe lateral. În conținutul plămânului existau câteva module de întărire.

Pericardul a fost deschis în partea de jos și inima lipsea. În cavitatea abdominală era niste mancare din pește și cartofi parțial digerată iar mâncare similară a fost găsită în stomacul atasat de intestine.”

Dr. George Bagster Phillips a fost de asemenea prezent la fața locului și a făcut următoarea mărturie la anchetă:

“Rămașițele mutilate ale femeii zăceau doua-treimi înspre marginea cadrului patului cea mai apropiată de usa. Avea pe ea doar combinezonul, sau un fel de îmbrăcăminte de purtat pe sub

haine. Sunt sigur ca părțile corpului au fost înlăturate ulterior răni ce i-au cauzat moartea din acea parte a patului care era mai aproape de partiția de lemn, datorită cantității mari de sânge care era sub pat și a așternutului care era îmbibat în sânge așa cum era și salteaua de paie la colțul cel mai apropiat de partiție. Sângele a fost rezultatul secționării arterei carotidei, care a fost și cauza morții. Rana i-a fost provocată în timp ce victima stătea în partea dreaptă a cadrului patului.¹

Scrisori

1. Dear Boss

23 Sept: 1855.

Dear Boss.

I keep on hearing the police have caught me but they wont fix me just yet. I have laughed when they look so close and talk about being on the right track. That joke about leather apron gave me real fits. I am down on whores and I shant quit ripping them till I do get buckled. Grand work the last job was. I gave the lady no time to squeal. How can they catch me I love my work and want to do again. You will soon hear of me with my junny little games. I saved some of the proper red stuff in a ginger beer bottle over the last job to write with but it went thick like glue and I cant use it. Red ink is fit enough I hope ha ha. The next job I do I shall clip the lady's ears off and send to the

Figure 8 Dear Boss Letter

¹ http://wiki.casebook.org/index.php/Mary_Jane_Kelly

Un nume folosit des în scrisorile trimise către Agenția Centrală de Știri, Londra EC, în Septembrie 1888 care susținea că este de la Criminalul din Whitechapel. Semnată cu data de 25 Septembrie, a ajuns la Agenția de Știri pe data de 27 Septembrie. A fost scrisă cu cerneală roșie, pe ambele părți ale hârtiei și a fost urmat de un post-script scris cu pix/creion roșu. Plicul era adresat “Sefu, Agenția Centrală de Știri, Londra”, a fost timbrat “SP27 88” din Londra EC.

Transcriere:

“*Dragă Șefule.*

Tot aud că poliția m-a prins dar încă nu vor să mă aranjeze încă. Am râs când se dau destepți și vorbesc despre cum ei sunt pe drumul cel bun. Gluma aia despre Leather Apron mi-a dat adevărate convulsii. Sunt pornit pe curve și nu voi înceta să le sfârtec până nu voi fi încătusat. Mult de lucru a fost la ultima crimă. Nu i-am dat ocazia sa guițe. Cum mă pot prinde acum. Îmi iubesc munca și vreau să încep din nou. Veți auzi în curând de mine și de jocurile mele amuzante. Am păstrat niste chestie roșie de calitate într-o sticlă de bere de ghimbir de la ultima crimă pentru a scrie cu ea dar s-a îngrosat ca lipiciul și nu o pot folosi. Cerneala roșie se potrivește destul de bine sper ha.ha. La următoarea crima voi tăia urechea doamnei și o voi trimite ofițerilor de poliție doar pentru amuzament, voi nu a-ți face la fel? Aveți grijă de scrisoare până mai lucrez un pic, apoi dați-o direct. Cuțitul meu este așa dragut și ascuțit încât vreau să mă apuc imediat de treabă dacă am o sansa. Success.

Cu drag

Jack Spintecătorul

Nu vă supărați dacă vă dau denumirea comercială.

PS. Nu a fost suficient să o pun la poștă înainte să mă curat pe mâini de cerneală roșie firar sa fie. Acum spun că sunt doctor ha ha.”¹

Publicația

Scrisoarea nu a fost prima în care cineva susținea că este criminalul. Inițial a fost tratată ca pe o gluma proastă, dar a fost totuși trimisă către Scotland Yard pe 29 septembrie cu cerere de la Thomas Bulling de la Agenția Centrală de Știri.

Editorul își prezintă complimentele D-lui Williamson și imploră sa il informeze ca anexa a fost trimisă la Agenția Centrală de Știri cu două zile în urmă și a fost tratată ca o glumă.²

Pe 1 Octombrie 1888, ziua de după uciderea lui Elizabeth Stride și Catherine Eddowes, Daily Telegraph a publicat o transcriere a scrisorii.³ În aceeași zi, Agenția Centrală de Știri a primit o vedere care făcea referire atât la cele două crime cât și la scrisoarea “Draga Sefule”. Faptul că în scrisoare menționa de tăierea urechii următoarei victime și cum urechea lui Catherine Eddowes tocmai fusese tăiată ar fi putut da un impuls scrisorii pentru a o face mai importantă:

A fost desigur tratată ca fiind mâna unui glumeț, dar este de reținut că crimele au fost comise la câteva zile de la primirea scrisorii; aparent în cazul ultimei crime, criminalul a încercat să taie urechile victimei...⁴

Reproducerea scrisorii a fost publicată în Evening News din 4 octombrie 1888 (desi ar fi putut foarte bine să apară în edițiile târzii ale ziarului din ziua precedentă)⁵, și astfel scrisoarea a fost făcută cu adevărat publică. Astfel scrisoarea este acreditată pentru crearea arhicunoscutei porecle “Jack Spintecătorul”.

¹ MEPO 3/3153, ff.2-4

² MEPO 3/3153, f.1

³ *Daily Telegraph*, 1st October 1888

⁴ *Daily News*, 1st October 1888

⁵ *The Jack the Ripper A-Z*, Paul Begg, Martin Fido & Keith Skinner (Headline 1996)

Opinii

Desi este acceptată în unanimitate ca a conținut pentru prima data numele de “Jack Spintecătorul”¹, opiniile asupra veridicității sale atarnă greu în direcția unei farse contemporane, cel mai probabil scrisă de un journalist. Robert Anderson credea ca așa stau lucrurile, afirmând asta în memoriile sale² asemeni lui Melville Macnaghten:

Acest document a fost trimis la Scotland yard, și (în opinia mea foarte neinspirat) a fost reprodus și asemenea copii trimise la diverse secții de poliție, făcându-l astfel oficial bun de tiparit. Am crezut întotdeauna că din această odioasă producție voi putea identifica jurnalul după indexul lui pătat, un an mai târziu, aveam vagi bănuieli asupra autorului! Dar oricine ar fi pus pe hartie acele lucruri înfiorătoare, eram sigur că nu a fost acel ticălos nebun care a comis acele crime. Numele “Jack Spintecătorul”, totuși, a ajuns pe continent și “a prins”; a atras atenția claselor cât și a maselor.³

Identitatea așa-zis-ului jurnalist autor a fost adesea concentrată pe un individ cunoscut de-a lungul anilor ca “Best” a cărui culpă pentru scrierea scrisorii “Dragă Sefule” a fost adusă în atenția publicului în 1966⁴. În 2009, Dr. Andrew Cook l-a identificat public ca fiind Frederick Best⁵ și un documentar televizat a acoperit aspectul jurnalistic al cazului Ripper (inclusiv presupusa implicare a lui Best în crearea numelui).⁶

Însuși Thomas Bulling a fost acuzat că ar fi creatorul. Această informație a fost adusă la lumină prin descoperirea Littlechild Letter în 1993⁷ care afirma:

În ceea ce privește termenul “Jack Spintecătorul” în general la Yard se credea că Tom Bullen de la Agenția Centrală de Știri a fost creatorul, dar este foarte probabil ca Moore, care îi era șef, să fie inventatorul. Era o bucată inteligentă de jurnalism. Nici un jurnalist al vremii mele nu a primit asemenea privilegii din partea Scotland Yard ca Bullen.

Potrivit raportului unui ziar American din Aprilie 1891, scrisoarea a fost scrisă de John Moore, managerul general al Agenției Centrale de Știri, în scopul generării de publicitate agenției. Raportul susținea că prietenii lui au observat comunicațiile nu l-au surprins la fel de mult ca pe ei și că scrisul din scrisoare semăna cu al lui Moore. Această afirmație a fost alocată unui domn Brisbane “care era jurnalist la Londra la momentul comiterii unora din crimele atroce din Whitechapel”.⁸

A fost de asemenea notat că era mai probabil ca un jurnalist să trimită o asemenea comunicare la Agenția Centrală de Știri spre deosebire de un anume ziar sau poliției. În ciuda acestui lucru, s-a luat la cunoștință și folosirea unor cuvinte specific americane cum ar fi “Boss”, “Fix”, “Down on” and “buckled”.

Scrisul pare a fi același cu cel din cartea postală Saucy Jacky și scrisoarea de amenințare din 6 Octombrie.

¹ Controversy still continues over a letter dated 17th September 1888, signed 'Jack the Ripper', which was discovered at the Public Record Office in 1988

² *The Lighter Side of My Official Life*; Sir Robert Anderson (Hodder & Stoughton 1910)

³ *Days of My Years*; Melville Macnaghten (Longman, Green & Co 1914)

⁴ *Crime and Detection*, August 1966

⁵ *Jack the Ripper - Case Closed*; Andrew Cook (Amberley 2009)

⁶ *Jack the Ripper: Tabloid Killer*; 'Revealed', Channel 5 (UK) broadcast 24th June 2009

⁷ Stewart Evans private collection

⁸ *Burlington Hawkeye*, 28 April 1891, report dated New York, April 27 (Transcript posted by Chris Scott at Casebook).

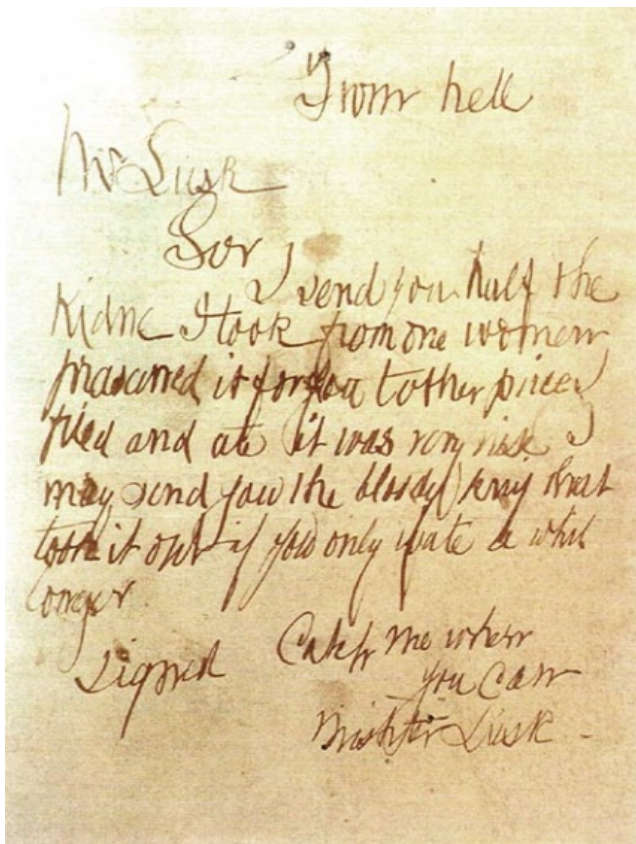


Figure 1 From Hell letter

și porțiunea de rinichi fac parte dintr-un truc ieftin dar mai târziu a dispus examinarea rinichiului. Scrisoarea în sine a fost eclipsată de senzația care înconjură organul. După această situație tulburătoare Lusk a menționat mai târziu în presa că a primit o carte postală cu o zi sau doua înainte în care scria:

„Șefule, -pari foarte speriat, aș vrea să vă dau piesele pe care le vreți dar nu pot opri timpul în loc, ca voi o cutie cu soldaței de cupru să vă jucați cu mine, dar sper să te văd când nu am să mă mai grăbesc atât de tare. -La revedere Șefule Domnule Lusk.”² Scrisul din această carte postală era aparent același ca cel din scrisoarea Lusk.

Este imposibil de dovedit proveniența exactă a „Rinichiului Lusk”. Autor, cercetător și chirurg practicant N.P. Warren a subliniat 7 puncte de indentificare (bazate pe rapoartele contemporane) în 1989³:

- „Rinichiul Lusk” era uman
- Provenea de la o femeie
- Provenea de la o persoană de aproximativ 45 de ani
- A fost extras din corp la un interval de trei săptămâni până la examinare
- Provenea de la un alcoolic

2. Lusk Letter

Scrisoare primită de George Lusk, președintele comitetului cartierelor din Whitechapel la reședința acestuia pe data de 16 Octombrie 1888. Sosită cu posta de seară într-un colet ce conținea o porțiune de rinichi uman, scrisoarea nu era în plic iar stampila de pe colet era mult prea deteriorată ca să se mai poată stabili dacă era trimis din E sau CE¹

Transcriere:

„Din iad

Dnl Lusk

V-am trimis o jumătate din rinichiul pe care l-am luat de la femeie jumătate pe care am păstrat-o pentru dumneavoastră, cealaltă bucată am prajit-o și am mâncat-o, a fost foarte bună. S-ar putea a vă trimite cuțitul murdar de sânge cu care l-am scos dacă mai așteptați un pic.

Semnat Prideți-mă când puteți domnule Lusk”

Inițial Lusk a crezut că scrisoarea

¹ Report by Chief Inspector Swanson, 6th November 1888 (HO 144/221/A49301C, ff.184-94)

² The Times, 19th October 1888

³ A Postal Kidney; N.P. Warren, The Criminologist 13(1), Spring 1989

- Era grav afectat de boala Bright
- Avea aproximativ 2.5cm de arteră renală care atârna din el

Warren a putut deduce că numai una din afirmatiile sale era incontestabilă (cea potrivit căreia era un rinichi uman) , celelalte s-au dovedit a fi fie incerte fie negative.¹

3.Carteia postală Saucy Jacky

Numele cotidian dat unei cărți poștale primite de către Agenția Centrală de Știri în dimineața de 1 Octombrie 1888².A fost preimprimată,o carte poștală comună cum se foloseau în acele vremuri,atăt mesajul cât și adresa au fost scrise cu cerneală roșie.Ambele părți ale cărții poștale erau mânjite cu ceea ce părea a fi sânge,partea cu adresa purta urme de degete.



Figure 2 CARTEIA postală Saucy Jacky

Transcriere:

„Nu am cedat dragă Șefule când ți-am dat un sfat,vei mai auzii despre munca lui Saucy Jacky mâine,eveniment dublu de această dată prima a țipat un pic și nu am putut termina treaba .ha nu este timpul pentru a le oferi urechi polițiștilor.Multumesc pentru că ai păstrat scrisoarea până m-am apucat de lucru din nou.

Jack Spintecătorul ,,

Cartea poștală conținea a doua folosire a numelui Jack Spintecătorul si spre deosebire de scrisoarea „Dear Boss” conținutul a fost publicat în presă imediat după ce a fost primit.Desi a fost considerată o gluma s-a observat că ambele scrisori au fost scrise de același individ datorită asemănării de neconfundat în scrisul de pe cartea poștală și scrisul de pe scrisoarea originală.

Cartea poștală Saucy Jacky a fost adesea citată drept fiind autentică deoarece ea fiind primită în dimineața de dupa „Dublul Eveniment” și conform standardelor postale aceasta a fost trimisă înainte ca populația să afle de acest eveniment.Daca aceasta ar fi sa fie confirmată autentică așa ar

¹ Another Look at the Lusk Kidney , Christopher-Michael DiGrazia –Transcription on Casebook

² The Star , 1st October 1888

trebui să fie considerată și „Dear Boss”. Realist aceasta este cu greu admisibil. Informații despre „Dublul Eveniment” au fost raspandite pe tot parcursul zilei de 30 septembrie. De asemenea serviciul poștal din epoca victoriană era mult mai eficient, cu mult mai multe colectări ale corespondenței inclusiv duminică. Cartea poștala ar fi putut fi ușor scrisă pe 30 septembrie și trimisă într-un timp util ca ea să poată ajunge la Agenția Centrală de Știri pe 1 octombrie.

Profilul unui criminal in serie

Crima în serie reprezintă uciderea de victime dispartate în timp, de la zile la săptămâni sau luni, între ele. Aceste pauze de timp între omoruri sunt denumite și ca perioade de „calmare”. În terminologia psihiatrică, un criminal în serie poate fi clasificat fie ca psihotic sau psihopatic, depinzând de informațiile examinate ca și de faptele crimei.

Criminalii în serie sunt extrem de manipulativi și sunt deseori capabili să „vorbească” victimelor lor, mai ales pe terenul lor, descris ca „zona de confort”: un loc unde ei își pot controla victimele. De multe ori ei folosesc un truc ca să rămână singuri cu victimele lor, își perfecționează continuu acest truc și au o iscusință stranie în recunoașterea potențialelor victime.

Un criminal în serie, în ciuda aparențelor exterioare, este un individ nesigur. El nu are nici o putere până nu are victima sub controlul său. El se simte în siguranță în acea superioritate temporală.

Crimele în serie sunt considerate de unii psihologi ca reprezentând ultima extensie a violenței. Din punct de vedere rațional, crimele în serie sunt acte complet iraționale. Totuși, criminalul în serie simte o mare plăcere în exercitarea puterii și a controlului asupra victimei, incluzând puterea vieții și a morții, actul sexual fiind secundar. El este excitat de cruzimea actului său și, frecvent, va tortura victima până la moarte.

Opiniind pentru definirea crimei in serie ca “reprezentand uciderea de victime diferite, in timp, de la zile, saptamani, sau chiar luni intre ele, comise cu relativ acelasi mod de operare si de catre acelasi autor in functie de determinarile pulsionale imprevizibile ale dicteului sau genetic activate conjunctural”, vom considera ca:

Un serial killer este permanent motivat (se afla sub presiune tensionala orientata sexual) de frustratie repetitiva, el ramane mereu in deficit pentru ca, de fiecare data, crima cea mai recent finalizata nu reuseste sa-I satisfaca in intregime fantasmele (acest “deficit” retensioneaza relatia individului in sfera sexual motivationala, in sensul ca, din acel moment acesta proiecteaza o noua fapta, jocul fantasmelor fiind orientat catre obtinerea, de aceasta data – in proiectia sa – a satisfacerii depline). Cultivat de asemenea ganduri, ucigasul isi anticipeaza deja urmatoarea victima, care de aceasta data va fi perfecta, nimic altceva, ca si fapt constat de noi, decat perpetua si mereu iluzoria proiectie a faptuitorului, de a-si apropia realitatea criminala de propriile-i fantasme.

„Jack Spintecatorul” aflându-se în ultima categorie de criminali în serie .

Profil de personalitate si mod de operare la serial killer-ul de tip organizat (de regula psihopat sexual – crime comise cu premeditare)

- capacitate de adaptare si improvitatie excelente (de regula avand un QI peste medie);
- poseda joc actoricesc (in copilarie a fost copil problema, obraznic, agresiv, cu preocupari sexuale precoce etc.);
- cauta compania altora, in grup este in largul sau;
- manifesta atitudini provocatoare, sfidatoare, de regula are servicii care cer calificare, dar pe care le paraseste repede datorita atitudinii sale conflictuale si revendicative;
- nu interiorizeaza complexe de inferioritate (subapreciaza sau sfideaza politia si expertii psihologi, crezandu-se superior, inteligent si abil);
- dezvoltata simptomatologie de tip paranoic: seducator, persuasiv, creeaza legende credibile;

- în relațiile interpersonale este disprețuitor (toti sunt niște incapabili și se coalizează împotriva sa, el este singurul competent și are soluții la toate – laudaros și mitoman, dispune de posibilitatea de mișcare având o mașină bine îngrijită);
- se adaptează ușor circumstanțelor situaționale;
- își exteriorizează ușor trăirile și sentimentele;
- se profilează ca personalitate de tip “pinotelian”, insensibilă, egocentrică, imorală și agresiv-excitabilă (fără simțul onoarei, rusinii și sentimentului de milă, rămuscare).
- capabil de a-și perfecționa crimele în timp conform propriilor fantasme (trusa premeditării mai totdeauna prezintă – plasturi, șfori, legături, cătuse, cagula, basma de acoperit fața, arma, cutit, etc.);
- câmpul faptei exprimă o logică, un mod de operare structurat, organizat, repetabil, gândit, premeditate, menit să asigure succes, satisfacție;
- își aduce arma proprie și nu o lasă la locul faptei după o crimă;
- șterge urmele în câmpul faptei (amprente, sângele de pe haine sau podele, urmele de pași, dezbracă victima, își ascunde sau distruge hainele, o depersonalizează, ascunde cadavrul, etc.);
- urmărește în mass-media efectele crimei (lasă uneori bilete la locul faptei, modifică locul faptei)
- locul unde a fost găsit cadavrul nefiind întotdeauna și locul unde a fost comis omorul – activează răspunsurile provocării sinelui și fantasmelor – catharsis-ul
- împotrivirea victimei declanșează raptusul brusc afectiv-violent cu lovituri mortale.

Suspecti

Concentrația de crime în week-end și în perimetrul unor străzi, fapt ce a indicat pentru unii că Spintecătorul a fost angajat în timpul săptămânii și trăia la nivel local¹. Pentru alții ca ar fi un om cu educație superioară, foarte posibil să fi fost un medic sau un aristocrat care și-a găsit terenul de joacă în Whitechapel, aceste astfel de ipoteze au luat naștere fie din teama pentru profesia de medic, neîncrederea în știința modernă, sau de a fi exploatați de către boșagi.

În ciuda nenumăratelor teorii referitoare la identitatea și profesia Spintecătorului autoritățile nu au căzut de acord cu o singură soluție iar lista suspectilor este considerabil de mare. Există totuși o listă de 13 suspecti care promiteau a fi criminalul supranumit „Jack Spintecătorul”, aceștia sunt după cum urmează:

1. Joseph Barnett (fost iubit al lui Marry Jane Kelly, teoria conform căreia a devenit suspect este că acesta s-a săturat că Marry Jane să se prostitueze, în ideea de a o speria acesta infuriat a ucis mai multe prostituate în toamna anului 1888. Complotul lui nu a avut succes cu toate acestea temperamentul lui se înrăutățește culminând în cearta lor finală pe data de 30 septembrie. Dându-și seama că dragostea sa pentru Marry Jane nu a fost răsplătită acesta a ucis-o pe 9 noiembrie, cu frenezia unui iubit disperat de a poseda)
2. Carl Feigenbaum
3. George Hutchinson
4. James Kelly
5. Michael Kidney (iubitul Elizabeth Stride la momentul decesului acesteia, aparent relația lor era una violentă, Elizabeth depunând plângere pentru abuz împotriva sa, însă aceasta nu s-a prezentat la audieri)
6. William Magrath
7. Robert Mann
8. John McCarthy

¹ Marriott, pag.205 ; Rumbelow, pag.263

9. George Morris
10. John Pizer(suspect contemporan)
11. James Sadler
12. Sir John Williams
13. Lewis Carroll

Teorii

Deși există numeroase teorii, unele conform cărora Jack ar fi chiar unul din membrii familiei regale, ar fi avocat, chirurg, măcelar, proxenet, doctor sau doar o persoană cu dorința aprigă de răzbunare, fie din dragoste ori un client nesatisfăcut, am decis să relatez două dintre ultimele teorii, prima conform căreia criminalul este un lucrător la morga și a doua conform căreia este femeie.

Teoria 1.

Istoricul Mei Trow pretinde că a decoperit adevărata identitate a lui Jack Spintecătorul, folosind metode judiciare moderne. În plus, crede acesta, faimosul asasin londonez ar fi responsabil de moartea a încă două femei.

Robert Mann, angajat la morgă, ar fi asasinul care a terorizat Londra în anul 1888 și despre care se credea inițial că a ucis cinci prostituate, în cartierul Whitechapel.

Teoria lui Mei Trow are la bază doi ani de cercetări intense, însă acesta a început să fie interesat de identitatea lui Jack Spintecătorul încă din 1988, atunci când FBI-ul i-a creat asasinului intrat în istorie un profil credibil, folosind metode standard. Potrivit FBI, asasinul ar fi fost un bărbat alb și sărac. Provenea probabil dintr-o familie destrămată, avea o slujbă mizera - măcelar sau asistentul unui doctor - și, din cauza perioadelor lungi în care nu avusese contacte sociale, era cel mai probabil sociopat.

Trow crede că Martha Tabram, gasita ucisă cu 39 de lovituri de cuțit, pe stradă Gunthorpe, a fost prima victimă a asasinului și că Alice Mackenzie, omorâtă în mod brutal la opt luni după cele cinci crime confirmate, a fost ultima lui victimă.

„Am vrut să merg dincolo de mitul criminalului cu capă, pălărie și cuțit și să ajung la realitate. Realitatea este că Jack Spintecătorul a fost, pur și simplu, un barbat obișnuit.” Mei Trow, istoric

Cadavrele celor două, împreună cu cele ale victimelor oficiale, au ajuns în cele din urmă la morga din Whitechapel, unde lucra Robert Mann.

În plus, după moartea lui Polly Nichols, prima victimă atribuită Spintecătorului, Robert a deschis morga pentru investigațiile autorităților și i-a fost solicitat ajutorul, în încercarea de a stabili cauza morții femeii.

Mai mult, Mann a dezbrăcat-o pe Polly împreună cu un coleg, în ciuda indicațiilor stricte date de poliție să nu se atingă de cadavru. Trow crede că Spintecătorul a profitat de această șansă pentru a-și admira "munca".

Ipoteza istoricului Mei Trow este confirmată și de profesorul Laurence Alison, psiholog expert în domeniul criminalistici la Universitatea Liverpool:

*"Din punct de vedere al profilului psihologic, Robert Mann este unul dintre cei mai credibili suspecți în acest caz, din ultimii ani."*¹

¹ Ipoteza relatată de Mei Trow și susținută de Prof Laurence Alison

Teoria 2.

O nouă teorie conform căreia cel mai temut ucigaș al Marii Britanii, Jack Spintecătorul, era de fapt femeie, a creat furtună printre istorici. Ideea îi aparține scriitorului britanic John Morris, care susține în cartea “Jack Spintecătorul: Mâna unei femei” că ucigașul ar fi fost Lizzie Williams, soția lui Sir John Williams, principalului suspect în acest caz.

Deși identitatea ucigașului nu a fost niciodată descoperită, de-a lungul timpului au existat peste 20 de suspecți, printre care și celebrul scriitor Lewis Carroll.

Potrivit lui Morris, criminalul nu era un bărbat, așa cum s-a crezut până acum, ci o femeie. Și nu una oarecare, ci medicul **Elizabeth “Lizzie” Williams**. Era soția unui medic al Casei Regale, **Sir John Williams**, care făcea, printre altele, întreruperi de sarcină în zonă și în perioada în care au avut loc crimele. Nu trebuie uitat faptul că atunci când a fost căutat faimosul criminal, principalul suspect a fost chiar medicul Sir John Williams. Probele nu au fost suficient de concludente și doctorul nu a putut fi niciodată arestat.

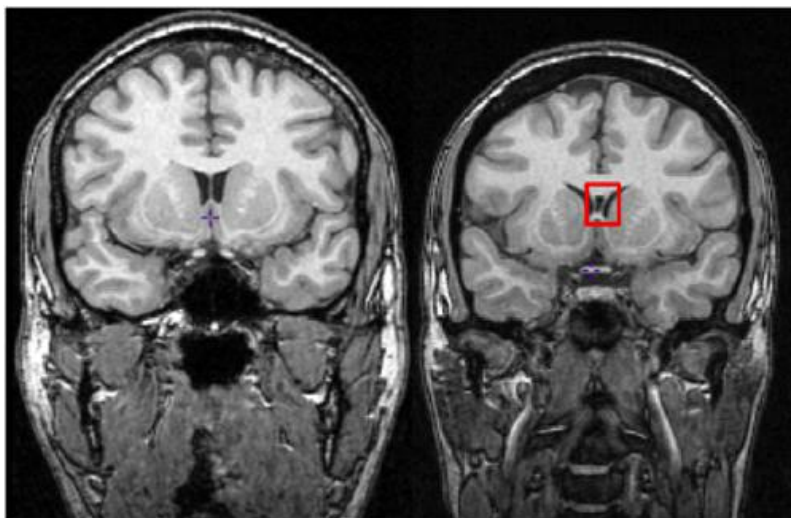
“Dovezile pentru ca Jack Spintecătorul să fi fost de fapt o femeie sunt evidente. Din păcate, acest lucru nu este văzut cu ochi buni în cercurile în care s-a creat deja certitudinea că Jack Spintecătorul era bărbat. Nu exista niciun dubiu că Spintecătorul era femeie. Dar pentru că toată lumea credea că ucigașul era bărbat, toate dovezile care arătau că e femeie au fost ignorate.”¹

Una dintre dovezile aduse de autor este că niciuna dintre cele cinci victime nu a fost agresată sexual. De asemenea, trei nasturi mici de la un articol vestimentar feminin au fost găsiți în sângele de lângă Catherine Eddowes.

O altă dovadă este că în cenușa unde a fost incendiată Mary Kelly, au fost descoperite rămășițe ale unei pelerine, o fustă și o pălărie, haine care nu aparțineau victimei. Trei dintre victime aveau uterul scos și este un fapt cunoscut că Lizzie Whilliams nu putea să aibă copii. John Morris consideră că există un motiv pentru uciderea lui Mary Kelly și pentru faptul că seria crimelor s-a oprit la ea. Aceasta din urma avea o relație cu soțul lui Lizzie, care conducea o clinică de avorturi în Whitechapel.

După sângeroasele crime, Lizzie a suferit o depresie. A murit de cancer în 1912 și nu a fost interogată niciodată de poliție în legătură cu crimele.

Cercetari genetice criminalitice



¹ Citat de presa acordat de John Morris

Medicul Gerhard Roth din Bremen susține că "regiunea răului" se află în lobul cerebral central și apare pe radiografia sub forma unei mase întunecate.

Cercetătorul a făcut această descoperire în timp ce analiza creierul unor persoane condamnate pentru comiterea de acte violente, în cadrul unui studiu comandat de Guvernul german.

"Le-am proiectat acelor persoane o serie de scurtmetraje și am măsurat undele cerebrale pe care le emiteau în acele momente. Atunci când în filme erau prezentate scene brutale și sordide, subiecții nu arătau niciun fel de emoție. În acele zone cerebrale în care se formează pentru oamenii obișnuiți sentimentele de compasiune și milă, în cazul lor nu se petrecea nimic", a explicat Gerhard Roth.

Acea masă întunecată, aflată în partea din față a creierului, a apărut în toate tomografiile persoanelor care au comis acte de violență criminală.

În urma acestui studiu, savantul german susține că infractorii au "o predispoziție genetică" pentru violență.

"Atunci când primești radiografiile creierelor unor criminali periculoși, se observă aproape întotdeauna anumite deficiențe în partea din față a creierului. Există cazuri când anumiți oameni devin infractori din cauza unei tumori sau a unei leziuni din acea zonă, iar după operația de îndepărtare a tumorii, acea persoană devine din nou un om normal. Acestea sunt deficiențe fiziologice, întrucât anumite substanțe, precum serotonina din lobul frontal, nu lucrează eficient. Însă aceasta este cu siguranță zona cerebrală unde se formează răul și unde acesta stă ascuns desigur, nu este ceva automat. Creierul poate să compenseze cumva tendințele violente, însă nu se știe cum procedează. Însă, atunci când văd tomografia unui tânăr și descoper deficiențe în lobul frontal, îmi spun că există un risc de 66% ca acea persoană să fie un infractor în devenire. E ușor să descoperi comportamentul antisocial foarte devreme",

Gerhard Roth spune că nu există doi infractori identici. El i-a împărțit pe aceștia în trei grupuri, în încercarea lui de a descoperi unde se află "răul".

Din primul grup, denumit "grupul oamenilor sănătoși psihologic", fac parte acele "persoane care cresc într-un mediu în care pare OK să bați, să furi și să ucizi".

Din al doilea grup fac parte criminalii deranjați mental care privesc lumea înconjurătoare ca pe un mediu amenințător. "O privire greșită, o mișcare nepotrivită, iar ei explodează și pot să devină criminali", afirmă expertul german.

Al treilea grup este format din psihopații puri, un grup din care fac parte tirani precum Hitler și Stalin.

Gerhard Roth este unul dintre cei mai cunoscuți specialiști în neurologie din Germania și a lansat în urmă cu câțiva ani un apel care vizează adoptarea unor reforme în ceea ce privește sentințele judecătorești pronunțate în această țară.

Concluzii

În această lucrare am detaliat pe larg rezultatele autopsiilor crimelor celebrului „Jack Spintecătorul” deoarece am considerat important a înțelege cruzimea cu care acestea au fost executate pentru a ne apropia de un profil psihologic cât mai precis al criminalului.

Faptele acestuia au avut în vedere ptoștuatele , femeii usoare pe care le ucidea cu o cruzime rar intalnită , exprimată prin ceea ce pare a fi indeletnicire medicală .

Având în vedere fluxul populației și faptul că anii 1800 nu dețineau atâtea posibilități de recoltare a probelor , de verificare a lor , acest criminal trebuia prins în fapt pentru a putea închide cazul.

Au existat extrem de multe teorii asupra identității acestui criminal , întrucât nu au existat destule dovezi incriminatoare , investigația derulata de către poliția metropolitană a încercat să pună la punct o listă cu suspecti , dar în lipsa unei declarații nici unul dintre suspecti nu a fost urmărit penal ,motiv pentru care acest criminal a rămas necunoscut .

Bibliografie

- Life and Labour of the people in London (London:Macmillan 1902-1903)
- Donald Rumbelow (2004) The complete Jack the Ripper ISBN 0-14-017395-1
- Wiki: Jack the Ripper
- http://wiki.casebook.org/index.php/Annie_Chapman
- <http://wiki.casebook.org/index.php/>
- http://Wiki.casebook.org/index.php/Catherine_Eddowes
- http://wiki.casebook.org/index.php/Mary_Jane_Kelly
- MEPO 3/3153, ff.2-4
- MEPO 3/3153, f.1
- *Daily Telegraph*, 1st October 1888
- *Daily News*, 1st October 1888
- *The Jack the Ripper A-Z*; Paul Begg, Martin Fido & Keith Skinner (Headline 1996)
- Controversy still continues over a letter dated 17th September 1888, signed 'Jack the Ripper', which was discovered at the Public Record Office in 1988
- *The Lighter Side of My Official Life*; Sir Robert Anderson (Hodder & Stoughton 1910)
- *Days of My Years*; Melville Macnaghten (Longman, Green & Co 1914)
- *Crime and Detection*, August 1966
- *Jack the Ripper - Case Closed*; Andrew Cook (Amberley 2009)
- *Jack the Ripper: Tabloid Killer*; 'Revealed', Channel 5 (UK) broadcast 24th June 2009
- Stewart Evans private collection
- *Burlington Hawkeye*, 28 April 1891, report dated New York, April 27 (Transcript posted by Chris Scott at Casebook).
- Report by Chief Inspector Swanson , 6th November 1888 (HO 144/221/A49301C , ff.184-94)
- The Times , 19th October 1888
- A Postal Kidney ; N.P. Warren , The Criminologist 13(1), Spring 1989
- Another Look at the Lusk Kidney , Christopher-Michael DiGrazia –Transcription on Casebook
- The Star , 1st October 1888
- Marriott, pag.205 ;Rumbelow , pag.263
- FBI's Jack the Ripper web page
- Stewart P. Evans & Donald Rumbelow (2006) *Jack the Ripper: Scotland Yard Investigates* ISBN 0-7509-4228-2

FORMELE INFRAȚIUNII INTENȚIONATE TENTATIVA

Adelina-Elena MODIGA *

Abstract

Scopul urmărit prin elaborarea acestei lucrări constă în analizarea, încă de la începuturi, a ceea ce se consideră azi a fi o tentativă, indiferent de forma în care se prezintă. Așa cum vom vedea pe parcursul acestui studiu, vor fi avute în vedere atât concepțiile din trecut cu privire la tentativa, cum era privită și mai ales dacă era luată în considerare într-o anumită perioadă de timp, cât și concepțiile din prezent, avute în vedere într-o manieră ușor diferită prin reglementările Codului penal în vigoare cu cele ale Noului Cod penal.

Cu alte cuvinte, se vor avea în vedere toate aspectele din trecut și până în prezent a ceea ce azi definim a fi tentativă, cum este aplicată în dreptul penal român, dar și în dreptul penal al altor țări, pentru a putea distinge elementele prin care ne asemănăm sau, după caz, ne deosebim de reglementările Codurilor penale străine.

Cuvinte cheie: *tentativă, infracțiune, sancțiune, săvârșire, faptă*

1. Introducere

Apariția ideii de sancțiune a actelor de executare a fost pusă în aplicare în mod diferit între statele care au adoptat această idee. Soluționarea și celor mai mici diferende și acțiuni care constituie o infracțiune sau care ajung în faza unei tentative a fost luată în vizor într-o manieră diferită, căutându-se, de la o epocă la alta, cât mai multe îmbunătățiri pentru ca și cea mai mică abatere să poată fi sancționată, astfel că ordinea și disciplina, respectul și mai ales respectarea drepturilor unei persoane să nu poată fi atinse fără a urma consecințe.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

a. Referințe istorice - În perioada formării și consolidării societății romane, răspunderea penală era preponderent obiectivă, de aceea dreptul roman nu avea un termen prin care să exprime ideea de încercare de a comite o infracțiune, nevoie resimțită mult mai târziu.

b. Considerații asupra tentativei - Tentativa este forma de infracțiune care se situează în faza de executare a infracțiunii, între începutul executării acțiunii ce constituie elementul material al laturii obiective și producerea rezultatului socialmente periculos.

c. Clasificarea modalităților tentativei – Din cuprinsul art. 20 care definește conținutul tentativei rezultă și modalitățile ei. În doctrină s-a subliniat că modalitățile tentativei sunt în funcție de două criterii: criteriul gradului de realizare a laturii obiective a infracțiunii – tentativa întreruptă și tentativa fără efect; după criteriul cauzelor care au făcut ca latura obiectivă a infracțiunii să nu se realizeze integral – tentativa proprie și tentativa improprie.

d. Tentativa în Noul Cod penal – Se au în vedere modificările aduse articolelor din Codul penal în vigoare cu privire la tentativa în Noul Cod penal, o comparație atât între cele două Coduri penale române, cât și cu alte Coduri penale.

*Adelina-Elena Modiga, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: ade_modiga@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ.dr/drd. Lamy-Diana Al-Kawadri (e-mail: av.ldk.ro@gmail.com).

e. Spețe din practica judiciară – Pentru a putea înțelege teoria, aceasta trebuie transpusă în practică și asta este ceea ce spețele din practica judiciară ne ajută să realizăm.

Legiuirile din antichitate nu conțin dispozițiuni cu privire la tentativă. Exista, însă, în aceste legiuri, unele fapte incriminate ca infracțiuni de sine stătătoare, dar care, în realitate, erau niste tentative, ceea ce dovedește că un concept al tentativei nu era format în acele timpuri. La romani, în primele epoci, nu întâlnim pedepsită tentativa. În legiurile barbare și în vechile legiuri, tentativa este necunoscută, represiunea fiind bazată pe vătămarea reală, care singură dă loc la aplicarea compozițiunii. Exista însă, și în aceste legiuri, fapte care, astăzi ar constitui tentativă, dar care erau incriminate ca fapte de sine stătătoare. Practicienii Italiei, din epoca statuară, interpretând dreptul roman, au conceput distincțiunea dintre diferitele momente ale unei activități ilicite penale și au construit teoria tentativei, dând acesteia denumirea de “conatus”.¹

Ideea că ar putea fi sancționate și actele de executare ale unei infracțiuni anterioare consumării faptei a apărut mai târziu în gândirea juridică și în legislație. În condițiile răspunderii obiective, adică a răspunderii numai în raport cu fapta și cu rezultatul material al acesteia, concepție care a dominat practica și gândirea juridică o lungă perioadă istorică, nici nu era de conceput ca cineva să poată fi tras la răspundere pentru fapte comise numai cu intenția de a produce rezultatul. Deosebit de evident apare acest proces în dreptul roman. În perioada formării și consolidării societății romane, răspunderea penală era preponderent obiectivă, de aceea dreptul roman nu avea un termen prin care să exprime ideea de încercare de a comite o infracțiune, nevoie resimțită mult mai târziu.²

Deși problema infracțiunii așa-numite “imposibilă” a fost dezbătută în epoca modernă, discuții pe cazuri singulare sunt întâlnite în antichitate la filosofii Greciei Antice și la jurisconsultii romani, precum și în Evul Mediu. Seneca, în “De Constantia sapientis ad serenum”, denumea otrăvitor pe acela care a pus otrava în mâncare chiar dacă nu a vătămat pe nimeni sau pe acela care a dat un narcotic crezând că este otrăvă. Platon, în cartea a IX-a a “Legilor”, vorbind de daunele pe care cineva le aduce altuia prin intermediul farmecelor arăta că “cine se slujește de “legături” sau vrăji sau de oarecare făcături sau de toate celalalte farmece, dacă este ghicitor sau maestru de farmece, să moară; iar dacă nu este versat în artele acestea, dar este dovedit de fermecătorie, judecata să hotărască ce are să sufere în persoana sau averea sa.”³

În vechiul drept german se pedepsea, în cazul unor infracțiuni foarte grave, simpla exteriorizare a intenției. În dreptul canonic până în sec. al XIV-lea se admitea ca păcatele comise în modul de a gândi sunt pedepsite numai de Dumnezeu, nu și de autoritatea statului. Nu existau documente care să confirme că se făcea deosebire între tentativă și infracțiune consumată, nu existau reguli în această privință.⁴

În Evul Mediu, glosatorii și postglosatorii s-au străduit să elaboreze un sistem juridic pentru tentativă inspirându-se fie din principiile stabilite de jurisconsultii romani, fie din cele fundamentate de dreptul germanic de la începutul acelei ere.⁵

După secolul al XIV-lea în Italia multe statute orășenești distingeau între tentativă și infracțiunea consumată. Pentru prima dată, termenul de tentativă (conatus) apare în doctrina italiană a evului mediu; aliud est crimen, aliud conatus. Vechii juriști italieni (glosatorii textelor romane) considerau că acela care numai gândește la o infracțiune (simpla cugetare) înseamnă că nu

¹ Donogoroz Vintilă – “Drept penal”, Editura Asociația Română de Științe Penale, București 2000, pag. 234

² Antoniu George – “Tentativa (doctrină, jurisprudență, drept comparat)”, Editura Tempus, București 1996, pag. 44

³ Manea Tamara – “Tentativa improprie: legislație, doctrină, jurisprudență, drept comparat”, Editura Lumina Lex, București 2003, pag. 47

⁴ Antoniu George – “Tentativa (doctrină, jurisprudență, drept comparat)”, Editura Tempus, București 1996, pag. 46

⁵ Manea Tamara – “Tentativa: legislație, doctrină, jurisprudență, drept comparat”, Editura Lumina Lex, București 2003, pag. 49

acționează și nu desăvârșește o acțiune; el nu poate fi pedepsit, dimpotrivă, cel care cugetă, acționează și duce până la capăt cele începute va fi pedepsit.¹

Thomas Morus, un precursor al teoriei subiective, în lucrarea sa “ Utopia” preciza: “... la Utopieni în orice gen de crimă, voință determinate la rău și eforturile spre a izbui, sunt socotite drept fapt împlinit. E oare drept, zic ei, ca acela care a comis crima din cauză că nu și-a atins scopul ei să i se ierte sceleratiunea lui pentru că executarea nu a fost posibilă?”²

Prima lege care definește tentativa într-o viziune modernă este legea Carolină din 1532 (art 178): constituie tentativă actul îndreptat obiectiv spre consumarea infracțiunii, fără să ajungă la producerea rezultatului. Această lege a influențat puternic legislația și doctrina germană care s-a situat multă vreme pe pozițiile teoriilor obiective asupra tentativei.³

În vechiul drept englez, deși se făcea deosebire între executarea și consumarea infracțiunii, în ambele situații faptele erau la fel pedepsite. În practica judiciară se folosea termenul de “attempt” pentru a denumi tentativa, denumire rămasă și astăzi. Într-o speță (Sconfield), făptuitorul a fost condamnat pentru tentativa de incendiere deoarece a adus o lumânare și chibrituri în propria sa locuință cu intenția de a-i da foc. În fața instanței s-a discutat cu această ocazie până unde se poate merge cu pedepsirea actelor anterioare consumării, fără să se dea o rezolvare cu caracter general acestei chestiuni.⁴

În vechiul drept francez nu se făcea deosebire între executare și consumare în cazul infracțiunilor grave (atroce) cum ar fi: infracțiunile contra monarhiei, paricidul, otrăvirea. Jousse arăta că în cazul faptelor comise contra monarhului se pedepseau și gândurile criminale dovedite cu martori ori cu recunoașterea făptuitorului. În cazul infracțiunilor mai puțin grave (ordinare) se făcea deosebirea între conatus proximus și conatus remotus, iar tentativa se pedepsea mai blând decât infracțiunea consumată, iar alteleori nu se pedepsea deloc.⁵

În vechiul drept românesc, regula a fost întotdeauna a pedepsirii mai blânde a tentativei decât a infracțiunii consumate. Pravila lui Vasile Lupu prevedea că cel vinovat de încercare “se va certa mai puțin”. Aceeași soluție o găsim și în Codica criminală a lui Știrbei.⁶

În perioada codificării legislației penale (sec. XVIII) sancționarea tentativei are loc în baza unei reguli generale definite pe baza principiilor teoriei obiective. Astfel Codul penal italian (1787) definește tentativa ca fiind un act de executare săvârșit cu intenția de a comite o infracțiune fără să se ajungă la producerea rezultatului. În același mod definește tentativa Codul penal al Sardiniei, Codul penal al celor două Sicilii, al Parmei, al Toscanei. Codurile penale italiene consacră sistemul pedepsirii mai blânde a tentativei decât infracțiunea consumată.⁷

Codul penal francez din 1791 nu prevedea pedepsirea tentativei, ci numai a infracțiunii consumate cu excepția asasinatului și otrăvirii când era incriminată și încercarea. Pedepsa era aceeași pentru actele de executare ca și pentru fapta consumată. Abia o lege din anul IV al revoluției a incriminat tentativa la crimă ca o regulă generală. Tentativa la delict, în unele cazuri speciale, a fost admisă mai târziu, printr-o lege din anul VII al revoluției. Această soluție este preluată de codul penal francez din 1810 care prevedea sancționarea tentativei la fel cu infracțiunea consumată în cazul crimelor, iar la delict numai când legea prevedea explicit aceasta. Codurile penale ale statelor

¹ Idem 1, pag. 46-47

² Manea Tamara – “Tentativa: legislație, doctrină, jurisprudență, drept comparat, Editura Lumina Lex, București 2003, pag. 50

³ Idem 4, pag. 47

⁴ Antoniu George – “Tentativa (doctrină, jurisprudență, drept comparat)”, Editura Tempus, București 1996, pag. 47-48

⁵ Antoniu George – “Tentativa (doctrină, jurisprudență, drept comparat), Editura Tempus, București 1996, pag. 48-49

⁶ Idem 8, pag. 49

⁷ Antoniu George – “Tentativa (doctrină, jurisprudență, drept comparat), Editura Tempus, București 1996, pag. 49

germane sub influența legii Caroline au incriminat tentativa la infracțiune; pedeapsa pentru tentativă era mai redusă decât pentru infracțiunea consumată (principiul diversificării). Sub influența Codului penal francez din 1810, Codul penal al Prusiei (1851) a incriminat tentativa numai în cazul infracțiunilor grave; tentativa la delict era admisă în unele cazuri speciale; era exclusă pedepsirea actelor de pregătire, de asemenea tentativa absolut improprie. În evoluția sa ulterioară legislația penală va evolua spre pozițiile teoriilor mixte asupra conceptului de tentativă, spre pedepsirea tentativei absolut improprie și spre extinderea actelor de executare spre a cuprinde și unele acte de pregătire.¹

Tentativa este definită în doctrină ca formă a infracțiunii ce constă în punerea în executare a hotărârii de a săvârși infracțiunea, executare care a fost întreruptă ori nu și-a produs efectul deși executarea a fost efectuată în întregime. Tentativa ca formă a infracțiunii se caracterizează prin aceea că întotdeauna rezultatul nu se va produce fie datorită întreruperii actului de executare, fie datorită altor împrejurări, când actul de executare a fost efectuat în întregime.²

Pentru existența tentativei, trebuie să fie îndeplinite următoarele condiții:³

- a) să existe hotărârea sau rezoluția făptuitorului de a săvârși o anumită infracțiune;
- b) rezoluția sau hotărârea infracțională să fi fost pusă în executare;
- c) executarea să fi fost întreruptă sau să nu-și fi produs efectul.

Ca orice infracțiune, tentativa își are și ea conținutul incriminării sale: obiectiv și subiectiv.⁴

I. Conținutul obiectiv se compune din:

- elementul obiectiv, care constă din unul sau mai multe acte de săvârșire (de executare);
- urmarea ilicită, care constă în pericolul, izvorând din starea amenințătoare pe care o produce, implicit, orice încercare de a ajunge la consumarea unei infracțiuni;
- întreruperea sau neizbutirea. Din punct de vedere obiectiv, tentativa mai implică o limită inferioară care constă în începerea actelor de săvârșire și o limită superioară care poate fi: sau o întrerupere sau o neizbutire.

II. Conținutul subiectiv – constă în voința făptuitorului de a pune în executare hotărârea inițială de a săvârși o anumită infracțiune.⁵ Latura subiectivă a tentativei constă în intenție.

Așa cum am precizat la conținutul obiectiv al tentativei, aceasta are atât o limită inferioară, cât și o limită superioară. Limita inferioară este determinată de trecerea de la actele de preparațiune la actele de executare (de săvârșire). Această limită, coincide, deci, cu așa zisul început de executare. Limita superioară este determinată fie de întreruperea (curmarea, oprirea execuțiunii începute, fie de rămânerea fără rezultat, deci neizbutirea execuțiunii terminate. În cazul întreruperii, desfășurarea activității fizice (procesul dinamic) a întâlnit un obstacol care nu i-a îngăduit să meargă mai departe. În cazul neizbutirii, desfășurarea activității fizice (procesul dinamic) a mers până la capăt, adică făptuitorul a făcut tot ceea ce el a crezut necesar pentru realizarea rezoluțiunii sale delictuoase, dar a intervenit un obstacol care nu a îngăduit acestei activități terminate să-și producă efectul.⁶

Tentativa întreruptă se realizează în situația în care executarea faptei care constituie elementul material al infracțiunii a fost oprită și împiedicată să se desfășoare până la capăt. Acțiunea începută nu a fost deci săvârșită în întregime, fiind oprită, întreruptă și împiedicată să continue de o forță de opunere ce nu a putut fi depășită (de exemplu, infractorul agresor este împiedicat de o altă persoană

¹ Idem 11, pag. 49-50

² Constantin Mitrache, Cristian Mitrache – “Drept penal român”, Editura Universul Juridic, București 2012, pag. 257-258

³ Costică Bulai, Bogdan N. Bulai – „Manual de drept penal, partea generală”, Editura Universul Juridic, București 2007, pag. 423

⁴ Donogoroz Vintilă – “Drept penal”, Editura Asociația Română de Științe Penale, București 2000, pag.220

⁵ Dima Traian – Drept penal, partea generală”, Editura Hamangiu, București 2007, pag.213

⁶ Dongoroz Vintilă – “Drept penal”, Editura Asociația Română de Științe Penale, București 2000, pag. 222-223

să descarce arma sau să lovească victima, hoțul nu reușește să deschidă o casă de bani sau instrumentele folosite i se defectează datorită rezistenței încuierilor).¹

Tentativa fără efect reprezintă o modalitate a tentativei și constă, potrivit art. 20 alin.(1) teza II Cod pen., în executarea în întregime a activității infracționale și neproducerea rezultatului socialmente periculos. În această modalitate a tentativei, în desfășurarea activității nu au intervenit obstacole, piedici care să întrerupă executarea începută, întregul “iter criminis” a fost parcurs, făptuitorul, din punct de vedere al intervenției sale realizând complet executarea. Această modalitate este posibilă numai la infracțiunile de rezultat, pentru că la aceste infracțiuni executarea poate fi dusă până la capăt fără să survină rezultatul cerut de norma de incriminare. Pentru acest motiv, în practica judiciară, tentativa perfectă are o frecvență mult mai redusă în raport cu cea întreruptă.²

Tentativa proprie desemnează situația în care făptuitorul dispune de toate condițiile necesare sun aspectul mijloacelor ce vor fi folosite și al obiectului material al infracțiunii, pentru ca infracțiunea proiectată să se consume și totuși nu se consumă datorită modului defectuos în care au fost folosite mijloacele de către făptuitor sau altor cauze. Articolul 20 alin. (1) prevede că există tentativa și în cazul în care consumarea infracțiunii nu a fost posibilă din cauza insuficienței sau defectuoșității mijloacelor folosite ori din cauza împrejurării că în timpul cât s-au savarsit actele de executare obiectul lipsea de la locul unde făptuitorul credea că se afla.³

Prin tentativă improprie se înțelege acea formă de tentativă care constă în aceea că hotărârea de a săvârși o infracțiune se manifestă în începerea și executarea acțiunii infracționale, dar consumarea ei, producerea efectului nu este posibilă datorită insuficienței sau defectuoșității mijloacelor folosite ori datorită erorii cu privire la timpul ori locul unde se afla obiectul. Tentativa improprie nu poate să ajungă la consumare, nu poate produce rezultatul și totuși este incriminată. Temeiul incriminării și sancționării tentativei improprie constă nu numai în aceea că există intenția de a săvârși o infracțiune, nu numai în aceea că se execută acțiunea incriminată de lege – se trage cu arma, se pune otrava- dar și în aceea că rezultatul nu se poate produce datorită unor cauze cu tot în afara voinței autorului (eroare, mijloace defectuoase etc.).⁴

Tentativa improprie în legislațiile unor state:⁵

Codul penal italian: Articolul 49 alin.(1) – „Comiterea unei fapte care nu este o infracțiune nu se pedepsește chiar dacă agentul crede, în mod eronat, că această faptă constituie infracțiune.

Alin.(2) - Sancționarea este de asemenea, exclusă când, datorită unei acțiuni inadecvate sau datorită inexistenței obiectului, producerea rezultatului periculos devine imposibilă”.

Codul penal spaniol: Art.16 - „Există tentativă atunci când agentul a început executarea infracțiunii în mod direct prin acte de executare, acte ce obiectiv pot conduce la producerea rezultatului care nu are loc datorită unor circumstanțe independente de voința agentului”.

Codul penal german: Paragraful 22 - „Comite tentativă la o infracțiune cel care, potrivit cu prevederile sale, este pe punctul de a realiza elementele constitutive ale acesteia”.

Paragraful 23(III) – „Atunci când agentul, de o manieră absurdă, nu realizează că tentativa nu poate produce , la modul absolut, rezultatul urmărit, fie datorită obiectului, fie datorită mijloacelor folosite, tribunalul poate renunța la pronunțarea unei pedepse sau o poate diminua, după aprecierea sa”.

¹ Stănoiu Rodica-Mihaela, Griga Ioan, Dianu Tiberiu – “Drept penal, partea generală”, Editura Hyperion XXI, București 1992, pag. 88

² Nistoreanu Gheorghe, Dobrinou Vasile, Pascu Ilie, Molnar Ioan, Boroi Alexandru, Lazăr Valerică – “Drept penal, partea generală”, Editura All Beck, București 2004, pag.200-201

³ Dima Traian – “Drept penal, partea generală”, Editura Hamangiu, București 2007, pag. 217

⁴ Oancea Ioan – “Drept penal, partea generală”, Editura Didactică și Pedagogică, București 1971, pag. 207-208

⁵ Manea Tamara – “Tentativa improprie: legislație, doctrină, jurisprudență, drept comparat”, Editura Lumina Lex, București 2003, pag.193-197

Codul penal argentinian: Art.44 alin.(4) – „Dacă delictul este imposibil, pedeapsa se diminuează, putând fi redusă până la limita legală”.

Codul penal francez: Art. 121-5 – „Tentativă există din clipa în care, manifestându-se printr-un început de executare, nu a fost întreruptă sau nu a fost lipsită de efect decât datorită unor circumstanțe independente de voința autorului”.

Codul penal belgian: Art. 51 - „Există tentativă pedepsibilă atunci când rezoluția de a comite o crimă sau un delict s-a manifestat printr-un act exterior, care a format un început de executare al crimei sau al delictului, act ce a fost întrerupt sau lipsit de efect datorită unor circumstanțe independente de voința autorului”.

Codul penal rus (1997): Art. 30 alin.(3) - „Sunt considerate ca fiind tentative de crimă acțiunile sau inacțiunile intenționate ale unei persoane care tind direct spre comiterea infracțiunii, atunci când aceasta nu a reușit din motive independente de voința autorului”.

Tentativa în Noul Cod Penal

Art. 32 Tentativa

(1) Tentativa constă în punerea în executare a intenției de a săvârși infracțiunea, executare care a fost întreruptă sau nu și-a produs efectul.

(2) Nu există tentativă atunci când imposibilitatea de consumare a infracțiunii este consecința modului cum a fost concepută executarea.

Noul Cod Penal în raport cu legea penală anterioară - dispozițiile articolului 32 noului Cod pen., prin care se consacră legislativ conceptul de tentativă și condițiile de existență ale acesteia, reproduc, cu modificări, prevederile art. 20 C.pen. anterior. Prima modificare constă în modul de definire a tentativei, în timp ce Codul penal anterior definește tentativa ca fiind „ punerea în executare a hotărârii de a săvârși infracțiunea, executare care a fost însă întreruptă sau nu și-a produs efectul”, noul Cod penal definește tentativa ca fiind “ punerea în executare a intenției de a săvârși infracțiunea, executare care a fost însă întreruptă sau nu și-a produs efectul. Expresia “ punerea în executare a hotărârii de a săvârși infracțiunea” folosită în definirea tentativei în codul penal anterior a fost interpretată diferit în doctrina penală. Unii autori au considerat că tentativa nu se poate comite decât cu intenție directă, deoarece noțiunea de “hotărâre” folosită de legiuitorul codului penal anterior sugerează numai modalitatea intenției directe, fiind exclusă săvârșirea tentativei cu intenție indirectă. Dimpotrivă, alți autori au interpretat că tentativa nu este incompatibilă cu intenția indirectă, această din urmă soluție fiind promovată și în practica instanțelor judecătorești. Prin urmare, în concepția noului Cod penal, tentativa fiind caracterizată “ca punere în executare a intenției” de a săvârși infracțiunea, aceasta devine posibilă la toate infracțiunile intenționate, inclusiv la cele săvârșite cu intenție indirectă, deoarece făptuitorul a acceptat rezultatul prevăzut ca posibil sau probabil al infracțiunii, rezultat care însă nu s-a produs din cauze independente de voința acestuia.

A doua modificare vizează renunțarea la dispoziția art. 20 alin. 2 Cod pen. anterior prin care se reglementează așa-zisa tentativă relativ improprie și potrivit căreia “ există tentativă și în cazul în care consumarea infracțiunii nu este posibilă datorită insuficienței sau defectuoșității mijloacelor folosite, ori datorită împrejurării că în timpul când s-au săvârșit actele de executare, obiectul lipsea de la locul unde făptuitorul credea că se află”. Legiuitorul noului Cod penal a considerat că aceste prevederi, în reglementarea tentativei, nu sunt necesare atât timp cât nu au relevanță motivele neproducerii rezultatului în cazul tentativei, ele putând fi de orice natură, dacă sunt independente de voința făptuitorului ori datorită împrejurării că în timpul când s-au săvârșit actele de executare, obiectul lipsea de la locul unde făptuitorul credea că se află.

Tentativa imposibilă în noul Cod pen. (art. 32 alin.(2)) are același conținut ca în Codul penal anterior (art. 20 alin (3)).¹

Elemente de drept comparat

Din examinarea conținutului de reglementare a tentativei cuprinse în unele coduri penale străine se poate reține că acestea adoptă soluția consacrată și de noul Cod penal român, de a defini tentativa numai în forma sa proprie cu cele două modalități: tentativa întreuptă și tentativa perfectă sau fără efect. Astfel, codul penal italian în art. 56 alin (2) prevede că „cine acționează cu scopul îndoielnic de a comite un delict este răspunzător de tentativă la infracțiune, dacă acțiunea a fost întreuptă sau rezultatul acesteia nu s-a produs” .

Codul penal german reglementează tentativa în art. 22 în următoarea formulare: „ comite o tentativă persoana care începe să săvârșească o infracțiune în mod nemijlocit, potrivit hotărârii sale de a comite acea infracțiune, fără ca aceasta să se fi consumat” .

Codul penal spaniol descrie tentativa în art 16 alin.(1) care are următorul conținut: „ există tentativă când autorul începe să execute delictul în mod direct prin acțiuni exterioare, realizând toate sau o parte din actele care, în mod obiectiv, ar trebui să producă rezultatul, dar acesta nu are loc datorită unor cauze independente de voința autorului” .

Codul penal francez în art. 121-5 stabilește că „tentativa are loc din momentul în care, manifestată printr-un început de executare, a fost întreruptă sau nu a produs efectul datorită unor circumstanțe independente de voința autorului” .

Codul penal belgian reglementează tentativa în art. 51 în care prevede: „există tentativă posibilă de pedeapsă atunci când decizia de a comite o crimă sau un delict a fost manifestată prin acte externe sau formează un început de executare a acestei crime sau a acestui delict și care au fost întrerupte sau nu au fost duse la îndeplinire datorită unor circumstanțe independente de voința autorului” .²

Art 33 - Pedepsirea tentativei

(1)Tentativa se pedepsește numai când legea penală prevede în mod expres aceasta.

(2)Tentativa se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea consumată ale cărei limite se reduc la jumătate. Când pentru infracțiunea consumată legea prevede pedeapsa detențiunii pe viață, iar instanța s-ar orienta spre aceasta, tentativa se sancționează cu pedeapsa închisorii de la 10 la 20 ani.

Noul cod penal în raport cu legea penală anterioară - Noul cod penal păstrează principiile esențiale ale sistemului de incriminare și sancționare a tentativei din legea penală în vigoare, renunțând la precizarea că minimul pedepsei aplicate să nu fie mai mic decât minimul general al pedepsei, precizare care nu mai era necesară deoarece, observând sistemul de stabilire a limitelor minime și maxime generale și a celor speciale, vom constata că prin reducerea lor la jumătate în cazul tentativei nu se poate coborî sub minimul general al pedepsei. De asemenea, s-a renunțat la precizarea privind sancționarea persoanei juridice cu amenda la care se pot adăuga una sau mai multe pedepse complementare, urmând ca dispozițiile generale să fie aplicate și persoanei juridice, acestea fiind completate cu mențiunile specifice cuprinse în Titlul VI al Codului penal, intitulat “ răspunderea persoanei juridice” .³

¹ Pascu Ilie, Dima Traian, Păun Costică, Gorunescu Mirela, Dobrinou Vasile, Hotca Mihai-Adrian, Chiș Ioan, Dobrinou Maxim – “Noul Cod penal comparat, vol. I, partea generală”, Editura Universul Juridic, București 2012, pag. 238-239

² Idem 24, pag. 253-254

³ Idem 24, pag. 254-255.

Elemente de drept comparat

O analiză comparativă a dispozițiilor art. 33 NC pen.l român care se referă la pedepsirea tentativei și cele cuprinse în unele Coduri penale străine care reglementează aceeași materie, rezultă că există similitudini de soluții, mai ales în ceea ce privește sistemul diferențiat de pedepsire a tentativei în raport cu infracțiunea consumată și a nepedepsirii tentativei absolut impropriei, dar se rețin și unele particularități.

Codul penal italian în art. 56 alin.(2) prevede că vinovatul de tentativă la infracțiune este pedepsit cu închisoarea nu mai puțin de 12 ani dacă pedeapsa este detențiunea pe viață prevăzută de lege pentru acea infracțiune și, în alte cazuri, cu pedeapsa prevăzută pentru infracțiunea consumată micșorată de la o treime la 2 treimi. La art. 49 cu denumirea marginală “infracțiunea presupusă greșit și infracțiune imposibilă” se instituie regula că nu poate fi pedepsit cel care comite o faptă ce nu constituie infracțiune, sub presupunerea greșită că aceasta constituie infracțiune. Pedeapsa este, de asemenea, exclusă când, datorită inapținutudinei acțiunii sau a lipsei obiectului, producerea unui rezultat păgubitor sau periculos este imposibil.

Codul penal german în art. 23 alin.(1) consacră teza că tentativa de a comite o crimă se pedepsește întotdeauna, iar tentativa de a comite un delict se pedepsește numai când legea prevede expres aceasta. În alin. (2) al aceluiași paragraf se prevede că pedeapsa pentru tentativă poate fi mai mică decât cea pentru comiterea infracțiunii în formă consumată. Reducerea pedepsei în caz de tentativă se face în baza dispozițiilor art. 49 care reglementează efectele circumstanțelor atenuante și potrivit cărora pedeapsa detențiunii pe viață este înlocuită cu pedeapsa închisorii de cel mult 3 ani, iar în cazul pedepsei închisorii trebuie să se pronunțe o pedeapsă de cel mult trei sferturi din maximum pedepsei.

Codul penal spaniol în art. 64 reglementează pedepsirea tentativei. În temeiul acestui text, autorului tentativei la infracțiune i se aplică pedeapsa cu unul sau două grade mai mică decât cea prevăzută de lege pentru infracțiunea consumată, în mărimea apreciată adecvată, luând în considerare pericolul inerent al intenției și gradul de executare a faptei. Această regula nu se aplică dacă într-o lege specială se prevede că tentativa la o anumită infracțiune se pedepsește altfel.

Codul penal belgian prevede în art. 52 că tentativa de crimă este pedepsită cu pedeapsa imediat inferioară celei de crimă propriu-zisă, conform art. 80 și 81 (în aceste din urmă texte se reglementează reducerea sau modificarea pedepselor în cazul circumstanțelor atenuante și care se aplică și în pedepsirea tentativei.

Codul penal francez incriminează tentativa întotdeauna când este vorba de crimă și uneori, în cazuri limitate, când este vorba de delict (art. 121-4) și la care norma de incriminare prevede că tentativa se pedepsește. De exemplu, în art. 433-4 1 este incriminată fapta de distrugere și deturnarea bunurilor dintr-un depozit public, iar în alin. (2) se prevede că tentativa delictului descris la alin. (1) se pedepsește cu aceeași pedeapsă.¹

Art. 34 Desistarea și împiedicarea producerii rezultatului

(1) Nu se pedepsește autorul care, înainte de descoperirea faptei, s-a desistat ori a încunostiințat autoritățile de comiterea acesteia, astfel încât consumarea sa poate fi împiedicată sau a împiedicat el însuși consumarea infracțiunii.

(2) Dacă actele îndeplinite până în momentul desistării sau împiedicării producerii rezultatului constituie o altă infracțiune, se aplică pedeapsa pentru această infracțiune.

¹ Pascu Ilie, Dima Traian, Păun Costică, Gorunescu Mirela, Dobrinou Vasile, Hotca Mihai-Adrian, Chiș Ioan, Dobrinou Maxim – “Noul Cod penal comparat, vol. I, partea generală”, Editura Universul Juridic, București 2012, pag. 257-258

Noul Cod penal în raport cu legea penală anterioară 259-260 - dispozițiile art. 34 Cod penal reproduc cu o singură modificare prevederile art. 22 Cod pen. anterior. Modificarea privește modalitatea de împiedicare a producerii rezultatului; în timp ce Codul pen. anterior definește împiedicarea rezultatului prin sintagma “făptuitorul... a împiedicat mai înainte de descoperirea faptei producerea rezultatului”, Codul pen. actual definește acest aspect în felul următor: “nu se pedepsește autorul care, înainte de descoperirea faptei, a încunoștiințat autoritățile de comiterea acesteia, astfel încât consumarea sa poată fi împiedicată, sau a împiedicat el însuși consumarea infracțiunii”. În felul acesta, autorul are două posibilități să împiedice consumarea infracțiunii, iar acțiunea să rămână în faza tentativei: una din posibilități constă în acțiunea de a aduce la cunoștință autorităților acțiunea comisă până în acel moment, astfel încât acestea să intervină în timp util pentru a împiedica consumarea infracțiunii (după ce și-a lovit soția pe care o învinuia de infidelitate, iar aceasta a căzut în stare de inconștiență, cuprins de remușcări a sunat la 112 anunțând fapta, astfel că soția a fost salvată de la moarte), iar cea de-a doua posibilitate de a împiedica consumarea infracțiunii constă în modalitatea stabilită de text de a împiedica, nemijlocit, el însuși, consumarea infracțiunii (după ce i-a pus concubinei otravă în mâncare, iar aceasta a început să acuze dureri mari de stomac, i-a administrat o cană de lapte, a urcat-o în mașină și urgent a dus-o la spital unde personalul medical, prin proceduri specifice, a înlăturat pericolul decesului).

Elemente de drept comparat

Din consultarea unor Coduri penale străine cu referire la reglementarea cauzelor generale de nepedepsire - desistarea și împiedicarea producerii rezultatului - identificăm, în raport cu legea penală română, atât asemănări, cât și unele deosebiri. Majoritatea codurilor penale de referire reglementează desistarea și împiedicarea distinct de tentativă, dar sunt și legislații penale în care desistarea și împiedicarea rezultă din conținutul descrierii tentativei.

Codul penal italian în art. 56 alin.(3) și (4) reglementează desistarea și împiedicarea producerii rezultatului. Potrivit dispozițiilor art. 56 alin.(3) dacă vinovatul desistă voluntar la acțiunea începută, descrisă de norma de incriminare, nu se pedepsește, cu excepția cazului în care activitatea efectuată până la momentul desistării constituie în sine o infracțiune diferită. În temeiul alin. (4) al art. 56, cel care împiedică în mod voluntar producerea rezultatului, va fi pedepsit pentru tentativă la infracțiune, iar pedeapsa se va reduce de la un sfert, la jumătate.

Codul penal german prevede desistarea în art. 24. În temeiul acestui text nu este pedepsit pentru tentativă făptuitorul care renunță din proprie inițiativă la săvârșirea faptei sau împiedică producerea rezultatului. În cazul în care fapta este comisă și fără participarea celui care s-a desistat, atunci acesta este apărat de pedeapsă dacă s-a străduit din proprie inițiativă și în mod real să împiedice producerea rezultatului.

Codul penal spaniol reglementează desistarea și împiedicarea producerii rezultatului în art. 16 alin.(2) și (3). Potrivit dispozițiilor acestui articol, nu răspunde penal pentru tentativă persoana care evită în mod voluntar să înfăptuiască delictul, fie renunțând la executarea acțiunii deja începute, fie împiedicând producerea efectului, fără ca aceasta să fie exonerată de responsabilitate pentru faptele comise, dacă acestea au întrunit deja elementele constitutive ale altui delict.

Codul penal francez nu cuprinde o dispoziție prin care să reglementeze desistarea și împiedicarea voluntară a rezultatului pentru că în concepția legiuitorului francez, tentativa nu există decât dacă acțiunea a fost întreruptă ori nu și-a produs efectul din motive independente de voința autorului. Dacă ar fi intervenit voința autorului de a întrerupe producerea efectului, tentativa nu ar putea să existe. Aceasta înseamnă că desistarea voluntară sau împiedicarea voluntară a rezultatului sunt cauze de inexistență a tentativei și nu cauze de nepedepsire a acesteia, ca în sistemul celorlalte legislații penale, inclusiv legea penală română.

Codul penal belgian, asemănător celui francez, nu reglementează desistarea și împiedicarea voluntară a rezultatului într-un text distinct, tot pentru motivul că existența tentativei este

condiționată de constatarea întreruperii sau neproducerii rezultatului, a unor cauze sau circumstanțe independente de voința autorului.¹

Spețe din practica judiciară

Tentativă de furt calificat: Art. 81 Cod penal se aplică tentativei la furt calificat, deoarece pedeapsa prevăzută de lege, în acest caz, nu depășește 12 ani închisoare, ca efect al aplicării dispozițiilor art. 21 Cod penal.

Prima instanță l-a condamnat pe inculpat la 1 an și 8 luni închisoare, în baza art. 20 raportat la art.208-209 lit. a,e, g și i Cod penal, și a suspendat condiționat executarea pedepsei pe un termen de încercare de 3 ani și 8 luni, în baza art. 81-82 Cod penal. În fapt, s-a reținut că inculpații au încercat să sustragă bunuri dintr-un magazin, după ce pătrunseseră, prin efracție, moment în care au fost surprinși de lucrătorii de poliție. Apelul declarat de parchet a fost admis, s-a desființat parțial sentința și, pe fond, s-a dispus înlăturarea dispozițiilor art. 81-82 Cod penal, aplicându-se, totodată, art. 71-64 Cod penal, pe motiv că, potrivit art. 81 alin. 3 Cod penal, suspendarea condiționată a executării pedepsei nu poate fi dispusă în cazul infracțiunilor intenționate pentru care legea prevede pedeapsa închisorii mai mare de 12 ani. Cum infracțiunea de furt calificat este pedepsită cu închisoare de la 3-15 ani, aplicarea dispozițiilor art. 81-82 Cod penal este nelegală.

Recursurile celor doi inculpați sunt întemeiate pe motivul de casare prevăzut de art. 385 indice 9 pct. 17 incider 1 Cod procedură penală, în sensul că dispozițiile art. 81 Cod penal sunt aplicabile în speță, întrucât pedeapsa prevăzută pentru tentativa la infracțiunea de furt calificat este de la 1 an și 6 luni până la 7 ani și 6 luni, potrivit art. 21 alin. 2 Cod penal raportat la art. 208-209 lit. a, e, g și i Cod penal. Recursurile declarate de inculpați sunt fondate.

În conformitate cu art. 21 Cod penal, tentativa se sancționează cu o pedeapsă cuprinsă între jumătatea minimului și jumătatea maximumului prevăzut de lege pentru infracțiunea consumată. În cazul de față limitele prevăzute de lege sunt de 1 an și 6 luni și 7 ani și 6 luni închisoare (limitele pentru infracțiunea consumată fiind de la 3 la 15 ani închisoare).

Rezultă, deci, că art. 81 Cod penal se aplică tentativei la furt calificat, deoarece pedeapsa prevăzută de lege, în acest caz, nu depășește 12 ani închisoare. Curtea va admite recursurile, va casa decizia și va menține sentința penală.²

Tentativă de omor. Vătămare corporală gravă.

Prin sentința penală nr. 198 din 15 decembrie 2000, Tribunalul Suceava l-a condamnat pe inculpat pentru tentativă la infracțiunea de omor prevăzut de art. 20 raportat la 174 Cod penal, reținând că a lovit-o pe partea vătămată cu cuțitul în regiunea toracică și i-a cauzat o leziune gravă care i-a pus viața în primejdie.

Apelul inculpatului a fost respins, ca nefondat, prin decizia penală nr. 45 din 19 februarie 2001 a Curții de Apel Suceava. Instanțele au înlăturat apărarea inculpatului, potrivit căreia fapta ar întruni elementele constitutive ale infracțiunii de vătămare corporală gravă prevăzută de art. 182 alin. 1 Cod penal.

Ceea ce deosebește cele două infracțiuni este poziția subiectivă a făptuitorului. Dacă în cazul infracțiunii prevăzute de art. 182 alin. 1 Cod penal, făptuitorul urmărește să provoace suferințe fizice caracteristice unei loviri obișnuite, iar rezultatul se produce fără a fi urmărit sau acceptat, în cazul tentativei la infracțiunea de omor făptuitorul urmărește sau acceptă posibilitatea uciderii victimei, rezultatul neproducându-se datorită unor împrejurări independente de voința sa. Lovind cu cuțitul în piept, inculpatul a dorit sau cel puțin a acceptat posibilitatea producerii morții, partea

¹ Pascu Ilie, Dima Traian, Păun Costică, Gorunescu Mirela, Dobrinou Vasile, Hotca Mihai-Adrian, Chiș Ioan, Dobrinou Maxim – “Noul Cod penal comparat, vol. I, partea generală”, Editura Universul Juridic, București 2012, pag. 267-268

² Culegere de practică judiciară în materie penală 1999, Dreptul penal, Dreptul procesual penal, Editura Rosetti, București 2011, pag. 151-152

vătămată fiind salvată, datorită unor circumstanțe fericite, existente în afara acțiunilor făptuitorului (apropierea de spital, transportarea în timp util și profesionalismul medicilor). (Decizia penala nr. 45/19.02.2001)¹

Aruncarea de la mică distanță a unei pietre de pavaj spre capul unei persoane și rănirea acesteia, cu urmarea unor leziuni ce necesită 25 de zile de îngrijiri medicale, constituie tentativă la infracțiunea de omor săvârșită cu intenție indirectă, iar nu infracțiunea de vătămare corporală prevăzută în art. 181 C. pen. Tribunalul București, secția a II-a penală, prin sentința nr. 170 din 5 februarie 2004, a condamnat pe inculpatul B.M. pentru săvârșirea tentativei la infracțiunea de omor calificat prevăzută în art. 20 raportat la art. 174 și art. 175 lit. e) și i) cu aplicarea art. 37 lit. b) C. pen.

Instanța a reținut că, în noaptea de 28 august 2003, inculpatul a provocat un scandal la domiciliul martorei P.I. După ce mai multe persoane au ieșit din casă, între care și copiii, inculpatul a cerut martorei să se întoarcă la domiciliul lui și fiindcă a fost refuzat, a amenințat că va face prăpăd. Apoi, a luat pietre de pavaj ce fuseseră scoase în urma unei lucrări și a aruncat cu ele în curtea imobilului, fără a-l preocupa pe cine poate lovi.

O piatră a lovit în cap pe minora P.L. în vârstă de 8 ani, care a suferit leziuni ce au necesitat 25 de zile îngrijiri medicale. Curtea de Apel București, secția II-a penală, prin decizia nr. 175 din 11 martie 2004, a respins apelul inculpatului. Declarând recurs, inculpatul a cerut schimbarea încadrării juridice a faptei din tentativă la infracțiunea de omor calificat în infracțiunea de vătămare corporală prevăzută în art. 181 C. pen. Recursul inculpatului nu este fondat sub acest aspect. Instanțele au reținut situația de fapt și vinovăția inculpatului, în concordanță cu probele administrate, încadrând corect în dispozițiile legii infracțiunea săvârșită. În adevăr, fapta inculpatului de a arunca de la mică distanță, de numai 3 m, cu intensitate, un obiect apt a ucide (piatră de pavaj stradal de 18/12 cm) spre capul părții vătămate constituie tentativă la infracțiunea de omor sub forma intenției indirecte, deoarece, deși nu a urmărit uciderea părții vătămate, inculpatul a prevăzut posibilul rezultat mortal al actului său de violență și a acceptat producerea acestui rezultat. Cum corect s-a motivat de instanțe, rezultatul nu s-a produs din cauze independente de voința inculpatului, ceea ce a făcut ca infracțiunea de omor să rămână în faza tentativei. În consecință această critică nu a fost primită, recursul inculpatului fiind admis pentru greșita reținere a stării de recidivă.²

Evadare. Adăugarea pedepsei aplicate la pedeapsa ce se execută. Nedpășirea maximului general

În cazul în care pedeapsa ce se execută este de 30 de ani închisoare, ce constituie maximul general al pedepsei închisorii prevăzut în art.53 pct.1 lit.b C.pen., pedeapsa aplicată pentru infracțiunea de evadare nu se mai adaugă, conform art.269 alin.3 din același cod, la pedeapsa care se execută, deoarece s-ar depăși maximul general al pedepsei.

Prin sentința penală nr.115 din 13 mai 2001, Tribunalul Alba a condamnat pe inculpatul I.A. la un an și 6 luni închisoare pentru săvârșirea tentativei la infracțiunea de evadare prevăzută în art.20 raportat la art.269 alin.2 C.pen.

În baza art.269 alin.3 din același cod, s-a dispus ca inculpatul să execute pedeapsa cea mai grea, de 30 de ani închisoare, în executarea căreia se afla. Prin decizia penală nr.191/A din 27 august 2002, Curtea de Apel Alba a respins apelurile declarate de procuror și de inculpat. Recursul procurorului, prin care se susține că prevederile art.269 alin.3 C.pen. au fost greșit aplicate, prin omisiunea de a se dispune ca pedeapsa pentru tentativa la infracțiunea de evadare să se adauge la pedeapsa pe care inculpatul o execută, nu este fondat. Potrivit art.269 alin.3 C.pen., pedeapsa aplicată pentru infracțiunea de evadare se adaugă la pedeapsa ce se execută, fără a se putea depăși maximul general al închisorii. Având în vedere că inculpatul a săvârșit tentativa de evadare în timp ce se afla în executarea pedepsei de 30 de ani închisoare care, potrivit art.53 pct.1 lit.b C.pen., constituie

¹ Curtea de Apel Suceava; Buletinul Jurisprudenței 2001 și sem.1/2002, Editura Lumina Lex, București 2002, pag. 144

² <http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202004/SP%20%202740%202004.htm> accesat la data de 22.03.2013

maximul general al închisorii, se constată că hotărârea instanței prin care pedeapsa de un an și 6 luni închisoare aplicată inculpatului în baza art.20 raportat la art.269 alin.2 C.pen. nu a fost adăugată la pedeapsa de 30 de ani pe care acesta o executa, este corectă.

În consecință, recursul declarat de procuror a fost respins.¹

Concluzii

Așa cum propun în partea introductivă a acestui studiu, s-a avut în vedere punctul de plecare a ceea ce azi numim tentativă, urmată de o serie de informații și comparații menite să ajute la înțelegerea a ceea ce înseamnă tentativă și cum este reglementată atât în Codul nostru penal, cât și în alte Coduri penale.

Așadar, prin intermediul acestei lucrări, am putut afla că, deși tentativa nu a fost incriminată de la început, în zilele noastre este prevăzută atât de Codul nostru penal roman, cât și de alte Coduri penale, iar pedeapsa pentru infracțiunile care rămân în faza tentativei este prevăzută de legea penală, iar cel care nu poate duce la bun sfârșit săvârșirea unei infracțiuni va fi pedepsit conform legii.

Referințe bibliografice:

- Prof univ. Traian Dima – “Drept penal: partea generală”, editura Hamangiu, București 2008
- Constantin Mitrache, Cristian Mitrache – „Drept penal român, partea generală”, Ed. Universul Juridic, București. 2012
- Costică Bulai, Bogdan N. Bulai - „Manual de drept penal: partea generală”, Editura Universul Juridic, București 2007
- Dongoroz Vintilă –, „Dept penal”, Editura Asociația Română de Științe Penale, București 2000
- Tamara Manea - Tentativa improprie: legislație, doctrină, jurisprudență, drept comparat Lumina Lex; București 2003
- Antoniu, George- “ Tentativa: (doctrină, jurisprudență, drept comparat)” Editura Tempus; București 1996
- Oancea, Ion - “ Drept penal: partea generală” Editura Didactică și Pedagogică; București 1971
- Stănoiu, Rodica- Mihaela; Griga, Ioan; Dianu, Tiberiu – “ Drept penal: partea generală: (note de curs)” Editura Hyperion XXI; București 1992
- Buletinul jurisprudenței – Curtea de Apel Suceava 2001 și sem. 1/2002
- Culegere de practică judiciară în materie penală 1999 – Curtea de Apel București
- Nistoreanu Gheorghe, Dobrinioiu Vasile, Pascu Ilie, Molnar Ioan, Boroș Alexandru, Lazăr Valerică – “Drept penal, partea generală”, Editura All Beck, București 2004
- Pascu Ilie, Dima Traian, Păun Costică, Gorunescu Mirela, Dobrinioiu Vasile, Hotca Mihai-Adrian, Chiș Ioan, Dobrinioiu Maxim – “Noul Cod penal comparat, vol. I, partea generală”, Editura Universul Juridic, București 2012
- <http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202004/SP%20r%202740%202004.htm>
- <http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202003/SP%20r%20230%202003.htm>

¹ <http://www.scj.ro/SP%20rezumate%202003/SP%20r%20230%202003.htm> accesat la data de 22.03.2012

FRAUDA INFORMATICĂ: INFRAȚIUNE DISTINCTĂ SAU VARIETATE A ÎNȘELĂCIUNII DIN DREPTUL COMUN?

Florentina PĂUN¹

Abstract

Lucrarea își propune să abordeze faptele incriminate de legea penală care au legatură cu mediul informatic, încă de la apariția calculatorului și internetului, fiind reglementate ulterior în plan internațional aceste noi tipuri de infracțiuni, în special fraudă informatică.

Acest tip de infracțiune ridică probleme în jurisprudență întrucât în contextul actual este privită ca o varietate a înșelăciunii, dar în noul Cod penal prin art 249 este incriminată ca o infracțiune distinctă.

Astfel, lucrarea abordează un nou tip de infracționalitate întâlnită tot mai des în mediul informatic și care produce consecințe grave statului cât și persoanelor, acest fapt denotând că este o infracțiune complexă, fiind analizată în raport și cu consecințele pe care le produce.

Așadar la finalul studiului este prezentată fapta de fraudă informatică din sistemul legislativ român, precum și propuneri de lege ferenda privind conținutul legal al faptei.

Cuvinte cheie: internet, fraudă informatică, înșelăciune, noul Cod penal, abuz

1. Introducere

Domeniul acoperit de tematica studiului privește infracțiunile săvârșite în mediul informatic fiind incriminate în Legea nr1612003, în special infracțiunea de fraudă informatică, urmărind modalitatea de producere a acesteia în condițiile legislative actuale.

Studiul prezintă importanța întrucât expansiunea criminalității informatice, nu cunoaște limite, tot mai multe persoane recurând la diferite metode având drept scop obținerea în mod injust a unui beneficiu material, producând astfel o pagubă în patrimoniul societăților sau diferitelor companii prin introducerea unor date, sau modificarea celor existente ori împiedicarea accesului la aceste date. Modalitățile de săvârșire sunt diferite, astfel încât se propune eficientizarea cadrului legislativ existent, prin incriminarea cât mai eficace a unor astfel de fapte, precum și delimitarea acestora de alte fapte penale, spre exemplu infracțiunea de înșelăciune. Eficientizarea cadrului legislative este necesară, întrucât o singură breșă realizată în operarea acestui sistem poate pune în pericol vieți omenești, fiind demonstrată dependența societății de sistemele informatice.

Prin incriminarea corectă așa cum este ea prevăzută în Convenția Consiliului Europei, rata criminalității va scădea; contribuțiile existente în literatură de specialitate fiind mai mult decât oportune de a reduce dimensiunea infracțională, mult mai profundă decât cea intuită inițial, privind fraudă informatică. Astfel, lucrările prof.univ.dr Vasile Dobrinoiu, Mihai Adrian Hotca, Maxim Dobrinoiu, Costică Păun prezintă relevanță în studiul impactului acestor tipuri de infracțiuni în mediul social actual.

2. Cuprinsul lucrării

Apariția internetului

Internetul a apărut pe la mijlocul anilor 1960, în SUA crându-se atunci o rețea de comandă și control care să poată supraviețui unui război nuclear, iar pentru aceasta DOD prin agenția sa de

¹ Student, Universitatea Nicoale Titulescu din București, e-mail: paunflorentina10@yahoo.com. Acest studio a fost coordonat de către assist.univ.dr. Jipa Cristina Alexandra, alexandrajipa@gmail.com

cercetare ARPA(Agenție de Cercetare pentru Proiecte Avansate) a creat un sistem unic ce reunea o multitudine de rețele ce utilizau un ansamblu de protocoale ce aveau drept scop crearea unei interfețe unice-software-de rețea.

Rețeaua ARPA a fost concepută de către L.G.Roberts în anul 1966.

Mai târziu,ARPA a finanțat cercetări în domeniul rețelelor de sateliți și rețelelor radio cu pachete.Pe la mijlocul anilor 1980,lumea a început să perceapă tot mai mult colecția de rețele ca fiind un internet(interconnections of networks).1

Tradițional,internetul a avut patru aplicații principale,și anume:poșta electronică,știrile,conectarea la distanță și transferal de fișiere.Odată cu amploarea luată de internet,precum și a creșterii popularității acestuia în rândurile utilizatorilor,aplicațiile scrise pentru manipulare puse la dispoziție de această mare rețea de calculatoare s-a diversificat și numărul acestor aplicații care este în continuă creștere.2

Așadar,odată cu acest aspect pozitiv prin care populației i s-a permis comunicarea la distanță cu diferite persoane,rude,prieteni,șefi,precum și aflarea știrilor de ultimă oră din diverse zone ale globului, plata serviciilor utilizate prin card și schimbul de informații în diverse domenii:economic,politic,cultural, și scoaterea de date cu caracter personal a dat naștere interdependent unor infracțiuni informatice,care nu au putut fii previzualizate la acel moment;precum:accesul ilegal la un sistem informatic,alterarea integrității datelor informatice,falsul informatic,frauda informatică,etc.

Expansiunea criminalității informatice nu cunoaște limite și tot mai multe persoane,recurg la diferite metode,producând o pagubă în patrimoniul companiilor,societăților,băncilor,având drept scop însușirea pe nedrept a informațiilor cu caracter personal.

Dezvoltarea fără precedent în domeniul tehnologiei informatice,la nivel mondial are din păcate,o parte negativă:s-a deschis o poartă către producerea unor fapte antisociale,denumite “criminale” atât în dreptul internațional penal,cât și în rapoartele prezentate de specialiști ai informaticii,fapte care nu ar fii putut exista în condiții tehnice existente acum 15 ani afirma prof Maxim Dobrinoiu.3

Sistemul de calculatoare,oferă în prezent,oportunități noi,unele chiar sofisticate de încălcare a legilor și crează un potențial ridicat de comitere a unor tipuri de infracțiuni realizate altfel decât în modurile cunoscute,tradiționale.Deși,societatea,în ansamblul ei,plătește pentru toate daunele economice cauzate de “criminalitatea informatică”,aceasta continuă să se bazeze pe sistemele computerizate în aproape toate domeniile vieții sociale:controlul traficului aerian,al trenurilor și metrourilor,coordonarea serviciului medical sau al securității naționale.4

O singură breșă realizată în operarea acestor sisteme poate pune în pericol vieți omenești,ceea ce denotă faptul ca dependența societății de sistemele informatice a căpătat o dimensiune mult mai profundă decât cea intuită inițial.

2.1 Spețe internaționale privind criminalitatea informatică

În lucrarea sa “Infracțiuni în domeniul informatic” Maxim Dobrinoiu preciza faptul că infractorii moderni”pot fura mai mult cu un calculator decât cu o armă” și că “terorismul de mâine ar putea distruge infinit mai mult cu ajutorul unei tastaturii decât cu o bombă”.

¹ Maxim Dobrinoiu,Infracțiuni în domeniul informatic,ed.CHBeck,București,2006,op.cit.,pg 33.

² Idem,pg 45.

³ Ibidem,pg 59.

⁴ Maxim Dobrinoiu,Infracțiuni în domeniul informatic,op cit pg 59.

Primul incident IT s-a produs în anul 1988, care a produs pagube deloc neglijabile, când americanul Robert Morris a realizat un virus informatic care a infectat 4000 de servere; un număr impresionant pentru aceea perioadă.¹

Întrun experiment al NASA din 2012, pentru a sublinia impactul pe care îl poate avea accesarea ilegală a unui server al armatei s-a arătat cum o persoană neautorizată poate sparge codurile de acces la un avion aflat în zbor, cu pilotul la bord, având control direct de la calculatorul personal de acasă asupra funcționării și funcțiilor avionului, putând declanșa acte teroriste asupra populației unui stat.

În anul 1989, un grup de hackeri autointitulați The Legion of Doom a preluat controlul asupra companiei de telefonie Bell South. Gruparea a interceptat convorbiri telefonice și a redirecționat apeluri fără ca acest fapt să producă prejudicii majore, cu excepția încălcării flagrante a dreptului la viața privată a persoanelor.²

Potrivit practicii judiciare înregistrate în România, dar și în restul statelor lumii, printre cele mai importante fraude informatice se numără: Frauda “Momește și Schimbă” (engl. Bait and Switch) - care presupune oferirea spre vânzare, pe Internet, de bunuri care nu există în realitate, Frauda “Depozite Escrow False” - care presupune oferirea unei garanții privind existența bunului și corectitudinea tranzacției prin intermediul unui website de garantare (cu titlu de depozit), acesta aflându-se, de fapt, sub controlul infractorilor, Fraude cu avans “419” - prin care utilizatorii serviciilor de comunicații electronice sunt ademiniți, prin mesaje de email bine elaborate, să participe la tranzacții financiare dubioase, urmând a primi în schimb un procent din sumele tranzacționate.³

De asemenea, mai sunt cunoscute și fraudele bazate pe încredere, foarte numeroase deoarece ele împrumută elemente de la alte fraude și se schimbă mereu, bazându-se pe intenția de a induce în eroare diferite persoane denumite “ținte” cu privire la posibilitatea de a obține un câștig însemnat din o faptă licită sau nu, transformându-se totul întrun joc psihologic unde victimele îi sunt exploatate anumite laturi ale personalității umane precum lăcomia și dorința de înavuțire rapidă. Printre cele mai cunoscute se numără: “The money box” (schemă rapidă de îmbogățire), “prizonierul spaniel”, “romance scam” - care se realizează prin siteuri de întâlniri online, pe internet - unde victima în considerare faptul că se va căsători plătește făptuitorului diverse sume de bani cu titlu de împrumut, “frauda ghicitul” (fortune telling fraud)/fake antivirus - unde calculatorul victimei este infestat cu virusi, problemă raportată de un antivirus fals, până când victima va plăti o anumită sumă de bani.

Un alt tip de fraudă vizează o operațiune destul de ușor de realizat, însă necesită accesul întrun sistem informatic al unei instituții bancare și poartă denumirea de fraudă salam.

Autorul accesează aplicația informatică de gestionare conturi-clienți sau pe cea de facturare și modifică anumite linii din program în așa fel încât produce o rotunjire în minus a sumelor rezultate din calculele bancare specifice, diferențele fiind direcționate către un anumit cont. Numele fraudei este sugestiv pentru operațiunea de obținere, sumare și transfer a tuturor procentelor rezultate din rotunjirile aritmetice impuse prin soft.⁴

Practica judiciară internă și internațională relevă, mai nou, un mod automat de realizare a fraudelor informatice, și anume prin folosirea rețelelor de tip Botnet. Un Botnet este o rețea virtuală care reunește întrun mediu comun de comunicare sistemele informatice preluate sub controlul făptuitorului, prin infectarea cu viermi informatici sau aplicații de tip cal Troian, și care acționează conform instrucțiunilor transmise de acesta, independent de voința sau cunoștința utilizatorilor de drept. Așadar, criminalitatea informatică vizează diverse domenii ale societății creând o stare de

¹ Idem, pg 357.

² Ibidem, pg 358.

³ Mihai Adrian Hotca, Maxim Dobrinou, Infracțiuni prevăzute în legi speciale, ed CHBeck, ediția 2, op cit, pg 609.

⁴ Maxim Dobrinou, op cit, pg 225-226.

pericol și afectând în mod direct atât statul,cât și viața privată a persoanelor fizice,precum și activitatea unor societăți sau persoane juridice.

3.Reglementare internațională

Legislația statelor lumii este în continuă schimbare datorită dezvoltării tot mai accelerate a tehnologiei informatice,iar cooperarea internațională este pusă în fața unei provocări continue produsă de creșterea criminalității informatice transnaționale.Din ce în ce mai multe state au procedat la armonizarea propriilor legislații în vederea combaterii fenomenului în discuție,însă rezultatele sunt doar mulțumitoare și nu se va putea vorbi de o eradicare a fenomenului.¹

În ceea ce privește criminalitatea informatică,statele membre ale U.E.

au ajuns la un numitor comun,fiind identificate patru activități distincte:

activități care aduc atingere vieții private:colectarea,stocarea,modificarea și dezvăluirea datelor cu caracter personal.

activități de difuzare a materialelor cu conținut obscen și/sau xenofob;materiale cu caracter pornografic(în special cele legate de minori),materiale cu caracter rasist și care incită la violență.

criminalitatea economică,accesul neautorizat și sabotajul:activități prin care se urmărește distribuirea de viruși,spionajul și fraudă realizată prin calculator,distrugerea de date și programe sau alte infracțiuni:programarea unui calculator de a “distruge” alt calculator.Până în prezent la nivelul U.E.nu există instrumente de combaterea a acestui tip de criminalitate.

încălcarea dreptului de proprietate intelectuală.²

Tot în cadrul U.E.,Consiliul Europei a dat statelor membre unele recomandări,precum:R. nr R(89)9 ; R.nr R(95)13; Rnr. R(85)10; Rnr. nr. R (87) 15;Rnr R(88)2 care aveau în vedere combaterea criminalității informatice.

Recomandarea R(89)9 reprezintă o inițiativă în definirea faptelor ilegale în legătură cu sistemele informatice,împărțindu-le în două secțiuni:lista minimală și lista facultativă.

Rezoluția propusă în 1992 de către Asociația Internațională de Drept Penal conținea,printre altele,următoarele recomandări:extinderea legislației aplicabile criminalității tradiționale nu este suficientă și este absolut necesară crearea unui cadru propriu criminalității informatice;pericolele importante care sunt cauzate de introducerea în rețele a unor viruși,viermi altor programe asemănătoare trebuie să facă subiectul unor discuții științifice la nivel internațional între informaticieni și juriști care să propună sancțiunile și pedepsele necesare.³

Comitetul European pentru Probleme Criminale din cadrul Consiliului Europei a recomandat, prin prisma ultimelor rapoarte întocmite în domeniul criminalității informatice, elaborarea unui document internațional superior unei.

Recomandări,cerând elaborarea unei Convenții care să angajeze răspunderea statelor semnatare atât în ceea ce privește obligația de a incrimina faptele săvârșite prin intermediul sistemelor informatice,cât și în ce privește dispoziții procedurale și de asistență judiciară internațională în acest domeniu.⁴

Prin urmare,a fost constituit un comitet de experți privind cyber-criminalitatea,care a elaborat ceea ce avea să devină una dintre cele mai mediatizate convenții internaționale,Convenția Consiliului Europei asupra Criminalității Informatice,semnata la Budapesta la 23 noiembrie 2001.⁵

Ulterior a intrat în vigoare și Protocol din 2003 la Convenția Consiliului Europei privind criminalitatea informatică, referitor la incriminarea actelor de natură rasistă și xenofobă săvârșite prin intermediul sistemelor informatice.

¹ Idem.pg 60.

² Ibidem.pg 64-65.

³ Maxim Dobrinouiu,op cit,pg 67.

⁴ Idem,pg 73.

⁵ Idem.

4. Frauda informatică

Frauda informatică a fost incriminată prin Legea nr161/2003, unde în art 49 se precizează că reprezintă fraudă informatică, fapta de a cauza un prejudiciu patrimonial unei persoane prin introducerea, modificarea sau ștergerea de date informatice, prin restricționarea accesului la date informatice ori prin împiedicarea, în orice mod, a funcționării unui sistem informatic, în scopul de a obține un beneficiu material pentru sine sau pentru altul constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoarea de la 3 la 12 ani.

În noul Cod penal această faptă este incriminată în art 249, ea nefiind anterior reglementată de Codul penal, conținutul legal fiind același, diferind doar limitele de pedeapsă, respectiv de la 2 la 7 ani, în sensul că regimul de sancționare este mult mai aspru în legislația prezentă.

Frauda informatică este incriminată în mod similar, diferențele fiind legate mai degrabă de stil decât de conținut. De exemplu, expresia “prejudiciu patrimonial” a fost înlocuită cu termenul “pagubă”.¹

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 rețea.

De remarcat este faptul că infracțiunea de fraudă are un obiect juridic special asemănător înșelăciunii, adică relațiile sociale de ordin patrimonial care implică încredere și buna credință a subiecților.

De altfel, în titlul 3 din Codul Penal sunt incriminate infracțiunile contra patrimoniului, care au drept obiect juridic generic, relațiile sociale referitoare la patrimoniul public sau privat.

În doctrina penală se consideră că infracțiunile contra patrimoniului se clasifică, ținând cont de specificul activității materiale, în infracțiuni contra patrimoniului bazate pe sustragere (furt, tâlhărie, piraterie), infracțiuni contra patrimoniului bazate pe fraudă (abuz de încredere, înșelăciune) și infracțiuni contra patrimoniului bazate pe samavolnicie (distrugere, degradare, tulburarea de posesie). O sistematizare asemănătoare există și în Codurile penale anterioare, dar și în legislația străină.²

Obiectul material este dat de sistemele informatice (datele informatice stocate în sistemele informatice) care conțin datele informatice alterate sau care sunt împiedicate să funcționeze ca urmare a activității făptuitorului; cât și de entitățile materiale care compun un sistem informatic individual sau aflat în comunicare cu alte sisteme prin intermediul unei rețele.

Potrivit art 181NCP, 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. Prin date informatice se înțelege orice reprezentare a unor fapte, informații sau concepte într-o formă care poate fi prelucrată printr-un sistem informatic.³

Subiectul activ al infracțiunii poate fi orice persoană responsabilă penal, asemănător cu infracțiunea de înșelăciune; însă în majoritatea cazurilor făptuitorii posedă cunoștințe în domeniul tehnologiei informației.

Manipulările frauduloase de acest gen sunt, ca și în cazul anterior, realizate adesea de inițiați în domeniul calculatoarelor ori de persoane care, prin natura serviciului au acces la date și sisteme informatice. Astfel, nu orice persoană fizică poate fi subiectul acestor infracțiuni, ea trebuie să fie în primul rând responsabilă dpdv penal și în al doilea rând să fie “inițiată” în domeniul informatic al calculatoarelor .

¹ Mihai Adrian Hotca, Noul Cod penal și Codul penal anterior, ed Hamangiu, B, 2009, op cit, pg 239.

² Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept penal. Partea specială, ed Wolters Kluwer, B, 2008, op cit, pg 262.

³ Vasile Dobrinou, Mihai Adrian Hotca, Mirela Gorunescu, Maxim Dobrinou, Ilie Pascu, Ioan Chiș, Costică Păun, Norel Neagu, Mircea Constantin Sinescu, Noul Cod penal comentat. Partea specială, vol II, ed Universul Juridic, B, 2012, op cit, pg 330.

Bineînțeles, odată cu această amploare a criminalității în acest domeniu, statele încearcă să reglementeze și să incrimineze cât mai bine faptele antisociale care pun în pericol patrimoniul cât și intimitatea persoanelor fizice și juridice, dar și statul.

În general, autorul este o persoană cu cunoștințe în domeniul calculatoarelor sau al electronicii, deși există unele cazuri (mai rar, însă) în care acest aspect nu are nicio relevanță.¹

Așadar, făptuitorul trebuie neapărat să se folosească, în mod direct de un calculator și de anumite echipamente electronice special destinate desfășurării activității infracționale fiind în tot acest timp conectat la un server.

Însă denumirea de inițiat denotă o persoană care a căpătat suficiente cunoștințe, acumulând noțiunile inițiale în acest domeniu de activitate.

Cu alte cuvinte, am putea chiar vorbi de o persoană calificată, întrucât o persoană care nu are cunoștințe în acest domeniu nu ar putea comite cu intenție o astfel de faptă.

Așadar, întrebarea care se pune este: dacă fapta se comite de inițiați în domeniul calculatoarelor mai putem vorbi de orice persoană sau de un subiect activ calificat? Astfel explicația este dată de prof de drept penal, Vasile Dobrinou în lucrarea 'Teorie și practică judiciară. Partea specială', unde precizează că subiectul activ poate fi orice persoană responsabilă sub aspect penal, întrucât textul nici în noua reglementare din art 249NCP nu prevede nicio calitate specială pentru aceasta.

Însă, în majoritatea cazurilor explică autorul, făptuitorii posedă cunoștințe în domeniul tehnologiei informatice, fiind familiarizați cu anihilarea măsurilor de securitate ale calculatoarelor sau sunt experți în informatică. Explicația se extinde și asupra persoanelor juridice.

Subiectul pasiv va fi persoana al cărui interes patrimonial a fost prejudiciat prin acțiunea făptuitorului; putând vorbi de o persoană fizică sau de o persoană juridică.

În unele situații poate exista subiect pasiv colectiv, constând într-o mulțime de persoane fizice sau juridice afectate de perturbarea sistemului informatic la care sunt interconectate.²

Nu este exclusă existența subiectului pasiv secundar în cazul în care datele informatice perturbate se referă la persoane fizice sau juridice diferite de proprietarul sau deținătorul de drept al sistemului informatic.³

Situația premisă constă în existența unui sistem informatic în stare de funcționare sau funcționabil.

Elementul material se realizează alternativ prin introducerea, modificarea sau ștergerea de date informatice, restricționarea accesului la aceste date ori împiedicarea în orice mod a funcționării unui sistem informatic.⁴

Prin acțiunea de introducere se înțelege completarea în baza de date a unor informații reale sau fictive indiferent de amploarea sau natura aceste operațiuni.

Pe când acțiunea de modificare implică introducerea cu noi secvențe de date informatice înlocuindu-le pe cele existente sau ștergerea celor existente.

Ștergerea datelor informatice semnifică determinarea dispariției unor fișiere sau a unei părți din acestea, indiferent dacă fenomenul se produce instantaneu sau după anumite intervale de timp, prin virusarea acestora. Restricționarea accesului la datele informatice se realizează prin criptarea totală sau parțială a acestora. Operațiunea se poate produce și prin virusarea calculatorului sau a rețelei, cu consecințe negative asupra vitezei de procesare a informațiilor sau a fidelității acestora. Nu este semnificativ faptul dacă restricționarea accesului este definitivă sau se limitează la anumite perioade.⁵

¹ Teză de doctorat, coordonator Vasile Dobrinou, autor Florin Encescu, B, 2010, Universitatea Nicolae Titulescu, op cit, pg 180.

² Petre Dungan, Tiberiu Medeanu, Viorel Pașca, Drept penal. Partea specială vol I, Prezentarea comparativă a noului Cod penal și a Codului penal din 1968, ed Universul Juridic, B, 2012, op cit., pg 369.

³ Idem.

⁴ Ibidem, pg 370.

⁵ Idem.

Împiedicarea funcționării sistemului informatic vizat presupune înfăptuirea oricărui act de natură a duce la imposibilitatea utilizării,parțial sau total,temporar sau permanent,a respectivului sisteml.

Modalitatea se poate realiza prin scoaterea acestuia din funcțiune,prin întreruperea sursei.

Frauda poate fi comisă cu ajutorul mai multor mijloace,însă în lucrarea de față vom aborda doar mediile electronice(poșta electronică,cablu,internet,etc).²

În mediul informatic,frauda poate avea mai multe forme,și adesea se poate confunda cu înșelăciunea tradițională,mijlocul de realizare fiind computerul.³

În acest scop voi exemplifica scrisorile nigeriene.

Potențialele victime primeau mesaje din partea unor prețiși funcționari ai guvernului sau reprezentanții ai unei companii importante de stat,fiind ademenite cu perspectivele unui câștig substanțial prin expatrierea unor fonduri care nu se puteau face decât prin contul victimei fiind necesare datele personale ale acestora în schimbul unui comision de 10-20% din suma transferată,întrucât exista prezumția de aparență ilegalitate descurajând astfel victimele să denunțe cazul autorităților,în momentul în care acestea descopereau că au fost deposedate de toate lichiditățile.Victimelor li se cerea să plătească anticipat comisioanele bancare ale transferurilor propuse, precum și mai multe taxe și mite inventate, prezentate ca „neprevăzute”, astfel încât uneori frauda se putea întinde pe multe luni de zile.

Înșelătoria nigeriană (numită și „Advance Fee Fraud”, „The Nigerian Connection” sau „419 Fraud”) se practică încă din anii '70. Responsabilii sunt de obicei africani care operează la nivel global,majoritatea solicitărilor provenind din Nigeria și din alte țări vest-africane, precum Ghana, Togo, Liberia, Sierra Leone sau Coasta de Fildeș. Uneori, pot veni și din țări europene, precum Marea Britanie, Olanda sau Spania..

În prezent, propunerile de afaceri pot veni nu doar prin poștă, fax și e-mail, ci și prin grupuri de chat, pagini web de întâlniri și matrimoniale și chiar prin prezentare personală, la ușă.

Întro altă variantă a fraudei,victima primește un mesaj pe mail de la un presupus avocat ori reprezentant al unei societăți de administrare valori mobiliare sau imobiliare prin intermediul căreia este anunțată cu privire la decesul unei “rude foarte îndepărtate”,de care bineînțeles victima nu are cunoștință,și care i-ar fi lăsat o moștenire însemnată.Autorul solicită întrun mesaj victimei detaliile conturilor bancare în vederea “transferului bancar al lichidităților moștenite”.⁴

O altă modalitate prin care se acționează este cumpararea de pe siteuri de specialitate a unor produse scumpe printr-un ordin de plată,filă cec sau alt instrument oficial emis de o autoritate bancară,însă accidental autorul trimite o sumă mai mare pentru aceasta rugând victima să-i trimită și suma de bani diferență.

În anul 2008 se estima că în lume existau în jur de 300.000 de șarlatani care practică frauda „419”, iar numărul lor crește cu 3% în fiecare an.

În anul 1998, un om de afaceri japonez a pierdut 35 milioane de dolari ca urmare a „contractelor” cu mafia nigeriană.

În anul 2002 se estima că 200 de persoane cădeau zilnic în mrejele mafiei nigeriene, iar serviciile secrete ale Statelor Unite au evaluat pierderile anuale ale americanilor în urma unor asemenea „afaceri” la circa 100 de milioane de dolari.

Tot atunci, Departamentul de Justiție al Statelor Unite a câștigat prin hotărâre judecătorească dreptul de a deschide toată corespondența expedită din Nigeria care trecea prin aeroportul JFK cu destinația New York:70% din scrisori conțineau oferte de afaceri pe sistemul „419”.

¹ Maxim Drobinouiu,op cit,pg 222.

² Idem.

³ Ibidem.

⁴ Maxim Dobrinouiu,op cit,pg 225.

O altă reacție de protecție a cetățenilor a fost realizată prin campania de anihilare cunoscută sub titulatura de „coaliția 419” (în SUA) sau „filiera nigeriană” (în Europa). Coaliția a fost făcută pentru că lucrurile au mers prea departe, fiind asasinați oameni care au căzut în plasa escrocilor nigerieni (uciderea bestială a unui american, în Lagos, fiind de notorietate). Pentru a avertiza potențialele victime ale nigerienilor, s-au deschis site-uri speciale, în care se prezintă scenariile după care acționează aceștia. Pe aceste site-uri sunt prezentate concret cazuri din ultimii 5-6 ani și se strâng dovezi pentru a stabili exact algoritmul de lucru al mafiei nigeriene].

Mafia nigeriană a reușit să înșele sute de firme din România.

În anul 1999, multor firme românești li s-au trimis scrisori de intenție și propuneri de contracte de investiții în valoare de milioane de dolari. În principiu, scrisorile arătau că în conturile Companiei de Petrol a Nigeriei (Nigerian National Petroleum Corporation) s-ar fi rătăcit, în ultimele zile ale regimului militar al generalului Ibrahim Babangida, o importantă sumă în valută, pe care semnatarul scrisorii ar putea să o exporte în contul firmei românești. Potențiala victimă era rugată să trimită într-un alt cont sume cuprinse între 5.000 și 10.000 de dolari, reprezentând, chipurile, costurile unei deplasări în Nigeria pentru parafarea contractului]. În cazul multor contracte trimise prin poștă pe plic nu figura nici o ștampilă de Nigeria, ceea ce înseamnă că așa zișii oameni de afaceri fantomă acționau nestingheriți chiar de pe teritoriul României.

În Lagos, un român - omul de afaceri Dan Mircea Tetrescu, venit la tratative, a fost răpit și sechestrat. Ajuns pe aeroportul din Lagos, el a fost răpit și sechestrat timp de o săptămână de zile. În schimbul eliberării sale, mafioții au cerut familiei suma de 500.000 de dolari. Țepuit a fost și fostul subprefect de Suceava, Valica Gorea, care a primit o scrisoare de la o firmă de avocatură nigeriană care i-a comunicat că tatăl său este moștenitorul unui om de afaceri german. Acesta a fost de asemenea sechestrat, în 1994, tot în Lagos.

Urmarea imediată constă în crearea unui prejudiciu patrimonial unei persoane, în survenirea unei pagube care se poate produce prin modificarea, blocarea, virusarea sau restricționarea sistemului informatic.

Legătura de cauzalitate, între activitatea făptuitorului și urmarea produsă, la fel ca și la infracțiunea de înșelăciune trebuie dovedită.

În acest caz, scopul, adică prefigurarea rezultatului are o legătură inevitabilă cu urmarea imediată, astfel încât este imposibil ca făptuitorul să urmărească obținerea unui folos injust, fără să urmărească în același timp, nu doar să accepte, păgubirea patrimoniului vizat.

Elementul subiectiv al fraudei informatice constă în intenție directă calificată prin scopul obținerii unui beneficiu material pentru sine sau pentru altul.

Pentru existența laturii subiective a infracțiunii nu este nevoie ca prejudiciul material să fi fost efectiv realizat, ci numai să fi existat ca o posibilitate urmărită de făptuitor.¹

În cadrul Legii nr 161/2003 actele pregătitoare deși posibile nu sunt incriminate, aceeași mențiune rămânând și în incriminarea din art 249NCP.

Tentativa în cadrul Legii nr 161/2003 se pedepsește conform art 50.

În acest caz, cel mai adesea, nu se va reține tentativa la această infracțiune, ci infracțiunea de fals informatic. Infracțiunea se consideră consumată când făptuitorul a introdus, modificat, șters în vreun fel date informatice ori a restricționat accesul la aceste date sau a împiedicat în orice fel funcționarea unui sistem informatic, cauzând prin aceasta un prejudiciu patrimonial unei persoane.²

Tentativa este reglementată și în noul Cod penal prin art 252 și este posibilă în cazul unor modalități de comitere, în cazul în care infracțiunea nu a fost finalizată, dar poate fi probat scopul (în scopul obținerii unui beneficiu material).

¹ Maxim Dobrinou, op cit, pg 229.

² Idem.

Consumarea are loc în momentul în care s-a cauzat o pagubă unei persoane,producându-se urmarea periculoasă a faptei.Infracțiunea este continuă,epuizarea ei intervenind în momentul în care încetează aceste acțiuni.1

Epuizarea se produce în momentul realizării ultimei activități infracționale,deoarece fapta se poate prelungi în timp.Acțiunile adiacente pot produce urmări de gravitate progresivă,de natură să amplifice gradul de pericol social concret al faptei.2

Delictul analizat prezintă cinci modalități normative;respectiv introducerea, modificarea, ștergerea datelor informatice,restricționarea accesului la aceste date ori împiedicarea în orice mod a funcționării unui sistem de calcul.Acestor modalități normative pot să le corespundă variate modalități de fapt.3

Acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu.

Competența de efectuare a urmăririi penale revine organelor de poliție,iar judecata este de competența judecătorei. În cazul în care fraudă informatică apare ca infracțiune scop a grupurilor infracționale organizate competența de a efectua urmărirea penală revine procurorului,iar competența de judecată,în primă instanță,tribunalului potrivit art 11 din Legea nr 39/2003 privind prevenirea și combaterea criminalității organizate.4

În caz de situație tranzitorie,urmează să se aplice invariabil,noul Cod penal,deoarece este legea penală mai favorabilă.Precizăm că odată,cu intrarea în vigoare a noului Cod penal art 49 din Legea nr 161/2003 se abrogă.5

Cu toate acestea atât în doctrină cât și în practica judiciară s-a apreciat că particularitățile spațiului cibernetic și componentele sale(sisteme,echipamente,rețele,internet) în raport cu unele infracțiuni constituie tot atâtea rațiuni de tratare a respectivelor fapte antisociale printr-o serie de abordări juridice noi,speciale.6

Infracțiunea de fraudă informatică este o variantă de specie a infracțiunii de înșelăciune din dreptul comun.Astfel,potrivit art 215 alin 2Cpen înșelăciunea săvârșită prin folosirea de nume sau calități mincinoase ori de alte asemenea mijloace frauduloase se pedepsește.Dacă mijlocul fraudulos constituie prin el însuși o infracțiune,se aplică regulile privind concursul de infracțiuni.Astfel spus,o infracțiune de fraudă informatică realizată ca urmare a săvârșirii unei infracțiuni de înșelăciune va atrage regulile privind concursul de infracțiuni?Mai ales că în textul în care se incriminează înșelăciunea există o prevedere expresă care reglementează concursul de infracțiuni,reglementare care lipsește de la fraudă informatică?

Răspunsul e relativ simplu întrucât mijlocul prin care se realizează fraudă informatică este chiar înșelăciunea.Astfel spus o persoană este indusă expres în eroare cu privire la o faptă prezentându-i-se drept adevărată o faptă mincinoasă în scopul de a obține un folos patrimonial injust,acceptând posibilitatea producerii unei pagube.

Deși modalitatea prin care se realizează se aseamănă întrun anumit punct,în sensul că i se prezintă o fapta mincinoasă drept adevărată,cele două infracțiuni au modalități normative diferite ca săvârșire.

În cazul ambelor infracțiuni făptuitorul comite fapta în scopul de a obține un beneficiu, respectiv un folos material pentru sine sau pentru altul,sub condiția producerii unei pagube.

Și totuși în cazul scrisorilor nigeriene,când autorul se oferă să cumpere produse de pe o pagină web specializată în vânzări de tipul eBay,printr-un ordin de plată,filă cec sau alt instrument emis de o autoritate bancară,informând victima că trebuie să returneze o parte din suma de bani

¹ Petre Dungan,etc,op cit,pg 371.

² Idem.

³ Maxim Dobrinou,op cit,pg 229-

⁴ Petre Dungan,etc,op cit,pg 371.

⁵ Mihai Adrian Hotca,op cit,pg 239.

⁶ Vasile Dobrinou,Ioan Chiș,op cit,pg 332.

trimisă întrucât depășește valoarea produsului, iar cec-ul intrat ca bun de plată este contrafacut s-ar putea reține concursul de infracțiuni între înșelăciunea și cea de fraudă informatică?

Răspunsul este simplu întrucât înșelarea persoanei reprezintă modalitatea prin care se realizează infracțiunea de fraudă informatică.

Pentru toate aceste considerente deși este incriminată în noul Cod penal ca infracțiune distinctă prin art 249, infracțiunea de fraudă informatică este o variantă de specie a infracțiunii de înșelăciune din dreptul comun, mijlocul prin care se realizează fiind computerul.

Concluzii si propuneri de lege ferenda

Ca orice produs al activității umane, cadrul legislativ din domeniul protecției penale a integrității și securității datelor și sistemelor informatice poate suporta îmbunătățiri.

În continuare voi expune câteva puncte de vedere și voi face o serie de propuneri în privința modificării cadrului legislativ pentru eficientizarea acestuia în lupta împotriva criminalității săvârșite prin intermediul sistemelor informatice.

În conformitate cu prevederile art 8 din Convenția Consiliului Europei privind criminalitatea informatică România se obligă să accepte și să adopte măsurile legislative pentru a incrimina ca infracțiune fapta intenționată săvârșită fără drept, de natură a cauza un prejudiciu patrimonial unei alte persoane prin modalitățile enumerate în secțiunea anterioară aducând sub orice formă atingere funcționării unui sistem informatic cu intenția frauduloasă de a obține fără drept un beneficiu economic pentru el însuși sau o altă persoană.

Astfel încât potrivit legislației noastre dacă un furnizor de servicii de rețea întrerupe conexiunea la internet a unui utilizator rău platnic ne aflăm în prezența acestei infracțiuni, chiar dacă prin contractul semnat cu furnizorul se prevedea o clauză prin care acesta era îndreptățit să recurgă la astfel de mijloace pentru a obține sumele de bani datorate de către utilizator.

Subiectiv făptuitorul accepta posibilitatea creării unei pagube patrimoniale utilizatorului și urmărește obținerea unui beneficiu material pentru sine, respectiv, sumele de bani datorate.¹

Așadar ar trebui reformulat textul de lege din art 249 NCP astfel: “introducerea, modificarea sau ștergerea de date informatice, restricționarea accesului la aceste date ori împiedicarea în orice mod a funcționării unui sistem informatic, fără drept, dacă se cauzează un prejudiciu patrimonial unei persoane, în scopul de a obține un beneficiu material injust pentru sine sau pentru altul.”²

Referințe bibliografice:

1. Vasile Dobrinou, Norel Neagu, *Drept penal partea speciala*, ed Wolters Kluwer, B, 2008
2. Petre Dungan, Tiberiu Medeanu, Viorel Pasca, *Drept Penal. Partea Specială*. vol 1, ed Universul Juridic, B, 2012
3. Maxim Dobrinou, *Infracțiuni în domeniul informatic*, ed CHBeck, B, 2006
4. Vasile Dobrinou, Mihai Adrian Hotca, Mirela Gorunescu, Maxim Dobrinou, Ioan Chis, Ilie Pascu, Costică Păun, Norel Neagu, Mircea Constantin Sinescu, ed Universul Juridic, B, 2012.
5. Legea nr 161/2003
6. *Convenția Consiliului Europei privind criminalitatea informatică*
7. Mihai Adrian Hotca, Maxim Dobrinou, *Infracțiuni prevăzute în legi speciale* ediția 2., B, 2010
8. Mihai Adrian Hotca, *Noul Cod penal și Codul penal anterior*, ed. Hamangiu, B, 2009.

¹ Maxim Dobrinou, op cit, pg 380.

² Idem.

SPIONAJUL

Natalia-Mădălina ȘERBAN¹

Abstract

Încercând să dezbat unul din subiectele tentante ale acestui secol, lucrarea prezentă conține elemente ce captivează atenția oricărei persoane curioase să afle ce se petrece în spatele autorităților române și nu numai, în vederea rezolvării cazurilor de spionaj și contraspionaj, începând cu apariția inițială a acestei activități, a celor mai cunoscute cazuri naționale și internaționale, modul în care aceștia obțineau informații, precum și momentul cheie în care au fost identificați și finalul acestei "cariere".

Prima parte a acestei lucrări cuprinde o prezentare detaliată a modului în care spionajul a apărut în România, încă din istorie, pe când România și-a obținut independența până astăzi, când informația la nivel de securitate națională este pusă în pericol, din pricina mijloacelor moderne de sustragere a acestora apărute deja și încă în curs de dezvoltare. De asemenea, se precizează și momentul apariției termenului de spionaj la nivel internațional prin corelare cu cele mai controversate cazuri internaționale în domeniul spionajului și contraspionajului.

A doua și a treia parte analizează conținutul infracțiunii de spionaj din Codul Penal actual, făcând delimitarea de alte infracțiuni prevăzute în același Cod. În continuarea acestei delimitări se începe un capitol al dezvăluirilor din viața renumitei spioane și anume Mata Hâri, ce va cuprinde totodată elemente de la primele semne de spionaj din partea acesteia, modurile în care aceasta obținea informații și le transmitea mai departe, precum și captivarea acesteia de către autorități și pedeapsa aplicată.

Ultima parte, considerată ca și o încheiere a acestei lucrări, are în vedere diferențele dintre infracțiunea de spionaj prevăzută de legea penală romană și infracțiunea de spionaj reglementată de diferite legi penale internaționale specifice anumitor state, precum și planurile autorităților române în vederea actualizării și modificării acestor reglementări cu privire la infracțiunea de spionaj pe care urmează a le pune în aplicare în Noul Cod Penal din anul 2014.

Prin această lucrare științifică s-a urmărit readucerea în discuție a unei științe bazată pe informație, știință care studiază formele de obținere și transmitere a informațiilor cum ar fi spionajul/contraspionajul, deoarece societatea este în permanentă dezvoltare iar tehnologia în materie de informație dezvoltă noi instrumente de manevrare a acesteia.

Cuvinte cheie: *stat, securitate, știința, informație, spionaj.*

1. Securitatea, fie ea individuală, națională sau internațională, se numără printre problemele principale cu care se confruntă dintotdeauna umanitatea. Termenul de "securitate" provine din latinescul *securitas-securitatis* și reprezintă "faptul de a fi la adăpost de orice pericol; sentimentul de siguranță pe care îl dă cuiva absența oricărui pericol. Securitatea mai înseamnă și "protecție, apărare".

În țara noastră, conceptul de securitate s-a afirmat în dezbateri teoretice și în lucrări științifice încă din anii 1970-1980. Strategia de securitate națională a României a realizat concordanța între obiectivele propriei dezvoltări democratice și cele ale stabilității și securității europene, efectuându-se o nouă evaluare în lumina principalelor evenimente semnificative pentru modelarea unei noi arhitecturi de securitate europeană și globală.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București, nataliam.serban@gmail.com; Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. univ. Mircea Constantin Sinescu

Interesele naționale de securitate sunt privite ca acele stări și procese, ce se bazează pe valori asumate și promovate de societatea românească, instrumente ce sunt de natură a asigura prosperitatea, protecția și securitatea membrilor săi.

Caracteristica principală a fiecărei societăți constă în potențialul cercetării fundamentale și din resursele ei științifice și tehnologice (universități, laboratoare științifice), precum și din capacitatea sa de dezvoltare științifică și tehnologică. Astfel, informația devine resursa esențială în societățile moderne, evolute în plan politic, economic și social.

Societatea informațională reprezintă o nouă etapă a civilizației umane, un nou mod de viață, care implică folosirea intensivă a informației în toate sferile activității și existenței umane, cu un impact economic și social semnificativ.

Prin securitate informațională se înțelege “starea de protecție a necesităților de natură informațională ale individului, societății și statului, care să permită asigurarea satisfacerii acestora și evoluția lor progresivă, independent de prezența amenințărilor de natură informațională, interne și externe” conform Strategiei de securitate națională.

Dreptul la informație este receptat de Constituția României (art 31) din instrumentele juridice internaționale în domeniul protecției drepturilor și libertăților fundamentale. Prin informație de interes public, în corelație cu Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, se înțelege orice informație care privește activitățile sau rezultă din activitățile unei autorități publice, indiferent de suportul ori formă sau de modul de exprimare a informației.

Excepție de la principiul liberului acces la informațiile de interes public sunt informațiile clasificate ca secrete. În cadrul informațiilor clasificate o importanță deosebită o reprezintă informația pentru securitatea națională, corespunzând noțiunii de **secret de stat**. Instituțiile române competente în protecția informațiilor clasificate sunt de exemplu Oficiul Registrului Național al Informațiilor Secrete de Stat (ORNIS), Serviciul Român de Informații, Serviciul de Informații Externe, Ministerul Apărării Naționale, Ministerul de Interne, Ministerul Justiției, Serviciul de Protecție și Pază, Serviciul de Telecomunicații Speciale, etc.

De la cristalizarea primelor structuri instituționalizate și până în prezent, în funcție și de etapele istorice parcurse de societatea românească, s-au succedat mai multe generații de ofițeri de informații, fiecare cu experiență, realizările și limitele ei în arta informațiilor, adică în inteligența și imaginația creatoare dovedite în conceperea structurilor, în îmbinarea metodelor, mijloacelor și procedeelelor pentru obținerea și valorificarea informațiilor necesare sistemului național de apărare și securitate.

Experiența istorică demonstrează că au fost și situații când serviciile secrete de informații, manevrate cu dibăcie de cercurile politice ale puterii, s-au implicat în declanșarea unor evenimente, care, la rândul lor, au dus la aprinderea conflictelor militare.

Atât primul cât și al doilea război mondial constituie exemple, poate cele mai elocvente în acest sens. Publicistul american Richard Rowen, un bun cunoscător al istoriei spionajului, sublinia în lucrarea sa “Însemnări despre serviciul secret”, publicată la Londra în 1938, că primul război mondial a surprins toate țările Europei. “Toate serviciile de spionaj militar din Europa- consemna Rowen – se socoteau perfect pregătite pentru evenimentele de orice natură și de orice proporții. Multe din aceste servicii au arătat că ele sunt cu adevărat pregătite pentru tot, cu excepția evenimentului provocat prin însăși activitatea lor: războiul mondial. În anii primului război mondial au fost puse la dispoziția serviciilor de spionaj resurse uriașe, inclusiv inovațiile tehnice.

Se poate spune că cel puțin Anglia, Franța, Rusia și S.U.A., deși dispuneau de serviciile secrete militare organizate din timp, la începutul războiului mondial au dovedit totuși că sunt depășite în ceea ce privește obținerea unor informații cu valoare strategică despre intențiile potențialilor adversari.

În România, serviciile secrete își aveau originea la sfârșitul secolului trecut (XIX) ori în primele decenii ale veacului XX. Apariția primei structuri informative instituționalizate cu caracter

militar s-a înscris în amplul proces de organizare a armatei române moderne, ca o necesitate impusă de apărarea și consolidarea statului național român realizat prin Unirea Principatelor la 24 ianuarie 1859. În următoarea perioadă, într-un referat al ofițerilor ai Marelui Stat Major General al Armatei din 23 august 1911 se sublinia: “Serviciul de informații de la Statul Major General al Armatei nu a avut și nu are nici astăzi o organizare care să corespundă într-adevăr misiunii sale, nu poate să obțină informații cu caracter mai confidențial asupra organizării militare a vecinilor, nici mai ales să recunoască și să țină în supraveghere persoanele ce se ocupă în țara noastră cu spionajul, așa că putem lua la nevoie, măsurile impuse de împrejurări. Din această cauză suntem inferiori vecinilor noștri, căci pe când aceștia cheltuiesc sume foarte mari și au servicii de informații complet organizate prin care ne pot cunoaște cu de-amănuntul, noi nu putem face aproape nimic. Cauza principală a fost și este încă lipsită de mijloace bănești care să permită organizarea serviciului cum trebuie”. Un alt document din 5 octombrie 1911 sublinia că “la noi neexistând o lege a contraspionajului în timp de pace, mulți pentru bani pot oferi serviciile lor, fără să se expună la un pericol prea mare”.

Se deschidea astfel în istoria contemporană nu numai un șir de războaie – ceea ce i-a făcut pe unii istorici să denumească secolul XX ca un secol al violențelor, al războaielor și al masacrelor-, ci și o adevărată “epocă de aur” a spionajului și contraspionajului ce avea să demonstreze că superioritatea militară pe câmpul de luptă nu era suficientă pentru obținerea deciziei finale.

În ceea ce privește evoluția reglementărilor cu privire la infracțiunea de spionaj, Codul penal a făcut modificări de-a lungul timpului, încă din anul 1948 până în prezent.

În Codul Penal Român din 1948, legiuitorul reglementa infracțiunea de spionaj în art. 194 care spunea astfel:

“Când vreuna din infracțiunile prevăzute de art. 184, 186, 188, 189 și 190 este comisă de un străin, constituie crima de spionaj și se pedepsește cu muncă silnică pe viață. În cazurile prevăzute de art. 187, 191 și 192 se pedepsește cu muncă silnică de la 5 la 15 ani și degradare civică de la 3 la 10 ani.

Tentativa crimei de spionaj se pedepsește ca și crima consumată.

În timp de război, dispozițiunile acestei secțiuni, se aplică în măsura în care sunt de acord cu convențiunile internațional la spionaj”.

În Codul Penal Român din 1969, legiuitorul decide că infracțiunea de spionaj necesită o schimbare a textului legal, astfel că art. 159 conținea următoarele: “Faptele prevăzute în art. 157, săvârșite de un cetățean străin sau de o persoană fără cetățenie care nu domiciliază pe teritoriul statului român, se pedepsesc cu detențiune pe viață sau cu închisoare de la 15 la 25 de ani și interzicerea unor drepturi.” Conținutul art. 159 neschimbându-se în Codul Penal actual, cuprinzând aceleași elemente, fapta fiind sancționată cu aceeași pedeapsă.

Definiția infracțiunii. Delimitări.

2.1. Conținutul legal

Infracțiunea de spionaj este reglementată în art 159 Cod Penal în vigoare care prevede că “faptele prevăzute în art 157, săvârșite de un cetățean străin sau de o persoană fără cetățenie care nu domiciliază pe teritoriul statului român, se pedepsesc cu detențiune pe viață sau cu închisoare de la 15 la 25 de ani și interzicerea unor drepturi.” Potrivit **art 157 Cod Penal**, “transmiterea informațiilor secrete de stat unei puteri sau organizații străine ori agenților acestora, precum și procurarea de documente sau date ce constituie informații de stat, ori deținerea de asemenea documente de către cei care nu au calitatea de a le cunoaște, în scopul transmiterii lor unei puteri sau organizații străine ori agenților acestora, săvârșite de un cetățean român sau de o persoană fără cetățenie domiciliată pe teritoriul statului român, se pedepsește cu detențiune pe viață sau cu închisoare de la 15 la 25 de ani și interzicerea unor drepturi. Aceleași fapte, dacă privesc alte documente sau date care prin caracterul și importanța lor fac ca fapta săvârșită să periclitizeze securitatea statului, se pedepsesc cu închisoare de la 5 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi.”

2.2. Condiții preexistente

A. Obiectul infracțiunii

Explicațiile cu privire la obiectul infracțiunii prevăzute la art 157, Trădarea prin transmiterea de secrete, sunt valabile și pentru infracțiunea de spionaj.

A. Așadar, obiectul juridic special al infracțiunii de trădare prin transmiterea de secrete este format din ansamblul relațiilor sociale referitoare la siguranța statului (unitatea, suveranitatea, independența, etc.) și a căror ocrotire este asigurată prin stricta păstrare a secretului de stat. Prin asemenea fapte se aduc prejudicii statului, slăbindu-se posibilitatea și capacitatea sa de a dispune suveran și independent asupra tuturor problemelor legate de politica sa internă și externă. Noțiunea de “**secret de stat**” este definită în art 150 Cod Penal ca reprezentând **acele “documente și date care prezintă în mod vădit acest caracter, precum și cele declarate sau calificate astfel prin hotărâre a Guvernului”**. Informațiile secrete de stat se clasifică pe niveluri de secretizare, în funcție de importanța valorilor protejate. Nivelurile de secretizare atribuite informațiilor din clasa *secrete de stat* sunt: strict secrete de importanță deosebită, strict secret, secret.

În categoria informațiilor secrete de stat sunt cuprinse informațiile importante care visează siguranța statului, ca de pildă: date privind sistemul de apărare a țării, operațiile militare, date, scheme, programe referitoare la sistemul de comunicații și la rețelele de calculatoare speciale și militare, hărțile pe care sunt reprezentate obiectivele secrete de stat; cercetările științifice în domeniul tehnologiilor și altele.

B. Obiectul material. Infracțiunea de trădare prin transmiterea de secrete, de asemenea spionajul, are ca obiect material documentele (înscrisuri, hârtii, desene, fotografii, etc.) sau diferite obiecte și instrumente (ca de exemplu aparate de concepție și fabricație autohtonă folosite într-un proces de producție). În situația când transmiterea s-a realizat prin viu grai sau când este vorba de date sau informații nematerializate, nu există obiect material.

Pentru existența infracțiunii este irelevantă modalitatea de prezentare a documentului original, copie, reproducere, integral, sau în parte, neținându-se cont nici de faptul că aceste documente sunt date exacte sau incomplete.

B. Subiecții infracțiunii

A. Subiectul activ nemijlocit este un cetățean străin sau o persoană fără cetățenie, care nu domiciliază pe teritoriul statului român și care efectuează acțiuni de transmitere, de procurare sau de deținere de documente din cele arătate în art 157 în scopul transmiterii unei puteri sau organizații străine sau agenților acestora.

De obicei însă persoana care este subiect activ al acestei infracțiuni este chiar agentul puterii sau organizației străine care comite fapta. În activitatea cotidiană sunt folosite diverse metode și mijloace cum ar fi: supravegherea și observarea de la mare distanță a teritoriului de pe nave aeriene și maritime, dar mai cu seamă de pe sateliții spion, plasarea de microfoane sau camere de luat vederi în clădirile ambasadelor, coruperea diplomaților ori profitarea de ignoranța sau lipsa autocontrolului acestora etc.

Menționăm că cetățeanul român care contribuie la săvârșirea infracțiunii de spionaj va răspunde pentru săvârșirea infracțiunii de trădare prin transmiterea de secrete în calitate de autor, instigator sau complice, în funcție de contribuția sa la săvârșirea faptei. Infracțiunea de spionaj poate fi săvârșită în participație sub toate formele sale.

B. Subiectul pasiv al infracțiunii prevăzute în art 159 Cod Penal este statul român.

Explicațiile date la infracțiunea prevăzută în art 157 Cod Penal privind latura obiectivă a infracțiunii, ca și cele referitoare la formele și sancționarea acesteia sunt valabile și cu privire la infracțiunea de spionaj.

2.3. Conținutul constitutiv

A. Latura obiectivă

A. Elementul material. Infracțiunea de trădare prin transmiterea de secrete se realizează sub aspectul elementului material prin comiterea uneia din următoarele acțiuni alternative: transmiterea, procurarea sau deținerea, de către cei care nu au calitatea de a le cunoaște, de documente sau de date în scopul transmiterii lor în mod ilegal.

În varianta reglementată de art 157 alin (2) Cod Penal este vorba de aceleași acțiuni, însă în aceste situații avem de a face cu alte documente sau date decât cele la care se referă alin (1), care prin caracterul și importanța lor fac ca fapta comisă să pericliteze siguranța statului.

Transmiterea de secrete de stat presupune o acțiune de trimitere, comunicare, predare, înmânare sau expediere de către subiectul activ a documentelor sau datelor în care sunt materializate datele sau informațiile ce sunt constituite secrete de state, pentru a fi studiate, copiate, fotografiate, folosindu-se diverse metode și mijloace cu ar fi telefonul, radio, fax, sistemul informatic, etc.

Procurarea de documente sau date ce constituie secrete de stat presupune o acțiune de achiziționare, de culegere sau obținere prin diverse căi a unor asemenea înscrisuri sau date. Este vorba de o activitate de investigare pentru găsirea documentelor și apoi de o activitate de apropiere fără de acestea, documentele fiind apoi sustrate, fotografiate, filmate, etc. Infracțiunea subzistă indiferent dacă făptuitorul își procură aceste date din sfera sa de activitate sau din alte sectoare, dacă a comis faptele din propria inițiativă sau la cererea agentului străin; de asemenea, nu interesează, pentru existența infracțiunii, dacă subiectul activ a procurat personal datele respective sau s-a folosit de alte persoane.

Deținerea de documente sau date ce constituie secrete de stat presupune faptul de a le avea în păstrare, de a le posedă, de a le avea în stăpânire. Acest concept se impune a fi corelat cu sintagma “în scopul transmiterii”, deoarece, în context, cuvântul *scop* nu reflectă atitudinea psihică a făptuitorului, ci exprimă o componentă a laturii materiale, conceptul *scop* poate fi înlocuit, cu același sens, prin expresia *în vederea*. Deci scopul indică destinația documentului iar nu intenția făptuitorului. Inffracțiunea subzistă indiferent de timpul în care făptuitorul a avut documentul în posesia sau stăpânirea lui.

B. Urmarea imediată. În cazul infracțiunii de trădare prin transmitere de secrete, legea nu condiționează existența acesteia de producerea unui rezultat distinct de acțiunea incriminată.

Este vorba însă de crearea unei stări de pericol pentru siguranța statului. Fapta va subzista, chiar dacă datele sau documentele n-ar fi ajuns la puterea sau organizația străină ori la agenții acestora, întrucât un asemenea rezultat nu este reglementat în text.

C. Raportul de cauzalitate. În raport cu urmarea imediată, care rezultă implicit din simplă acțiune, nu se ridică nici problema stabilirii legăturii de cauzalitate între faptă și rezultat.

B. Latura subiectivă

Inffracțiunea de trădare prin transmiterea de secrete, și totodată și inffracțiunea de spionaj, se săvârșesc cu intenție directă sau indirectă.

Într-o opinie, în ipoteza transmiterii secretelor de stat, este suficientă săvârșirea faptei cu intenție directă sau indirectă, în timp ce ipoteza procurării sau deținerii secretelor de stat, legea pretinde că procurarea sau deținerea să se facă în *scopul transmiterii lor unei puteri au organizații străine ori agențiilor acestora* (deci este săvârșita cu intenție directă).

În legătură cu aspectele analizate, în literatura juridică s-a susținut pe bună dreptate că acțiunile de procurare de date sau documente ce constituie secrete de stat sau de deținere a unor astfel de documente, trebuie să fie săvârșite “în scopul transmiterii” lor unei puteri sau organizații străine ori agenții acestora. Această cerință privește – așa cum s-a mai arătat – latura obiectivă, și nu latura subiectivă, fiindcă termenul “scop” este folosit în sensul de destinație obiectivă, iar nu de o finalitate subiectivă. Așadar, procurarea documentelor sau datelor ori deținerea documentelor secrete, trebuie să aibă o anumită destinație, aceste acțiuni putând fi săvârșite atât cu intenție directă cât și cu intenție indirectă.

2.4. Forme. Sancțiuni.

A. Forme.

Infrațiunea poate îmbrăca atât forma actelor pregătitoare, asimilate tentativei, cât și forma tentativei, care sunt pedepsite. În cazul deținerii unor documente, tentativă nu este posibilă, deoarece, în această modalitate de săvârșire, infrațiunea se consuma de îndată ce începe executarea. Dacă infrațiunea se realizează prin acțiunea de transmitere sau prin acțiunea de procurare, există tentativă atunci când făptuitorul a început executarea, dar aceasta a fost întreruptă datorită unor împrejurări independente de voința sa.

Consumarea infrațiunii are loc în momentul realizării integrale a uneia din acțiunile prevăzute și incriminate în art 157 Cod Penal. Astfel, infrațiunea este consumată fie în momentul în care secretele de stat transmise au ajuns în posesia puterii sau organizației străine ori a agenților acestora, fie în momentul în care documentele sau datele ce constituie secrete de stat au ajuns în posesia sau la cunoștința făptuitorului în cazul în care procurarea secretelor este urmată de transmiterea lor, acțiunea de procurare se absoarbe în acțiunea de transmitere, constituind o singură infrațiune); în situația deținerii de documente sau date, infrațiunea este continuă, epuizându-se când această acțiune ia sfârșit.

B. Sancțiuni.

Avându-se în vedere gradul de pericol social al infrațiunii de trădare prin transmitere de secrete, pedeapsa prevăzută în textul incriminator al art 159 Cod Penal este detențiune pe viață sau închisoare de la 15 la 25 de ani și interzicerea unor drepturi. Pedeapsa prevăzută de lege pentru persoana juridică este amendă de la 10.000 la 900.000 lei, la care se adaugă una sau mai multe pedepse complementare.¹

Noul Cod Penal în raport cu actualul Cod Penal²

Cu privire la infrațiunea de “Spionaj”, noul Cod Penal aduce reglementări referitoare la faptul că subiectul activ, cetățean străin sau apatrid (denumit în reglementarea actuală “persoană fără cetățenie”) nu are o prevedere specială cu privire la domiciliu. Față de Cod Penal actual, noua prevedere nu face distincție după cum infractorul domiciliază, are reședința ori este prezent legal sau ilegal pe teritoriul țării noastre sau acționează de pe teritoriul altei țări.

Legiuitorul a adoptat un sistem mai blând de sancționare față de actualul Cod Penal, pedeapsa fiind închisoare de la 10 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi.

Așadar, art. 400 prevede că “Fapta prevăzută la art. 395, săvârșită de un cetățean străin sau apatrid, se pedepsește cu închisoare de la 10 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi.”

I. Analiza textului

Spionajul are aceeași reglementare ca și “Trădarea prin transmiterea de informații secrete de stat” pe același palier cu această infrațiune descrisă la art. 395 Noul Cod Penal. Conținutul constitutiv aparte este dat de calitatea subiectului activ care acționează din cu totul alte motive, rațiuni și scopuri, fiind în slujbă ori deservind interesele altei puteri sau țări, decât România.

Infrațiunea are o variantă tip cu trei modalități prevăzute în structura incriminării. Prima dintre acestea este transmiterea de informații secrete de stat ce se direcționează spre o putere sau o organizație străină ori agenților acestora, iar următoarele două sunt procurarea sau detinerea de către cei care nu au calitatea de a le cunoaște, în scopul transmiterii către o putere străină sau organizație ori agenților acestora, săvârșite de un cetățean străin sau apatrid. Deși ambele modalități prevăzute în

¹ Vasile Dobrinoiu, Norel Neagu, *Drept penal. Parte specială - teorie și practică judiciară*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, pp 37-41, 43-44

² V. Dobrinoiu, M.A. Hotca, M. Gorunescu, M. Dobrinoiu, I. Pascu, I. Chis, C. Paun, N. Neagu, M.C. Sinescu, *Noul Cod Penal Comentat, Parte Speciala, Vol. II*, Ed. Universul Juridic, Bucuresti 2012

structura infracțiunii sunt posibile, caracteristic pentru activitatea de spionaj este procurarea de informații și documente secrete de stat, pentru transmiterea sau vânzarea acestora, în participație cu alți subiecți ai infracțiunii de “Trădare prin transmitere de secrete de stat”.

1.1. Condiții preexistente

• Obiectul infracțiunii

A. Obiectul juridic special al infracțiunii de spionaj este format din ansamblul relațiilor sociale referitoare la securitatea statului a căror ocrotire este asigurată de păstrarea strictă a informațiilor secrete de stat. Prin faptele săvârșite de infractor se aduc prejudicii suveranității independenței, unității, indivizibilității statului, și capacității de apărare a statului prin slăbirea posibilităților de apărare a acestor valori, și a capacității de a dispune suveran asupra politicii interne și externe a statului român. Cu privire la informațiile și documentele ce reprezintă secrete de stat, analiza acestora a fost realizată în cadrul explicațiilor pentru art. 395 Noul Cod Penal.

B. Obiectul material. Infracțiunea de spionaj poate avea obiect material suportul pe care este transpusă informația secretă (înscrisuri, documente, desene, schițe, fotografii) ori diferite obiecte ce conțin informații despre o nouă tehnologie, un proces de fabricație. Infracțiunea nu are obiect material când informația a fost transmisă direct prin viu grai, semne, semnale, ori limbaj cifrat, codat.

Suportul informației ce conține secrete de stat nu trebuie să fie cel original, informația secrete putând fi transmisă și de pe un document copiat, fotografiat, total sau parțial, reprodus din memorie, sau chiar cu date incomplete.

• Subiecții infracțiunii.

C. Subiectul activ nemijlocit este calificat și poate fi numai un cetățean străin sau apatrid. Faptele similare spionajului săvârșite de un cetățean român constituie infracțiunea de “Trădare prin transmiterea de informații secrete de stat”. De altfel, în literatura de specialitate, se arată că infracțiunea de spionaj se realizează după metodele de lucru ale oficiilor de spionaj ale diferitelor țări, prin activitatea de culegere personală de informații ori prin racolare. Cu privire la participația penală se poate realiza sub forma coautoratului, dar și a instigării și complicității. Instigator și complice la infracțiunea de “spionaj” pot fi atât cetățeni străini sau apatrizi cât și cetățenii români.

D. Subiectul pasiv este statul român.

• Conținutul constitutiv.

Conținutul constitutiv este același ca cel prevăzut la art. 395 Noul Cod Penal¹: “Transmiterea, procurarea ori deținerea de documente sau date ce constituie informații secrete de stat se realizează de către spion sau de o agenție de spionaj care poate să desfășoare această activitate sub multiple fațete ale laturii subiective.

E. Latura obiectivă

Elementul material. Varianta tip a acestei infracțiuni se realizează prin acțiune, în trei modalități:

- Transmiterea de informații secrete de stat unei puteri sau organizații străine ori agenți ai acestora;

- Procurarea de documente sau date ce constituie informații secrete de stat;

- Deținerea de documente sau date ce constituie informații secrete de stat;

Transmiterea informațiilor secrete de stat este acțiunea prin care informațiile secrete de stat se trimit, comunică, predau, înmânează sau expediază către o putere străină, organizație străină sau agenți ai acestora. Fapta poate fi comisă de către cel care gestionează în mod legal aceste informații, cât și orice persoană indiferent cum a ajuns în posesia respectivelor informații (spre exemplu, prin sustragere)².

¹ I. CHIȘ, C. STOICA, T. ȘTEFAN, C. POPĂ, C. A. VOICU, V. PETCU, *Trădare – Fenomen și infracțiune*, Ed. A.N.I. București 2008, pp. 338-345 “Cabinetul negru de la Ministrul de Externe”

² Idem, pp. 321-369

Legea impune o cerință esențială, anume că destinatarul informațiilor în cazul transmiterii să fie o putere sau organizație străină sau agenți ai acestora. Dacă destinatarul este o altă persoană decât cele menționate în textul legii, fapta constituie, după caz, infracțiunea de divulgarea secretului care periclitează securitatea națională (art. 407 Noul Cod Penal) sau infracțiunea de divulgare a informațiilor secrete de stat (art. 303 Noul Cod Penal)

Procurarea de documente ce conțin informații și date secrete de stat, se realizează prin cumpărare, furt, înregistrare de convorbiri, filmare, s.a.. Procurarea presupune o activitate clandestină de investigare, de stabilire a locului unde se găsesc astfel de documente, de folosirea unor agenți pentru a le sustrage. Procurarea de informații și date secrete de stat se realizează pentru a fi vândute, plasate, sau transmise. Inițiativa de regulă, aparține agenților străini, care au interesul să obțină astfel de date, prin racolare, corupție, șantaj, oferire de beneficii materiale sau de altă natură, dar poate să aparțină și persoanei transmițerii. Pentru procurare pot fi folosite persoane cu rol diferit în procurarea de documente sau informații secrete de stat:

- Dacă cei care procură efectiv informațiile cunosc scopul transmiterii către o putere sau organizație străină, ei devin coautori, în situația în care au calitatea de cetățean român.
- Dacă persoanele care procură informațiile secrete de stat, nu cunosc scopul transmiterii acestora ei au calitatea de complici.

Deținerea de documente sau date ce constituie informații secrete de stat, în scopul transmiterii lor unei puteri sau organizații străine sau agenților acestora, presupune posesia ilegală, de către persoane neautorizate și în alte locuri decât unde acestea se depozitează conform legii, păstrarea în mape, genți sau recipiente, pe suporturi disimulați, toate acestea cu scopul transmiterii. Nu are relevanță perioada de timp în care infractorul a posedat, deținut, ascuns documentele în vederea transmiterii, ci concretizarea scopului prin acțiunea de deținere.

Urmarea imediată

Infracțiunea nu trebuie să aibă un rezultat distinct, stabilit în conținutul normei de incriminare. Urmarea imediată este crearea unei stări de pericol pentru securitatea națională, din momentul punerii în practică a activităților de transmitere a informațiilor, procurare a documentelor ori deținere a acestora în vederea transmiterii.

Starea de pericol se creează din momentul în care informațiile sau datele secrete de stat se transmit sau nu mai sunt protejate conform legii fiind în posesia sau deținerea celor care nu au calitatea sa le cunoască, cu intenția de a le transmite unei puteri, organizații străine sau agenților acestora.

Raportul de cauzalitate

Raportul de cauzalitate rezultă din acțiunea infractorului care transmite, procură sau deține informații sau date cu caracter secret de stat, între faptă și rezultat fiind o legătură implicită.

F. Latura subiectivă

Latura subiectivă a infracțiunii de spionaj îmbracă forma intenției directe și indirecte. Considerăm că în situația transmiterii informațiilor secrete de stat forma intenției poate fi atât directă cât și indirectă, iar în cazul procurării ori deținerii forma intenției este doar ce a intenției directe.

Cu privire la mobilul și scopul săvârșirii infracțiunii, acesta poate fi o sarcină de serviciu pentru spionul angajat al unei puteri străine ori organizații sau agenții de spionaj. Mobilul poate fi și deținerea de foloase când spionajul are direcționare economică, iar informațiile, documentele sau datele sunt oferite spre vânzare. Scopurile infracțiunii pot fi declarate a fi legitime pentru spion, dar odioase pentru țara spionată, având în vedere consecințele negative ce se pot produce ca urmare a furnizării unor entități dispuse să folosească informațiile pentru a produce consecințe dintre cele mai periculoase.

Nu este relevant pentru comiterea faptei, ura față de valorile româniei sau interesul material ce poate determina rezoluția infracțională, nu o finalitate subiectivă, care este aceea a intenției de a săvârși infracțiunea.

Mobilul și scopul infracțiunii vor fi necesare pentru individualizarea cât mai judicioasă a pedepsei aplicate.

G. Forme. Sancționare

Forme. Infracțiunea este susceptibilă a fi produsă în forma actelor premergătoare cât și în forma tentativei, sancționabile conform prevederilor art. 412 Noul Cod Penal. (sancționarea tentativei art. 173 Noul Cod Penal)

Consumarea infracțiunii are loc la momentul realizării oricăreia dintre acțiunile ce constituie unul dintre elementele materiale ale acesteia (transmiterea, procurarea sau deținerea) și ajungerea acestora la puterea sau organizația străină sau la agenții acesteia. În modalitatea “transmitere”, consumarea infracțiunii are loc în momentul ajungerii informațiilor la puterea sau organizația străină sau agenții acesteia.

Tentativa se poate realiza în momentul transmiterii de informații sau de date, acțiunea fiind întreruptă de împrejurări sau forțe independente de voința infractorului. În situația deținerii de date, tentativă nu este posibilă, ca urmare a consumării infracțiunii în momentul în care informațiile sau datele secrete de stat au trecut din locul legal de depozitare în posesia făptuitorului.

Cu privire la procurarea de informații sau date, sunt posibile acte ce constituie tentativă, procurarea presupunând o activitate la care pot fi angrenate instrumente sau persoane care să furnizeze astfel de informații ori încercarea de a pătrunde în locurile unde astfel de date sunt depozitate, activitate întreruptă de organele de pază.

Sancționare. Pedepsa pentru infracțiunea de spionaj este închisoare de la 10 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi.

Studiu de caz

Mata Hari – Margaretha Geertruida Zelle

În anul 1905, o femeie a cărei frumusețe devenise simbol, o femeie plină de voluptate, o femeie fascinantă, avea la picioare o parte din cale mai înalte personalități ale Europei: suverani, miniștri, ambasadori, generali, parlamentari, celebrități în diferite domenii. Sfidând ceea ce nu o interesa, călca triumfătoare pe covoare de flori, în timp ce reputații continentale făceau anticameră în patul ei. Era o femeie care avea tot ce-și dorea.

Anul 1917, mai exact 24 iunie. Colonelul Sempron, prezidând Consiliul de Război în procesul Mata Hari, dă citire punctelor de acuzare.¹

1. În prima zi a războiului, dejunase cu prefectul poliției din Berlin, ca apoi să se întoarcă în zona militară a Franței, unde a stat aproape șapte luni. Travestită în soră de caritate, de aici trimitea nemților (prin Haga) informații).

2. Intrând în intimitate cu ofițeri, îndeosebi cu cei din aviație, a reușit să obțină informații militare – ca de pilda locul din spatele frontului german unde avioanele aliate lansau agenți ai spionajului (grație acestor informații, nemții reușiseră să împuște foarte mulți agenți francezi și belgieni)

3. Întreținea corespondența cu șeful serviciului de spionaj din Olanda.

4. Că agentă a spionajului francez, în loc să ducă o corespondență în Belgia a predat-o șefului de spionaj german din Spania (Consecința: agentul francez din Belgia este arestat și împușcat)

5. Datorită informațiilor transmise germanilor în legătură cu ofensivă din 1916- în schimbul unei însemnate sume - circa zece mii de oameni și-au găsit moartea.

6. Și-a petrecut foarte mult timp numai în zona armatelor (ca replică, acuzata declară că a făcut-o pentru iubitul ei, căpitan rus Maroff, orbit în război, pe care-l îngrijea).

Iată câteva puncte, suficiente pentru a o încadra, fără nicio tăgadă, în rândul spionilor.

¹ C. Tabacu, *Spionaj- Contraspionaj* (arhiva secreta), Ed. Militara, Bucuresti 1991, pp 22-26

Și totuși, pentru acei care ani de-a rândul i-au format anturajul pare de neînțeles postura în care Mata Hari era acum. Mai mult, pentru cei care au cunoscut-o înainte.

S-a născut la 7 august 1876 la Leeuwarden, Olanda¹. Tatăl ei, negustor, om cu reputație în brânșa. Mama se remarcă printr-o deosebită frumusețe. Adevăratu-i nume: Margaretha Geertruida Zelle.

Nu împlinise 20 de ani când, la Amsterdam, se căsătorește cu un căpitan olandez – Mac Leod, om ușuratic, lipsit de demnitate, adept al vieții desfrânate. Împotriva voinței sale, Margaretha își urmează soțul în insula Java, acolo unde fusese numit comandantul unui batalion. După nașterea unui băiat, Norman, otrăvit de trei ani de servitoare (lucru aflat târziu, când criminala își mărturisea fapta pe patul de moarte) li se naște aici, în Java, o fetiță – Janne-Louise. În 1902, întreaga familie se întoarce la Amsterdam, unde căpitanul este trecut în rezervă. Margaretha nu mai poate suporta viața în acest mariaj și, la 27 august, introduce proces de divorț. Trei zile mai târziu, tribunalul îi acordă dreptul de a pleca de lângă soț, lucru pe care-l face, stabilindu-se la Haga, unde urmează o școală de balet. În 1903 debutează ca balerină la Paris. Noul său nume – Mata Hari.²

Baletul clasic pare că o ține în rândul balerinelor anonime. Studiază baletul oriental, fiind parcă făcută pentru așa ceva.

Anul 1905. La muzeul Guimet – templul religiilor orientale din metropola franceză – Mata Hari debutează ca dansatoare indiană, ca predicatoră a cultului voluptății. Succesul este imens. Devine celebră.

În cartea sa “Les espionnes a Paris”, maiorul Massard preciza: “Nu pare verosimil ca aceea care avea relații intime cu Kronprinzul, cu ducele de Brunswick, cu prefectul de poliție din Berlin, cu monarhi, bancheri și miniștri să fi făcut spionaj pentru bani. Luând ca exemplu acuzația că ar fi luat 60 000 de mărci – o sumă fără importanță raportată la averea ei – Massard se întreba: Cum este posibil ca Mata Hari să se fi vândut pentru acești bani când în scrisorile sale de la începutul anului 1914, își arăta intenția de a-și mobila vila de la Neuilly cu mobilă artistică de mare valoare și își exprimă dorința de a dona unui muzeu din Paris un vechi serviciu de porțelan de o inestimabilă valoare? Cum este posibil să fi luat bani, ca recompensă pentru acțiuni de spionaj, când în budoarul său se aflau fotografii cu dedicații de la doi monarhi, precum și de la primul ministru olandez Van Der Linden”

A rămas până la urmă un mister de ce își oferea serviciile spionajului german. Se fac totuși diferite presupuneri, dându-se explicații utopice ca - spre exemplu – “Ar fi căzut victimă amorului propriu” sau “nemții au avut atâta putere de convingere, încât au făcut-o să creadă că prin serviciile ei poate contribui la încetarea măcelului care a adus atâta doliu, lacrimi, suferințe la mii și mii de familii”. Dacă lucrurile – să zicem – ar fi stat așa, atunci de răul pe care l-a făcut alianței antigermane și-a dat seama numai în fața Consiliului de război când i s-a înfățișat oroarea faptelor sale? Prin trădarea secretelor smulse între două săruturi a înălțat grămezi de cadavre ca urmare a naufragiilor sau catastrofelor. Da, este una și aceeași femeie care, acum, în boxă, cu figură naivă, roagă președintele să nu dezvăluie numele semnatarului uneia din scrisorile amoroase, pentru că acesta (un fost ministru francez) este căsătorit și nu vrea să fie cauza unei drame într-un cămin liniștit.

S-a scris mult despre Mata Hari, de la câteva file cu conținut informativ până la romane pline de fantezie, pătrunse de romantism ieftin. “La danseuse rouge”, a lui Charles H. Hirsh, apărută în primele decenii ale secolului este o mostră a imaginației ireale care se crează despre Mata Hari.

Deasupra tuturor imaginațiilor ireale, venerațiilor, absurdităților a stat un dosar juridic cu probe ce au acuzat-o, probe în fața cărora nici chiar nici chiar intervențiile unor conducători de state sau pledoariile celebrului avocat Clunet s-au dovedit neputincioase.

O dimineață de toamnă adevărată. Frumoasă, celebră, până mai ieri adorată, idolatrizată Mata Hari pășește, deloc resemnată, în fața plutonului de execuție.

¹ Ph. Collas, *Mata Hari- adevarata sa poveste*, Ed. Lucman, Bucuresti 2004, pp 25

² C. Tabacu, *Spionaj- Contraspijonaj (arhiva secreta)* Ed. Militara, Bucuresti 1991, pp 22-26

Privește țevile puștilor, care nu o cruța.

Spioana Mata Hari și-a primit pedeapsa lângă șanțul castelului Vincennes la 15 octombrie 1917.¹

Drept comparat

În Franța, atingerile aduse apărării naționale sunt foarte aspru interzise Codul Penal. Art 413-10 al Noului Cod Penal: “Se pedepsește cu 7 ani de închisoare și amendă de 700 000 franci orice persoană, care deținând fie prin stare sau profesiune, fie datorită unei funcții sau misiuni temporare ori permanente, o informație, un procedeu, obiect, document, dată informativă sau fișier, cu caracter secret pentru apărarea națională, fie le distruge, deturneză, sustrage sau reproduc, fie la aduce la cunoștința publicului său a unei alte persoane necalificate.”

Este pedepsit în același fel faptul, comis de către persoana depozitară, de a lăsa să se distrugă, deturneze, sustragă, reproducă sau divulge informația, procedeu, obiectul, documentul, data informativă sau fișierul vizat la alineatul precedent.

De asemenea art. 413-11: Se pedepsește cu 5 ani de închisoare și cu 500 000 franci amendă, faptul, comis de orice persoană nevizată de art. 413-10, de:

1. A intra în posesia unei informații, procedeu, obiect, document, dată informativă sau fișier cu caracter secret pentru apărarea națională.

2. A distruge, a sustrage sau a reproduce, oricare ar fi manieră, o astfel de informație, procedeu, obiect, document, dată informativă sau fișier.

3. A aduce la cunoștința publicului său a altei persoane necalificate o asemenea informație, procedeu, obiect, document, dată informativă sau fișier.

Art. 413-12 reamintește că tentativa este pasibilă de pedeapsă. “Tentativa de delict prevăzute la primul alineat al art. 413-10 și la art. 413-11 se pedepsește în același fel.

Este interzisă nu numai culegerea clandestină de informații secrete, dar și spionajul numit “deschis” care constă în adunarea de informații care, reunite, sunt susceptibile de a aduce atingeri intereselor fundamentale ale națiunii, dar, luate separat, nu prezintă nici un caracter secret. Fapt amintit de art. 411-7: “Fapta de a culege sau de a aduna, în vederea livrării către o putere străină, o întreprindere sau organizație străină sau aflate sub control străin sau agenților lor informații, procedee, obiecte, documente, date informative sau fișiere a căror exploatare, divulgare, sau reuniune este de natură să aducă atingeri intereselor fundamentale ale națiunii este pedepsit cu 10 ani de închisoare și 1 000 000 franci amendă.

Un francez care se lasă prins într-o activitate de spionaj împotriva intereselor țării este calificat drept trădător. Art. 411-1: “Faptele definite prin art. 411-2 - 411-11 constituie trădare când sunt comise de un francez sau de un militar aflat în serviciul Franței și spionaj când sunt comise de orice altă persoană.”²

În dreptul internațional umanitar pozitiv nu există o definiție propriu-zisă a spionului, diversele reglementări internaționale limitându-se numai la enunțarea unor elemente constitutive ale acestei categorii. Regulamentul anexat la cea de-a IV-a Convenție de la Haga privitoare la legile și obiceiurile războiului terestru a reținut pentru definirea spionului trei elemente: clandestinitatea; pretextul fals și intenția de a comunica informațiile culese părții adverse. “Nu poate fi socotit spion - prevede art. 29 din acest instrument - decât individul care, lucrând pe ascuns sau sub pretexte mincinoase, adună ori încearcă să adune informații în zona de operațiuni a unui beligerant, cu intenția de a le comunica părții adverse.”³

¹ C. Tabacu, *Spionaj- Contraspionaj (arhiva secreta)* Ed. Militara, Bucuresti 1991, pp 22-26

² Gerard Desmaretz, *Le grand livre de l'espionage. Guide pratique de renseignement clandestin*, Chiron, 1999

³ I. Cloșca, I. Suceava, *Drept internațional umanitar*, Casa de editura și presa "Șansa", București, 1992, pp 143-144

Concluzii

Noul Cod Penal care va intra în vigoare la începutul anului 2014, reglementează Spionajul în art 400, având ca text de lege “faptele prevăzute la art 395, săvârșite de un cetățean străin sau apatrid, se pedepsesc cu închisoare de la 10 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi.” Potrivit art 395, trădarea prin transmiterea de informații constă în transmiterea de informații secrete de stat unei puteri sau organizații străine ori agenților acestora, precum și procurarea sau deținerea de documente sau date ce constituie informații secrete de stat de către cei ce nu au calitatea de a le cunoaște, în scopul transmiterii lor unei puteri sau organizații străine sau agenților acestora, săvârșite de un cetățean român.

Noua reglementare realizează așadar o corelare între dispozițiile penale și cele nepenale în materia informațiilor clasificate, actualmente în vigoare, eliminând o normă de incriminare devenită caducă. În actuala variantă atenuată a infracțiunii de trădare prin transmitere de secrete, fapta poate privi și informații care, fără a constitui secrete de stat, prezintă importanță pentru securitatea națională; textul s-a corelat inițial atât cu sensul penal al noțiunii de informații secrete de stat cât și cu definiția pe care o consacrau vechile legi nepenale în materie.

Reține atenția că, în cazul infracțiunii de transmitere de informații secrete de stat, este posibil ca noul Cod penal să apară ca lege mai favorabilă nu numai datorită regimului sancționator, ci și datorită condițiilor de incriminare.

Având în vedere fapta cetățeanului român de a procura informații secrete de stat pe care are calitatea de a le cunoaște, în scopul transmiterii lor unei puteri sau organizații străine ori agenților acestora, care constituie infracțiune consumată sub imperiul actualului Cod, dar devine tentativă pedesibilă sub imperiul noului Cod.¹

Infracțiunea de spionaj este o “oglină răsturnător” a infracțiunii de trădare prin transmitere de secrete de stat, care are același conținut normativ, dar cu condiții, modalități, forme de realizare și sancționare diferite. Această infracțiune se derulează de cele mai multe ori prin acțiunea infracțională a unor cetățeni români “racolați” ca trădători de oficiile de spionaj. Spionajul deși incriminat în toate părțile, este practicat ca o activitate permanentă de serviciile secrete ale țărilor drept pentru care activitatea spionilor este considerată utilă față de activitatea trădătorilor care este prescrisă ca fiind deosebit de periculoasă.²

Referințe bibliografice:

- *Codul Penal Român*, Ed. Hamangiu, București, 2012
- *Pandectele Române, nr. 9/2010*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010
- **Gerard Desmaretz**, *Le grand livre de l'espionage. Guide pratique de renseignement clandestin*, Chiron, 1999
- **Cloșca Ionel, Suceava Ion**, *Drept internațional umanitar*, Casa de editura și presa "Șansa", București, 1992
- **Cornel Tabacu**, *Spionaj - Contraspionaj*, Ed. Militară, București, 1991
- **Sam Waagenaar**, *Mata Hari*, Ed. Opus, București, 1992
- **Philippe Collas**, *Mata Hari- adevarata sa poveste*, Ed. Lucman, București, 2004
- **Cristian Troncota, Horațiu Blindaru**, *Careul de ași; serviciile secrete ale Marii Britanii S.U.A., Rusiei, Israelului*, Ed. Elion, București, 2003
- **Vasile Dobrinou, Mihail Adrian Hotca, Mirela Gorunescu, Maxim Dobrinou, Ilie Pascu, Ioan Chiș, Costică Păun, Norel Neagu, Mircea Constantin Sinescu**, *Noul Cod penal comentat, Vol. II, Partea Specială*, Ed. Universul Juridic 2012
- **Vasile Dobrinou, Norel Neagu**, *Drept penal. Parte specială - teorie și practică judiciară*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008

¹ *Pandectele Române, nr. 9/2010*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, pp 48-52

² **Vasile Dobrinou, Mihail Adrian Hotca, Mirela Gorunescu, Maxim Dobrinou, Ilie Pascu, Ioan Chiș, Costică Păun, Norel Neagu, Mircea Constantin Sinescu**, *Noul Cod penal comentat, Vol. II, Partea Specială*, Ed. Universul Juridic 2012

MANDATUL EUROPEAN DE ARESTARE - EXTRĂDAREA, O ANALIZĂ COMPARATĂ

Ciprian – Ștefan IGNAT*
PARASCHIV Daniel

Abstract:

Scopul urmărit prin intermediul acestei lucrări este de a realiza o comparație între extrădare și mandatul european de arestare, două instituții de drept care stau la baza cooperării dintre state pentru combaterea criminalității transfrontaliere și evitarea sustragerii infractorilor de la îndeplinirea justiției, evidențiind necesitatea apariției și dezvoltării acestor instituții, aplicabilitatea și eficiența lor, efectele benefice și dezavantajele fiecărei instituții.

Cuvinte cheie: cooperare, combatere, criminalitate, infractor, justiție

Introducere

Pentru a scăpa de urmărire, condamnare sau executarea pedepsei, infractorul deseori caută să părăsească teritoriul unde acesta a săvârșit o infracțiune pentru a scăpa de tragerea la răspundere a acestuia, făptuitorul având în vedere limitarea jurisdicției penale a unui stat doar asupra teritoriului său.

Datorită acestor sustrageri de la îndeplinirea justiției, am ales această temă având ca scop analizarea a două instrumente juridice ce reglementează predarea fugarilor statelor a căror ordine de drept a fost tulburată de aceștia: extrădarea și mandatul european de arestare. Comparația ce urmează a fi făcută între cele două instituții vizează atât aspecte teoretice, cât și practice cu privire la posibilitatea unui stat de preda sau de a obține predarea unui infractor, fără a prejudicia statul a cărei naționalitate infractorul o deține și de a crea tensiuni la nivel internațional, dar și fără a-i aduce atingere drepturilor celui ce se dorește a fi predat.

În căutarea celei mai simple și rapide proceduri de predare, statele par a fi omis conformitatea procedurilor cu drepturile și libertățile fundamentale ale omului, tocmai aceasta omisiune atrăgând uneori imposibilitatea aplicării lor.

Cele două instituții juridice țin nu numai de dreptul penal ci și de dreptul penal european și penal internațional, atrăgând atenția încercarea de armonizare a prevederilor legislațiilor naționale a statelor cu cea europeană și internațională în domeniu. În prezent există nenumărate lucrări ce tratează separat sau împreună cele două instituții, dar problemele întâlnite în practică sunt cele mai diverse fiind cauzate fie de interpretarea eronată a prevederilor legale, fie de aplicarea lor greșită sau a lipsei de pregătire a organelor judiciare în domeniu.

Conținutul propriu-zis al lucrării

Asigurarea unui climat de normalitate civică, de ordine și siguranță publică reprezintă unul din obiectivele principale ale fiecărui stat în parte, obiectiv realizat prin structurile sale specializate, care sunt mereu în căutarea unor noi forme și modalități de realizare a acestui obiectiv. În principal “dușmanul” stării de normalitate îl reprezintă criminalitatea, aceasta nu antrenează doar

* Studenti, Ignat Ciprian-Ștefan, Daniel Paraschiv, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (ignatciprianstefan1@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. dr. Alexandra Cristina Jipa (alexandrajipa@gmail.com).

organele de poliție și justiție al fiecărui stat în parte, ci a tuturor statelor lumii, deoarece nu există doar o criminalitate națională de înfruntat, ci și una transnațională, aflată în plină evoluție.¹

Dezvoltarea relațiilor internaționale în societatea contemporană a fost însoțită de o creștere a criminalității internaționale prin proliferarea unor forme ale crimei organizate pe teritoriul mai multor state.² Astfel, a fost declanșată o reacție de solidaritate a statelor, conștiente de necesitatea cooperării lor în lupta cu criminalitatea, solidaritate care se manifesta prin cooperare în vederea prinderii și judecării ori obligării la executarea pedepsei aplicate, a persoanelor care săvârșesc infracțiuni sau care se refugiază pe teritoriile altor state după comiterea unor infracțiuni.³

Evoluția societății contemporane arată că deși s-au intensificat măsurile și eforturile instituțiilor specializate de control social împotriva criminalității, în multe țări se constată o recrudescență și o multiplicare a acestora, reprezentând o problemă socială a cărei modalitate de manifestare și soluționare interesează atât factori de control în domeniu, poliția, justiția și administrația, cât și opinia publică.

Înainte de cel de-al Doilea Război Mondial cooperarea dintre state în vederea combaterii criminalității era în faza incipientă, însă merită menționate Primul Congres Internațional al Poliției Criminale din 1914, ce a avut loc la Monaco și la care au participat ofițeri de poliție, avocați și magistrați din 14 țări cu scopul de a dezbate proceduri de arestare, tehnici de identificare, centralizarea unei liste cu infractori ce acționează la nivel internațional și nevoia unei clarificări asupra procedurilor de extrădare,⁴ Congresul penitenciar de la Londra din 1925, precum și Comisia internațională penală și penitenciară din 1935.⁵

După experiența celorlalte războaie mondiale statele lumii au înțeles că amenințări la adresa siguranței naționale, a independenței, a ordinii și siguranței publice nu mai vin din partea altor state, mai puternice, sau cu ambiții economice și politice mai mari, ci din partea criminalității. Strategia de securitate națională a Statelor Unite ale Americii din septembrie 2001, confirmă acest lucru, în partea întâi este precizat: “Statele Unite dispun de o forță și o influență mondială inegalabilă și fără precedent, însă amenințările nu sunt reprezentate de state puternice, ci de grupuri restrânse numeric, dar profund înrăite.”⁶

Lupta împotriva criminalității prezintă un interes major pentru toate statele, indiferent de nivelul de dezvoltare al acestora, poziție geografică, forma de guvernământ, căci de foarte multe ori, acțiunile sau inacțiunile ilicite ale unui individ sau ale unui grup de persoane săvârșite într-un stat se răsfrâng și asupra altor state.

Deși Statele Unite dispun de mijloacele de a interveni oriunde, oricând, acestea preferă o colaborare cu alte state pentru satisfacerea intereselor comune. Discursul președintelui american G.W. Bush din 2002, după elaborarea noii Strategii de apărare națională a Statelor Unite, reprezentând un argument solid în acest sens: “ne bazăm în același timp pe convingerea că nicio națiune nu poate construi o lume mai sigură, mai bună”, de aceea Statele Unite se bazează pe orice națiune hotărâtă să construiască un viitor mai bun, “căutând răsplata libertății pentru poporul său.”

În cazul Federației Ruse existau dubii în ajutorul oferit de această în combaterea criminalității și a terorismului la nivel global, dar după asediul din Beslan și atentatul de la Teatrul Dubrovka sau cele din Osetia de Nord, președintele rus, Vladimir Putin a declarat că se va alătura Statelor Unite pentru asigurarea unui climat internațional pașnic care să asigure o dezvoltare economică durabilă a statelor.⁷

¹ Ionel Tucmuruz, Crima organizată transfrontalieră, Ed. Universitară, București, pag 7

² Norel Neagu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, 2012, Universul Juridic pag 9

³ Costică Bulai, Bogdan N. Bulai – Manual de drept penal, Universul Juridic, București 2007, pag 120

⁴ <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/History>

⁵ Alexandru Boroi, Ion Rusu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Ed. CH Beck, pag 112

⁶ Ionel Tucmuruz – Crima organizată transfrontalieră, Ed. Universitară București, pag 143

⁷ Ionel Tucmuruz - Crima organizată transfrontalieră, Ed. Universitară, București, pag 163,

Progresul tehnologic, libera circulație a persoanelor și mărfurilor, dar și criza economică și măsurile de austeritate au dus la creșterea infracționalității la nivel global, doar cooperarea statelor făcând posibilă combaterea acesteia.

În prezent cooperarea între state se realizează pe două planuri, unul orizontal ce cuprinde diferite forme de colaborare și asistență între autoritățile judiciare din două sau mai multe state suverane în cadrul unor proceduri penale cu elemente de extraneitate, precum și pentru recunoașterea unor hotărâri judecătorești sau decizii judiciare definitive și pe verticală între state și tribunalele internaționale.¹

Extrădarea este un act bilateral între două state în baza căruia un stat pe al cărui teritoriu s-a refugiat un infractor sau un condamnat (statul solicitat) îl predă, la cerere, altui stat (statul solicitant) pentru a fi judecat ori pus să execute pedeapsa la care fusese condamnat. Statul solicitat este statul pe teritoriul căruia se găsește infractorul sau condamnatul. Statul solicitant poate fi: statul pe teritoriul căruia s-a săvârșit infracțiunea, statul al cărui cetățean este infractorul.²

Potrivit lui Vespasian V. Pella “instituția extrădării apare ca un început de solidaritate internațională, solidaritate izvorâtă din interesul reciproc al fiecărei națiuni de a preda pe răufăcătorii justiției statului a cărui ordine publică a fost tulburată”.³

Această instituție nu trebuie confundată cu deportarea sau expulzarea și alte metode similare luate de statul pe teritoriul căruia cel urmărit s-a refugiat, deoarece în aceste cazuri se aduce atingere fie intereselor urmăritului, acesta fiind lezat în drepturile de care beneficiază în cadrul procedurii de extrădare, fie suveranității statului de refugiu, care renunță de bună voie la una din prerogativele suveranității. Deportarea este o măsură politică și o instituție juridică incompatibilă cu statul de drept, folosită în trecut (în special în timpul celui de-al Doilea Război Mondial), iar expulzarea este o măsură de siguranță adoptată de instanțele judiciare, prin care o persoană care a săvârșit o infracțiune și a cărei prezență pe teritoriul statului unde a fost condamnată prezintă pericol este îndepărtată de pe acest teritoriu (dar și din motive de securitate națională, ordine și siguranță publică, sănătate publică, politică publică).⁴

Extrădarea se deosebește și de predarea către un tribunal penal internațional, precum Curtea Penală Internațională și alte tribunale internaționale ad-hoc (Rwanda, Fosta Iugoslavie). Dacă în cazul extrădării, aceasta se face între două state și este un act de suveranitate a statului, statul fiind liber să acorde sau nu extrădarea, pe când în cazul predării⁵ către un tribunal internațional, obligația de predare decurge din apartenența statului solicitat la organizația respectivă.⁶

Extrădarea este recunoscută de dreptul internațional ca fiind singura formă legală prin care o persoană care se sustrage pe teritoriul altui stat de la justiția penală a statului solicitant poate fi predată acestuia din urmă. În acest sens ”răpirea” unei persoane și aducerea ei pe teritoriul de unde s-a sustras și aducerea de către agenți ai acestui stat reprezintă o fraudă extrem de gravă la procedura extrădării, ce dă naștere unor conflicte diplomatice, pentru că, dacă reținerea persoanei respective, care face obiectul unui mandat de arestare în statul de unde se sustrage este legitimă în acel stat, o asemenea acțiune încalcă suveranitatea teritoriului statului unde fugarul s-a refugiat.

Unul din cei mai mari specialiști în domeniul extrădării Ivan Antony Shearer, consideră că această formă de răpire (abduction) și nu extrădare este o faptă ilicită atât pentru dreptul intern cât și pentru cel internațional, fiind considerat o infracțiune împotriva suveranității statului.

¹ Anastasiu Crișu – Cooperare judiciară internațională în materie penală pag 7,

² Anastasiu Crișu – Cooperare judiciară internațională în materie penală pag 22,

³ Norel Neagu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Universul Juridic, 2012, pag 103

⁴ Norel Neagu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, 2012, Universul Juridic, pag 28

⁵ În Statutul Curții Penale Internaționale este folosit termenul de “predare”, iar nu cel de “extrădare”

⁶ Florin Radu Răzvan – Cooperare judiciară internațională și europeană în materie penală - Îndrumar pentru practicieni, Wolters Kluwer Romania, pag 24

Trebuie menționat în acest sens incidentul diplomatic între Franța și Maroc din 1956, când în inima Parisului exilatul politic al Marocului Ben-Barka a fost răpit de polițiști și agenți ai contraspionajului acestei țări. Statul francez a negat ca aceștia ar fi acționat cu vreo autorizare și în consecință a rupt relațiile diplomatice cu Marocul. Un alt caz celebru este cel al lui Adolf Eichmann, fost șef al Secției 4, B4 a Oficiului Central al Securității Reichului, care reținut de aliați în 1945 a reușit să scape și să se refugieze în Argentina. În 1960 a fost descoperit de Mossad, răpit și dus în Israel, unde i s-a aplicat pedeapsa cu moartea.¹

Apariția celor două instituții juridice

Extrădarea la început a apărut ca un gest de curtoazie între suveranii unor state, însă cu timpul a devenit o necesitate, dovezi ale necesității fiind chiar abordările din doctrină ale diferiților juriști, filosof, dar și existența tratatelor și convențiilor internaționale ce reglementează această instituție. Încă din anul 1280 î.Hr. faraonul Egiptului, Ramses al II-lea și Hatusil al III-lea, regele hitiților, au semnat un acord prin care cei doi își luau angajamentul de a-și extrăda dezertorii și fugarii.²

Deși istoria diplomatică nu menționează niciun tratat cu privire la predarea infractorilor de drept comun, tratatele de alianță stipulau frecvent extrădarea rebelilor și criminalilor politici și se aplica atât la greci și romani în special în cazul sclavilor fugari și a dezertorilor (la romani). La egipteni instituția extrădării era influențată de normele religiei, extrădarea deși era aplicată, aceasta era condiționată de faptul că persoana în cauză să nu fie urmărită. Această condiție era impusă de preceptele religioase ale egiptenilor, referitoare la sacralitatea pământului, care atins de străinul în cauză, îl transforma pe străin la rândul său sacru, deci prin urmare nu putea fi extrădat.³

Ca și în Antichitate și în Evul Mediu, extrădarea a rămas la discreția suveranului, căruia fiecare individ îi era supus, fiind folosită foarte rar, datorită izolării pregnante a statelor și a tradițiilor existente în legătură cu dreptul de azil. Merită astfel menționate Tratatul dintre regele Angliei Henric al II-lea și regele Scotiei Guillaume din 1174 și Tratatul de asistență mutuală din 13 aprilie 1376 dintre Carol al V-lea și Contele de Savoia.⁴

Monarhul hotăra în mod discreționar dacă acordă sau nu extrădarea, decizia acestuia depindea în mare parte de natura relațiilor cu statul solicitant, persoana extrădabilă sau infracțiunea săvârșită nefiind luate în calcul decât într-o mică măsură.⁵

Între 1498-1499 reprezentantul lui Ștefan cel Mare, printre altele, formulează și următoarea cerere principelui Lituaniei: “la voi se oploșesc mai mulți români fugiți din țara Moldovei, pe care grația voastră să-i trimiteți înapoi în Moldova, în puterea tratatului.” În secolul al XVII-lea Vasile Lupu încheie, de asemenea un tratat de extrădare, în 4 aprilie 1646, cu G. Racoti, principele Transilvaniei.⁶

Cesare Beccaria, în lucrarea sa: “Dei delitte e delle pene” accepta pedepsirea tuturor infractorilor, însă avea rezerve asupra extrădării lor, datorită cruzimii pedepselor care se aplicau în unele state sau de disproporția vădită dintre fapta săvârșită și pedeapsa aplicată.⁷ Beccaria afirma că “ în interiorul unei țări nu trebuie să existe niciun loc nesupus legilor, forța lor trebuie să urmărească

¹ Florin Radu Răzvan – Cooperare judiciară internațională și europeană în materie penală - Îndrumar pentru practicieni, Wolters Kluwer Romania, pag 23

² Norel Neagu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Universul Juridic, 2012, pag 27

³ Alexandru Boroș, Ion Rusu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Ed. CH Beck, pag 109

⁴ Norel Neagu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Universul Juridic, 2012, pag 27

⁵ Florin Radu Răzvan – Cooperare judiciară internațională și europeană în materie penală - Îndrumar pentru practicieni, Wolters Kluwer România pag 21

⁶ Alexandru Boroș, Ion Rusu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Ed. CH Beck, pag 115

⁷ “Dar, dacă este utilă predarea vinovaților între națiuni, eu nu aș cuteza să mă pronunț definitiv, asupra acestei probleme atâta timp cât legile cele mai potrivnice (conforme), cu nevoile umanității, pedepsele cele mai blânde și înlăturarea dependenței de arbitrar și opinie nu conferă siguranța nevinovăției oprimate și virtuții detestate” – Cesare Beccaria

orice cetățean, cum umbra urmărește corpul,¹ iar statul trebuie să ofere cetățeanului “convingerea de a nu găsi o palma de pământ unde sa fie iertate adevăratele infracțiuni”, fiind totodată și o modalitate de a preveni săvârșirea infracțiunilor.²

Contrar acestei păreri Enrico Ferri apreciază instituția extrădării și o definește: “extrădarea care este un institut de drept penal internațional și în același timp de drept penal intern privind mai ales acuzații și constă în consemnarea Statului, care cere, predarea unui individ, care să fie imputat de un delict comis pe teritoriul acelu stat, pentru ca să poată fi judecat în acel stat”.³

Cea mai veche lege de extrădare este legea belgiană din 1833. După exemplul Belgiei, au fost elaborate, succesiv, legi de extrădare în Statele Unite, la 1848, în Anglia, la 1870, în Olanda, în 1875, în Luxemburg, în Japonia în 1887, în Elveția în 1892, Suedia în 1913, în Franța în 1927 și Germania în 1929.⁴ Deși există instituția extrădării, aceasta avea nevoie de o uniformizare a reglementărilor, făcându-se în această direcție un pas important cu ocazia sesiunii de la Oxford din 1880 de către Institutul de drept internațional, prin elaborarea unui proiect, prin care autoritatea judiciară să fie cea ce trebuie să se pronunțe cu privire la extrădare.⁵

În prezent instituția extrădării este reglementată diferit de legislațiile naționale ale statelor, fiind situată în cadrul dreptului internațional public, mai exact al dreptului internațional penal, totodată fiind și o instituție de drept penal intern (atât de drept substanțial cât și de drept procedural).⁶

Trebuie făcută diferența între extrădare activă, când România solicită autorităților competente ale unui stat străin să remită persoana care face obiectul mandatului în vederea urmăririi penale, judecării sau executării pedepsei și extrădare pasivă⁷ atunci când România este stat solicitat, instanțele române fiind obligate să se pronunțe în privința predării unei persoane aflate pe teritoriul României, la solicitarea autorităților competente ale unui străin.⁸

Apariția Comunităților europene și a Uniunii Europene a dus și la apariția unui drept penal european, care propune ca formă de cooperare Mandatul european de arestare, acesta fiind aplicabil doar statelor membre, după transpunerea Deciziei-cadru nr.2002/584/JAI din 13 iunie 2002, astfel sunt enumerate 32 de infracțiuni (lista poate fi mărită oricând prin votul unanim al membrilor Consiliului), neținându-se cont de condiția dublei incriminări sau de denumirea pe care o poartă infracțiunea comisă de infractorul ce trebuie predat de legislația statului care urmează să îl predea.⁹

Mandatul european de arestare apare ca o formă simplificată a extrădării, adoptat ca legislație de urgență după evenimentele din 11 septembrie 2001 și reprezintă atât o garanție în plus pentru înfăptuirea justiției cât și îndeplinirea unuia din obiectivele Uniunii Europene: “crearea unui spațiu de libertate, securitate și justiție,” totodată noua instituție având rolul și de a asigura statele membre sceptice privind viitoarea armonizare în domeniul dreptului penal de corecta aplicare a legii¹⁰

¹ Cesare Beccaria – Despre infracțiuni și pedepse, Ed. Rosetti, pag 127

² Cesare Beccaria – Despre infracțiuni și pedepse, Ed. Rosetti, pag 128

³ Alexandru Boroi, Ion Rusu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Ed. CH Beck, pag 102

⁴ Alexandru Boroi, Ion Rusu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Ed. CH Beck, pag 115

⁵ Alexandru Boroi, Ion Rusu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Ed. CH Beck, pag 112

⁶ Florin Radu Răzvan – Cooperare judiciară internațională și europeană în materie penală - Îndrumar pentru practicieni, Wolters Kluwer România, pag 24

⁷ În practica judiciară s-a decis ca extrădarea pasivă nu este condiționată de existența unei hotărâri definitive de condamnare a persoanei extrădabile pronunțată în statul solicitant, ci, în funcție de faza procesului penal, este suficientă numai existența unui mandat de arestare preventivă, emis de autoritățile competente ale statului solicitant și anexat cererii de extrădare. Instanțele române, soluționând cererea de extrădare, nu pot examina temeinicia arestării preventive dispuse de autoritățile competente ale statului solicitat, competența instanțelor române fiind limitată la verificarea îndeplinirii condițiilor prevăzute în Legea nr.302/2004 pentru admiterea cererii de extradare, care nu privesc temeinicia măsurilor dispuse de autoritățile competente ale statului solicitat (ICCJ, s. pen., dec. nr. 274/2007, www.scj.ro)

⁸ Norel Neagu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Universul Juridic, 2012, pag 29

⁹ Gavril Paraschiv – Drept penal al Uniunii Europene, Editura Ch. Beck, București, 2008, pag 79

¹⁰ Norel Neagu – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Universul Juridic, 2012, pag 64

Principiile extrădării:

a) Principiul neextrădării unor anumite categorii de persoane: cetățenii români, persoanele ce au primit azil în România¹, persoanele străine care se bucura în România de imunitate de jurisdicție, extrădarea oricărei alte persoane străine poate fi refuzată sau amânată, dacă predarea acesteia este susceptibilă să aibă consecințe de o gravitate deosebită pentru ea, în special din cauza vârstei sau a stării sale de sănătate (Art .23, alin.3 din Legea 302/2004),² sau dacă statul solicitant nu asigură garanțiile fundamentale de procedură și de protecție a drepturilor la apărare sau dacă instanța de judecată ce trebuie să se pronunțe asupra cazului persoanei ce se dorește a fi extrădată, a fost constituită special pentru acel caz. 3

b) Principiul dublei incriminări. Conform articolului 24 din legea 302/2004 extrădarea este admisă doar dacă fapta care este învinuită sau pentru care a fost condamnată o persoană a cărei extrădare se solicită este prevăzută ca infracțiune atât de legea statului solicitant, cât și de legea română, iar ca excepție extrădarea poate fi acordată și dacă pentru fapta respectivă este exclusă condiția dublei incriminări printr-o convenție internațională la care România este parte.⁴

c) Principiul respectării drepturilor omului reiese din articolele 21 și 22 din Legea 302/2004, articolul 21 stabilește motivele de refuzare ale extrădării: nerespectarea dreptului la un proces echitabil garantat de Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, infracțiunea pentru care se solicită extrădarea este una politică sau conexă unei infracțiuni politice, sau dacă există motive serioase să se creadă că extrădarea este solicitată în scopul urmăririi sau pedepsirii unei persoane pe motive de rasă, religie, sex, naționalitate, opinii politice sau ideologice, ori de apartenență la un grup social.⁵ Extrădarea nu va fi acordată dacă fapta pentru care se cere extrădarea este pedepsită cu moartea, decât cu condiția ca statul solicitant va oferi asigurări considerate ca îndestulătoare de către statul român ca pedeapsa capitală nu se va executa urmând să fie comutată. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit că extrădarea unui prizonier din Marea Britanie către Statele Unite ale Americii, în condițiile în care acesta urma să petreacă o perioadă de timp în detenție în așteptarea pedepsei cu moartea, reprezintă o încălcare a articolului 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (Soering c. UK, Hotărârea din 7 iulie 1989,[1990] CEDO. În același sens Curtea Supremă a Olandei a refuzat predarea unui militar american Statelor Unite, deoarece acest stat nu a oferit garanții suficiente că pedeapsa cu moartea nu va fi aplicată în cauză (HR 30 martie 1990, [1991] NJ 249).⁶

Principiul acordării extrădării numai pentru fapte de o anumită gravitate. Acest principiu are ca justificare faptul ca extrădarea are implicații deosebite, o procedură complicată și eforturi uriașe,

¹Art.18, alin.2 din Constituție ” Dreptul de azil se acordă și se retrage în condițiile legii, cu respectarea tratatelor și a convențiilor internaționale la care România este parte.”

² E.J. a solicitat amânarea predării sale în vederea extrădării către autoritățile S.M. și intrarea în vigoare a mandatului de arestare provizorie în vederea extrădării abia la data încetării motivelor care au justificat amânarea, pe motivul că bolile de care suferea în special tumoare malignă pancreatică i-ar pune viața în pericol, însă prin sentința penală nr.95/F/01.10.2008 a Curții de Apel Brașov, definitivată prin decizia penală nr.3280/2008 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, în temeiul dispozițiilor art. 54. alin.3 din Legea 302/2004 a fost admisă cererea formulată de Ministerul Justiției al S. M și s-a dispus extrădarea numitului E.J. către autoritățile judiciare ale S.M în vederea executării pedepsei privative de libertate. Raportul de expertiză medicală a Institutului de Medicină Legală “N. Minovici”, preciza că afecțiunile de care suferă persoana solicitată nu îi pun în pericol viața, neexistând niciun impediment de ordin medical care să facă imposibilă predarea extrădatului, prin urmare curtea a respins ca neîntemeiată cererea formulată de către E.J.

³ Art.33 din Legea 302/2004

⁴ Aurel Teodor Moldovan – Expulzarea, extrădarea și readmisia în dreptul internațional, Ed. Hamangiu, 2012, pag 214

⁵ Aurel Teodor Moldovan – Expulzarea, extrădarea și readmisia în dreptul internațional, Ed. Hamangiu, 2012, pag 208

⁶ Norel Neagu – Cooperare judiciara internațională în materie penală, Universul Juridic, 2012, pag 36

astfel că aceasta instituție nu se poate folosi pentru pedepse mai mici de 4 luni în cazul executării pedepsei și nici în vederea urmăririi penale sau a judecării pentru fapte a căror săvârșire atrage potrivit legislației statului solicitant și legii penale române o pedeapsă privativă de libertate de cel puțin un an (art. 26 din legea 302/2004).

d) Principiul verificării regularității internaționale ce constă în faptul că atât cererea, cât și documentele anexate trebuie să fie în conformitate cu dispozițiile internaționale aplicabile (art. 38 aln.1 din Legea 302/2004),¹ fiind necesare atât îndeplinirea condițiilor de fond (persoana extrădată, fapta pentru care se cere extrădarea, precum și gravitatea pedepsei) cât și a celor de formă (aspectele legate de etapele procedurii de extrădare, verificarea legitimității și regularității cererii de extrădare, procedura în fața organelor de urmărire penală și a instanțelor judecătorești) pentru acordarea extrădării.

Extrădarea propriilor cetățeni

Extrădarea fiind un act de suveranitate al unui stat „justifică” existența regulii neextrădării propriilor cetățeni, deși aceasta reprezintă un impediment enorm în calea cooperării eficiente dintre state în materie penală și al tragerii la răspundere a făptuitorului. Potrivit lui Michael Plachta, “justificarea regulii neextrădării propriilor cetățeni derivă în general din păstrarea cu gelozie a conceptului de suveranitate națională și presupune existența unor diferențe în administrarea justiției penale între state, rezultând într-un tratament potențial inechitabil”², astfel constituțiile Braziliei, Germaniei, Poloniei și Ciprului interzic extrădarea propriilor cetățeni, în timp ce în alte state, extrădarea este interzisă prin lege (Belgia, Cehia, Franța, Elveția etc).

În ceea ce privește extrădarea cetățenilor români, potrivit articolului 19, alin. 2 din Constituția României: “cetățenii români pot fi extrădați în baza convențiilor internaționale la care România este parte, în condițiile legii și pe bază de reciprocitate.”

Prin urmare, un cetățean român poate fi extrădat altui stat, dacă există cel puțin una din următoarele condiții:

- a) Persoana extrădabilă domiciliază pe teritoriul statului solicitant la data formulării cererii de extrădare;
- b) Persoana extrădabilă are și cetățenia statului solicitant;³
- c) Persoana extrădabilă a comis fapta pe teritoriul sau împotriva unui cetățean al unui stat membru al Uniunii Europene, dacă statul solicitant este membru al Uniunii Europene;

În contextul unei Europe unificate având ca principal scop progresul economic, politic, social și juridic, mandatul european este un adevărat criteriu de referință al cooperării statelor membre ale Uniunii, odată cu dispariția frontierelor pune în problemă o creștere a ratei criminalității și de altfel și o îngreunare a organelor abilitate de a trage la răspundere penală pe respectivii infractori și de asemenea să asigure o protecție cuvenită societății și membrilor acesteia. Ca răspuns la această creștere a criminalității în spațiul european statele membre trebuie să pună la punct răspunsuri adaptate și rapide. Criminalitatea organizată nu trebuie să profite de construcția europeană pentru a se

¹ Aurel Teodor Moldovan – Expulzarea, extrădarea și readmisia în dreptul internațional, Ed. Hamangiu, 2012, pag 209

² M. Plachta Non-extradition of nationals: a neverending story?, Emory international Law Review, p. 77-159, 1999, op. Cit. Florin Razvan Radu, pag 28

³ În acest sens, în practica judiciară s-a decis că în cazul în care persoana extrădabilă are atât cetățenia română, cât și cetățenia Republicii Moldova, hotărârea prin care instanța română admite cererea de extrădare a cetățeanului român este legală, dacă sunt îndeplinite și celelalte condiții prevăzute de lege privitoare la extrădare (ICCJ, s.pen., dec. nr. 4727/2006, www.sej.ro)

distanța de sistemul judiciar, astfel că este necesară adoptarea unor mijloace juridice eficiente, pentru ca statele să poată lupta împotriva fenomenului infracțional, în cadrul unui veritabil spațiu judiciar european.

Cooperarea în spațiul Uniunii Europene în materie penală se desfășoară la ora actuală în baza instrumentelor comunitare adoptate în temeiul Titlului VI din Tratatul Uniunii Europene care au din ce în ce mai mult la bază principiul recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești. Inițial, în materie, preponderente erau convențiile, însă în ultimii ani s-a optat pentru soluția adoptării unor decizii- cadru și decizii ale Consiliului, care sunt net avantajoase întrucât nefiind necesara ratificarea lor de către statele membre (de pildă, Convenția Uniunii Europene de asistență judiciară în materie penală din 29.05.2000 a intrat în vigoare abia în august 2005, deoarece doar atunci s-a îndeplinit condiția celor 8 ratificări) și facilitează armonizarea legislațiilor naționale în acest segment.

Un pas interesant în facilitarea cooperării penale a fost făcut de către Spania și Italia, în urma semnării de către ambele state a Declarației Comune de la Madrid din 2000, prin care se încerca înlăturarea tuturor obstacolelor din calea creării unui spațiu al libertății, securității și justiției. Statele sus-menționate au semnat la scurt timp după adoptarea acestei Declarații un tratat prin care au înființat o colaborare care pare a fi predecesorul mandatului european de arestare, semnând necesitatea adaptării procedurii la cerințele acelei perioade Decizia-cadru nr.2000/584/JAI din 13.06.2002 a Consiliului Uniunii Europene privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre ale Uniunii Europene este prima măsură concretă în domeniu. Ea înlocuiește în relația dintre state procedurile clasice de extrădare, evident exceptând cazurile pentru care unele state membre au declarat că vor continua să aplice tratatele de extrădare. Decizia- cadru, inclusiv procedurile de predare între statele membre ale Uniunii Europene, a fost transpusă de România prin Titlul III al Legii nr.302/2004¹, astfel cum a fost modificată prin Legea nr.224/2006.²

Această trecere de la procedura extrădării, dovedită insuficientă și creatoare de stări de tensiune între state, la inovatoarea instituție ce asigură un climat de siguranță și încredere între state, aduce pe lângă modificări în ceea ce privește procedura și modificări în cazul terminologiei, “extrădarea” devenind “predare”, “stat solicitant” a devenit “stat emitent”, iar “statul executant” a luat locul “statului solicitat.”

Dacă procedura de extrădare cuprindea două etape: una administrativă și una judiciară, în faza administrativă autoritățile centrale (de obicei ministerele de justiție) jucând un rol important, în cele mai multe state – nu și în România – puterea executivă luând chiar decizia finală. Se spune de altfel că mandatul european de arestare a luat procedura de extrădare din mâinile politicienilor și a transferat-o strict într-o procedură judiciară. Având în vedere obiectivul înlăturării sau limitării formalismului care este de natură să transforme procedura de extrădare într-una greoaie, prin noul sistem de predare, în baza unui mandat de arestare, se elimină etapa administrativă, cooperarea în materia predării persoanelor realizându-se aproape exclusiv între autoritățile centrale putând, eventual, asista autoritățile judiciare competente sau să aibă rolul de autorități transmițătoare/primitoare.³ În 1980, ca urmare a refugierii unor teroriști italieni (Brigăzile Roșii), pe teritoriul Franței, deși au existat decizii de extrădare către Italia, premierul francez nu a semnat decretul de extrădare, din motive politice.⁴

În principal etapa administrativă era cea care împiedică, sau întârzia după caz extrădarea, mandatul european de arestare propunând o procedură simplificată și un timp de predare mai scurt. În acest sens este profesorul Henri Labayle, a menționat un caz din anii 80', când Spania a solicitat

¹ Legea nr.302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, publicată în M.Of.nr.594 din 1.07.2004

² Legea nr.225/2006 pentru modificarea și completarea Legii nr.302/2004, publicată în M.Of. nr.534 din 21.06.2006

³ Florin Radu Razvan – Cooperare judiciara internationala si europeana in materie penala- Indrumar pentru practicieni, Wolters Kluwer Romania, pag 126.

⁴ Simona Bradiceanu: Mandatul de arestare european in “Pro lege” nr. 3/2005, op. cit. Anastasiu Crisu pag 170

extrădarea unor teroriști ETA Franței, însă întregul proces a durat aproximativ 30 de ani.¹ Atentatele de la Londra din 7 iulie 2005 au demonstrat eficiența noului sistem de predare, când persoanele suspectate de terorism au fost predate autorităților britanice de cele spaniole în trei zile, în timp ce o procedură de extrădare din Spania durează uneori peste un an de zile.²

Prin Mandatul European de arestare se înțelege așa cum precizează articolul 84 din Capitolul I al Titlului III din Legea nr. 302/2004 că acesta este o decizie judiciară prin care o autoritate judiciară competentă a unui stat membru al Uniunii Europene solicită arestarea și predarea de către un alt stat membru a unei persoane, în scopul efectuării urmăririi penale, judecării sau executării unei pedepse ori a unei măsuri de siguranță privative de libertate. ³ Respectivul text fiind 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. Potrivit art. 81 lit.b din Legea nr. 302/2004 modificată și completată, mandatul european de arestare se emite împotriva persoanei solicitate în vederea executării pedepsei, dacă pedeapsa aplicată este mai mare de 4 luni. ⁴

În ceea ce privește câmpul de aplicare a mandatului european de arestare, acesta se aplică în toate statele membre sub rezerva, pe de o parte, a transpunerii deciziei-cadru în dreptul intern și pe de altă parte, a declarațiilor efectuate eventual de aceste state conform art. 32 din Decizia-cadru nr.584/JAI/13.06.2002. Mandatul european de arestare este aplicabil indiferent de data comiterii faptelor. ⁵Totuși, Franța, Italia și Austria au declarat că vor continua să soluționeze conform regulilor extrădării cererile referitoare la faptele săvârșite înainte de data indicată de ele, respectiv 7.08.2002.⁶

Autoritățile competente în privința mandatului european de arestare în România ca și autorități emitente regăsim instanțele judecătorești, curțile de apel ca autorități juridice de executare și Ministerul Justiției ca autoritate centrală.

Instanța poate emite un mandat european de arestare doar pe baza unui titlu preexistent, care va putea fi un mandat de arestare sau un mandat de executare a pedepsei aplicate sau o hotărâre judecătorească prin care a fost aplicată o măsură de siguranță privativă de libertate⁷.

În cazul în care nu se cunoaște locația persoanei solicitate prin mandatul european de arestare autoritatea competentă să emită mandatul trebuie să difuzeze prin intermediul Organizației Internaționale de Poliție Criminală sau prin sistemul de informare Schengen (Sirene). Transmiterea mandatului trebuie făcută prin orice mijloc (fax, scrisoare, mesaj electronic, etc.) lăsând o urmă scrisă și să permită autorităților judiciare de executare să se asigure de autenticitatea documentului transmis.

Lista infracțiunilor sau a categoriilor de infracțiuni pentru care nu ar mai fi necesară îndeplinirea condiției dublei incriminări la executarea mandatului european de arestare cuprinde 32 de puncte: 1. participarea la un grup criminal organizat; 2. terorismul; 3. traficul de persoane; 4. exploatarea sexuală a copiilor și pornografia infantilă; 5. traficul ilicit de droguri și substanțe psihotrope; 6. traficul ilicit de arme, muniții și substanțe explozive; 7. corupția; 8. fraudă, inclusiv cea

¹ <http://www.euronews.com/2012/08/10/extradition-between-european-countries/> accesat la 15.03.2013

² Florin Radu Răzvan – Cooperare judiciară internațională și europeană în materie penală - Îndrumar pentru practicieni, Wolters Kluwer Romania, pag 123

³ A se vedea art.1 alin.1 din Decizia-cadru a Consiliului nr.584/JAI din 13.06.2002 privind mandatul european de arestare

⁴ Curtea de Apel Iași, sentința penală nr. 8/ 25.01. 2006. Autoritățile judiciare competente elene: vice procurorul de pe lângă Curtea de Apel Kriti a emis mandatul european de arestare împotriva persoanei solicitate P.K. solicitând arestarea și predarea acestuia pentru executarea unei pedepse la care a fost condamnat de Tribunalul Corecțional Iraklio. Conform mandatului european de arestare supus executării în prezenta cauză, s-a constatat că acesta a fost emis în scopul executării unor pedepse pecuniare întrucât pedepsele cu închisoarea au fost transformate de instanță în pedepse pecuniare, iar deoarece pedepsele pecuniare nu intră în sfera de acțiune și incidență a mandatului european de arestare, S-a dispus punerea de îndată în libertate a persoanei solicitate

⁵ Gavril Paraschiv – Drept penal al Uniunii Europene, Editura Ch. Beck, București, 2008 pag 79

⁶ Aceste state pentru fapte comise până la 7.08.2002 aplică Convenția europeană de extrădare din 13.12.1957

⁷ A se vedea dispozițiile art.81 alin.1 lit.a, b din Legea nr.224/2006 și Infra.II pct.132

care aduce atingere intereselor financiare ale Comunităților Europene în înțelesul Convenției din 26 iulie 1995 privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene; 9. spălarea produselor infracțiunii; 10. falsificarea de monedă, inclusiv contrafacerea monedei euro; 11. fapte legate de criminalitatea informatică; 12. infracțiuni împotriva mediului, inclusiv traficul ilicit de specii de animale pe cale de dispariție și de specii și soiuri de plante pe cale de dispariție; 13. facilitarea intrării și șederii ilegale; 14. omorul, vătămarea corporală gravă; 15. traficul ilicit de organe și țesuturi umane; 16. răpirea, lipsirea de libertate în mod ilegal și luarea de ostatici; 17. rasismul și xenofobia; 18. furtul organizat sau armat; 19. traficul ilicit de bunuri culturale, inclusiv antichități și opere de artă; 20. înșelăciunea; 21. racketul și extorcarea de fonduri 22. contrafacerea și pirateria produselor; 23. falsificarea de acte oficiale și uzul de fals; 24. falsificarea de mijloace de plată; 25. traficul ilicit de substanțe hormonale și alți factori de creștere; 26. traficul ilicit de materiale nucleare sau radioactive; 27. traficul de vehicule furate; 28. violul; 29. incendierea cu intenție; 30. crime aflate în jurisdicția Curții Penale Internaționale; 31. sechestrarea ilegală de nave sau aeronave; 32. sabotajul.

Se remarcă faptul că există o dublă condiționare pentru a fi admisibilă excluderea de la aplicarea principiului dublei incriminări. Mai întâi, fapta care constituie temei al emiterii mandatului european de arestare trebuie să fie considerată una dintre infracțiunile cuprinse în enumerarea făcută de legiuitor. În al doilea rând, pedeapsa prevăzută de legea statului emitent pentru infracțiunea care constituie temei al emiterii acestui mandat trebuie să fie sancționabilă cu o pedeapsă privativă de libertate sau o măsură de siguranță privativă de libertate al cărei maxim special să fie de cel puțin 3 ani. Un interes îl prezintă faptul că România nu a incriminat racketul sau extorcarea de fonduri iar sabotajul (art. 164 Cod penal) a fost abrogat prin art. 2 din Decretul-Lege nr. 12/10.01.1990 (publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 7 din 12.01.1990). Datorită mandatului european de arestare, au fost prinși un german criminal în serie în Spania, un traficant de droguri din Malta, ce a fost predat Regatului Unit, o rețea de spărgători din Italia a cărei membri au fost prinși în șase tari diferite ale Uniunii Europene, iar recent s-a desfășurat o operațiune internațională de largă amploare împotriva furturilor din transporturile de marfa de pe autostrăzi în cinci tari.¹

Mandatul european de arestare deși are un scop nobil, este supus unor anumite limitări în ceea ce privește obligativitatea predării persoanei urmărite, astfel ca predarea persoanei arestate poate fi refuzată din trei motive obligatorii și din șapte motive facultative. Motivele obligatorii privesc principiul „ne bis in idem” (persoana nu poate fi predată dacă a executat deja o sentință pentru aceeași infracțiune), minorii (persoana nu poate fi predată dacă nu a împlinit vârsta răspunderii penale în statul în care a fost arestată) și amnistia (persoana nu poate fi predată dacă ar fi putut face obiectul urmăririi în statul în care a fost arestată și dacă infracțiunea este amnistiată în statul respectiv).

Motivele opționale de refuz sunt, în principiu, lăsate la aprecierea autorităților judiciare; de exemplu, predarea poate fi refuzată dacă o parte din infracțiunile pentru care a fost emis mandatul european de arestare au fost săvârșite în statul în care persoana este arestată și vor face obiectul urmăririi în statul respectiv.

În vederea aprobării predării unei persoane solicitate printr-un mandat european de arestare statul solicitat va verifica dacă acesta îndeplinește toate condițiile cerute de lege ca acesta să fie executat, precizăm că dubla incriminare nu mai este cerută potrivit prevederilor art.96 alin 1 din lege dacă mandatul european de arestare a fost emis pentru una dintre infracțiunile numite în respectivul articol, cu condiția însă ca maximum special al pedepsei privative de libertate sau durata măsurii de siguranță privative de libertate, prevăzute de legea statului emitent să fie de cel puțin trei ani.

Predarea trebuie să se facă în termen de 10 zile de la data rămânerii definitive a hotărârii pronunțate de autoritățile judiciare străine, cu excepția cazului de forță majoră sau existenței unui motiv legal de amânare a acesteia.² În vederea punerii în practică a mandatului european de arestare

¹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-454_en.htm accesat la 17.03.2013

² A se vedea art.96 alin.1 și 2 din Legea nr.302/2004

în statul de executare, instanța emitentă trebuie să depună diligențe pentru a obține comunicarea duratei detenției efectuate în străinătate de către persoana solicitată.

În situația în care mandatul european de arestare a fost emis în vederea urmăririi penale sau judecării persoanei solicitate, instanța română emitentă va putea, până la pronunțarea unei hotărâri de către autoritatea de executare pe procedura de predare, să solicite autorității de executare audierea persoanei solicitate sau transferarea temporară a persoanei solicitate. Această măsură este reclamată de necesitatea efectuării unor acte cu caracter urgent ori efectuarea unor acte care necesită prezența persoanei solicitate ori pentru preîntâmpinarea amânării repetate a cauzei. În faza de urmărire penală, procurorul competent propune instanței care a emis mandatul european de arestare și implicit, mandatul de arestare preventivă să solicite autorității străine de executare audierea persoanei solicitate pentru transfer.

Deși noua instituție își propune să completeze lacunele vechii extrădări, se pare că și aceasta la rândul ei prezintă anumite dezavantaje, recent fiind cunoscut cazul lui Evelin Banev, “regele cocainei” din Bulgaria, când instanța de judecată din Sofia nu a primit niciun răspuns de la Eurojust cu privire la cum trebuie procedat în cazul existenței unui concurs de cereri, prin urmare predarea sa a fost amânată.¹

În ceea ce privește dreptul la apărare întâmpinăm anumite dificultăți datorită termenelor scurte și simplificării întregii proceduri, din evaluările făcute de state și Comisie se poate deduce accelerarea procedurii și prin urmare, îmbunătățirea cooperării penale internaționale. Un dezavantaj neașteptat al acestor beneficii este slăbirea dreptului celui acuzat la apărare.² Totodată, noutatea instrumentului are ca și consecință lipsa de pregătire a avocaților apărători, ceea ce este accentuată de termenele foarte scurte prevăzute pentru executarea mandatelor europene de arestare, ce face aproape imposibilă pregătirea corespunzătoare pentru apărare.³

Dubla incriminare nu mai este necesară infracțiunilor prevăzute în Decizia-cadru a Consiliului Uniunii Europene din 13 iunie 2002, dubla incriminare fiind un factor constitutiv esențial pentru posibilitatea intentării cererii de extrădare, astfel Curtea de Justiție Europeană, chemată să se pronunțe asupra conformității lipsei dublei incriminări cu principiul legalității, a susținut că „renunțarea la dubla incriminare nu slăbește exigența aplicării principiului evocat.”⁴

Astfel prin această decizie, putem spune că mandatul european de arestare este favorizat atât în teorie cât și în practică întrucât prezintă posibilitatea neîngrădită organelor abilitate de a aduce în fața justiției pe infractori, fiind astfel mai eficientă. Ca și exemplu se poate observa numărul impresionant de cazuri soluționate în ultimii șase ani prin intermediul mandatului european de arestare dovedindu-și eficacitatea, respectiv mai mult de 12.000 de mandate europene de arestare au fost executate cu succes⁵ de la introducerea acestui instrument, al cărui efect a fost scurtarea perioadei medii de extrădare între statele membre de la un an la doar câteva săptămâni.

Spre deosebire de mandatul european de arestare, care se aplică doar în spațiul european, extrădarea are o aplicabilitate la nivel global și are o vechime mult mai mare, fiind consolidată și de jurisprudență și de doctrină. Pentru o mai bună înțelegere a modului cum operează cele două instituții am ales cazul lui Julian Assange. Acesta fiind acuzat de viol în Suedia, s-a emis pe numele sau un mandat european de arestare, Marea Britanie având obligația de a-l preda (întrucât acesta se afla pe teritoriul ei). Statele Unite l-au acuzat pe Assange de spionaj, căutând a-l trage la răspundere pentru

¹ http://adevarul.ro/international/europa/procesul-extradarea-regelui-cocainei-evelin-banev-romania-fost-amanat-1_5146f80d00f5182b852221bb/index.html accesat la data 21.03.2013

² În doctrină s-a observat că 3 drepturi fundamentale ar putea fi încălcate prin aplicarea mandatului european de arestare: dreptul la libertate (art. 4 CEDO), dreptul la un proces echitabil (art. 6 CEDO) și dreptul la viață familială (art. 47).

³ A se vedea Selme de Groot, Mutual Trust in (European) Extradition Law in Judge Rob

Blextoon, Handbook on the European Arrest Warrant, Ed. T.C.M. Asser Press, Haga, 2005, p. 95

⁴ 36 Florin Streteanu, Tratat de drept penal. Partea generală. Volumul I, Ed. C. H. Beck, București, 2008 p. 209

⁵ <http://www.europarl.europa.eu/news/ro> accesat la data: 14.03.2013

publicarea a 250.000 de telegrame diplomatice pe site-ul www.wikileaks.com.¹ Astfel existând un concurs de cereri, întrebarea care se pune este: „Cine va avea câștig de cauză?” Autoritatea de executare (Marea Britanie) va trebui să decidă cui îl va preda ținând cont de infracțiunile săvârșite, gravitatea lor și prejudiciul produs și pedeapsa ce îi va fi aplicată.

Concluzii:

Așa cum am arătat în cuprinsul prezentei lucrări, cele două instituții reprezintă atât garanția persoanei urmărite că acesteia i se vor respecta și garanta drepturile și libertățile fundamentale, cât și instrumente juridice aflate în continuă schimbare și adaptare pentru a răspunde cât mai bine atât nevoilor statelor de a combate criminalitatea, dar și nevoilor individuale ale oamenilor în vederea limitării sau împiedicării unor abuzuri din partea organelor judiciare.

Deși există o practică îndelungată, jurisprudența atât națională, cât și internațională, organe, oficii și agenții care să ofere răspunsuri clare în cazul apariției unor dificultăți de interpretare și aplicare a vreunui din cele două instrumente juridice, ambele instituții sunt departe de a fi perfecte, mai ales dacă privim din perspectiva drepturilor omului.

La realizarea studiului am luat în considerare atât aspecte teoretice, cât și aspecte practice în vederea realizării unei analize cât mai eficiente a celor două instituții, rezultatul obținut fiind acela, că deși extrădarea era un instrument juridic eficient, s-au observat de-a lungul timpului anumite deficiențe, mai ales datorită procedurii greoaie, al timpului îndelungat și al dependenței de politic, aceasta nu era suficientă pentru realizarea obiectivelor Uniunii Europene, fiind necesară o instituție nouă ajungându-se la adoptarea mandatului european de arestare. Însă nici această nouă instituție, deși elimină interesele politice, procedura greoaie și refuzul predării propriilor cetățeni altor state, prezintă anumite dezavantaje dacă ne raportăm la drepturile persoanei. În acest sens chiar vicepreședintele Comisiei și comisar al Uniunii pentru justiție, Viviane Reading aprecia că „mandatul de arestare european este un instrument eficient pentru a prinde infractori, dar statele membre trebuie să se asigure că acesta este utilizat corect.”²

Referințe bibliografice:

- Alexandru Boroi – Cooperare judiciară internațională în materie penală, Ed CH Beck;
Aurel Teodor Moldovan – Expulzarea, extrădarea și readmisia în dreptul internațional, Ed. Hamangiu, 2012;
Cesare Beccaria – Despre infracțiuni și pedepse, Ed Rosetti;
Constituția României;
Costică Bulai – Manual de drept penal, Universul Juridic, București, 2007;
Crișu Anastasiu – Cooperarea judiciară internațională în materie penală. Aspecte teoretice și practice, Editura Universității din București, 2011;
Convenția Europeană a Drepturilor Omului;
Deciziei-cadru nr.2002/584/JAI;
Florin Stretanu – Tratat de drept penal. Partea generală. Volumul I, Ed. C. H. Beck, București, 2008;
Florin Radu Răzvan – Cooperare judiciară internațională și europeană în materie penală-Îndrumar pentru practicieni, Wolters Kluwer, Romania;
Glosar de termeni din domeniul ordinii și siguranței publice;
Handbook on the European Arrest Warrant, Ed. T.C.M. Asser Press, Haga, 2005;
Ionel Tucmuruș – Crima organizată transfrontalieră, Ed. Universitară București;
Legea 302/2004;

¹ http://adevarul.ro/international/in-lume/afacerea-assange-nicio-solutie-moment-disputa-londra-quito-1_50aee5577c42d5a663a18714/index.html accesat la data: 15.03.2013

² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-454_ro.htm accesat la data: 15.03.2013

Norel Neagu – Cooperare judiciara internațională in materie penala, Ch. Beck, 2012;
Paraschiv Gavril – Drept penal al Uniunii Europene, Editura Ch.Beck, Bucuresti, 2008;
<http://www.europarl.europa.eu/news/ro>
www.euronews.ro
www.adevarul.ro
www.europa.eu
www.interpol.int

DELIMITAREA INFRAȚIUNII DE OMOR DE CEA DE LOVIRI SAU VĂTĂMĂRI CAUZATOARE DE MOARTE

Cristi Gabriel Cronț¹

Abstract

Infracțiunile de omor și loviri sau vătămări cauzatoare de moarte fac parte din Titlul II, Capitolul I al Codului Penal, referitor la acele fapte care aduc atingere vieții, integrității corporale și sănătății persoanei. În cele ce urmează vom analiza, printre altele, de ce infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte face parte din categoria "Infracțiuni contra vieții, integrității corporale și sănătății", prevăzută în secțiunea "Lovirea și vătămarea integrității corporale sau a sănătății" și nu în categoria infracțiunilor contra vieții evocate în prima secțiune a Capitolului I al Titlului II, "Omuciderea".

Acest studiu are menirea de a diferenția infracțiunea de omor și cea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte prin prisma mai multor aspecte: sub aspectul acțiunii sau inacțiunii infracționale (latura obiectivă), sub aspectul laturii subiective și nu în ultimul rând sub aspectul raportului de cauzalitate.

Cuvinte cheie: omor, loviri sau vătămări cauzatoare de moarte, delimitare, incadrare, legiuitor

1. Introducere

Dreptul la viața este una din cele mai importante valori ale societății în care trăim, valori care sunt protejate de anumite norme. Dreptul penal, ca ramură a sistemului de drept, contribuie la apărarea acestor valori importante pentru societate, atât prin descifrarea faptelor periculoase pentru valorile sociale, cât și prin indicarea sancțiunilor aplicabile celor care comit astfel de fapte.

În cuprinsul articolului 1 al Codului Penal Român, regăsim faptul că scopul legii penale române este de a: "apăra, împotriva infracțiunilor, România, suveranitatea, independența, unitatea și indivizibilitatea statului, persoana, drepturile și libertățile acesteia, proprietatea, precum și întreaga ordine de drept".

Printre valorile enumerate în cuprinsul art. 1 C.P., regăsim și "persoana, drepturile și libertățile acesteia". Codul penal rezervă acestor valori, Titlul II, intitulat "Infracțiuni contra persoanei", iar Capitolul I se referă la "Infracțiuni contra vieții, integrității corporale și sănătății".

Următoarele pagini din prezenta lucrare se vor concentra pe delimitarea a două infracțiuni: cea de omor de cea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte. În cele ce urmează, vom analiza infracțiunile din punctul de vedere al elementelor constitutive după care le vom diferenția ținând seama de trei aspecte:

- sub aspectul acțiunii sau inacțiunii infracționale (latura obiectivă),
- sub aspectul raportului de cauzalitate și
- sub aspectul poziției psihice a autorului (latura subiectivă).

Având în vedere faptul că în practica judiciară există multe controverse în ceea ce privește delimitarea celor două infracțiuni vom stabili, de asemenea, de ce legiuitorul de la 1968 nu a încadrat infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte alături de cele contra vieții.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: cristicronț@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. drd. Sinescu Mircea Constantin.

2. Analiza infracțiunii de omor

2.1. Noțiune

Omorul a fost incriminat în toate legislațiile datorită pericolului social pe care îl prezintă, atingând cel mai important atribut al persoanei: viața. Suprimarea vieții unui individ, a fost combatută nu doar datorită intereselor victimei, dar în special pentru că asemenea fapte prezintă un pericol pentru întreaga societate, iar fără respectarea vieții persoanei, nu se poate concepe o conviețuire pașnică¹.

Viața este ocrotită de legea penală din momentul apariției și până în momentul în care va înceta să mai existe. Aceasta începe din momentul desprinderii totale a fătului de corpul mamei prin tăierea cordonului ombilical și se încheie în momentul morții cerebrale².

Infrațiunea de omor, definită în art. 174 Cod Penal, fără a mai prezenta o descriere a tuturor elementelor constitutive, constă în uciderea unei persoane. Într-o altă opinie, s-a formulat ideea că omorul reprezintă fapta persoanei care cu intenție ucide o altă persoană³. Denumire marginală pe care ne-o indică art. 174 nu este cea de “omor simplu”, totuși această denumire este acceptată de actualul cod penal, având în vedere faptul că în articolele urmatore ne sunt prezentate forme agravante ale omorului, “omor calificat” și “omor deosebit de grav”⁴.

2.2. Conținutul constitutiv

2.2.3 Obiectul juridic. Obiectul juridic generic este asemănător tuturor infracțiunilor contra persoanei, acesta fiind alcătuit din relațiile sociale care se constituie și se desfășoară în legătură cu apărarea persoanei privită sub totalitatea atributelor sale. Obiectul juridic special îl constituie relațiile sociale referitoare la dreptul la viață al fiecărei persoane asupra căreia se efectuează activitatea de ucidere⁵ sau viața privită din punctul de vedere al justiției penale⁶.

2.2.4 Obiectul material. Obiectul material al infracțiunii de omor îl reprezintă **corpul în viață** al unui om, indiferent de vârstă (copil sau noi-născut, tânăr, adult, bătrân), sex (bărbat sau femeie), starea sănătății (sănătos, bolnav, muribund) sau a normalității bio-antropologice (normal, anormal, viabil sau neviabil, cu malformații). Este foarte important de reținut, faptul că nu trebuie confundat obiectul material (corpul uman) cu subiectul pasiv, care este persoana în viață asupra căreia se exercită acțiunea de suprimare a vieții. După ce infracțiunea de omor se consumă, persoana pierde calitatea de subiect pasiv și devine victimă. Însă în cazul tentativei, persoana continuând să trăiască, trăsăturile sale, ca subiect pasiv se confundă cu cele ale obiectului material.⁷

2.2.5 Subiectul activ. Subiect activ al infracțiunii poate fi orice persoană, deoarece existența infracțiunii nu este condiționată de vreo calitate specială a subiectului. În consecință, infracțiunea poate fi savârșită de orice persoană care îndeplinește condițiile psihofizice ale răspunderii penale. Desigur, omorul poate fi comis de o singură persoană sau prin contribuția conjugată a două sau mai multor persoane (coautor, instigator, complice).

2.2.6 Subiectul pasiv. Subiect pasiv al infracțiunii de omor este persoana ucisă ca urmare a activității subiectului activ. Subiect activ al infracțiunii nu poate fi decât o persoană în viață, fiind exclusă infracțiunea de omor atunci când subiectul pasiv este fătul sau un cadavru.⁸

¹ Alexandru Boroi, Infracțiuni contra vieții, p. 54

² Mihail Udroi, Fișe de drept penal, partea specială, p. 15

³ Vintilă Dongoroz și colab., Explicații teoretice ale codului penal, vol. III, p. 180

⁴ Ibidem

⁵ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept penal partea specială, p. 84-85

⁶ Mihail Udroi, ibidem

⁷ Alexandru Boroi, ibidem, p. 55

⁸ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, ibidem p. 87

Vârsta, sexul, starea fizică sau psihică a victimei, faptul că aceasta era dispusă să-și ridice viața sau era în agonie nu au nici o importanță din punct de vedere al existenței infracțiunii, însă la gradarea răspunderii penale, se va ține seama de acestea. În literatura de specialitate s-a precizat, pe bună dreptate că aceeași persoană nu pot fi subiect pasiv și subiect activ în săvârșirea infracțiunii de omor; această cumulare constituie o faptă distinctă de omucidere (sinucidere), pe care legea nu o incriminează.¹

2.2.7 *Latura obiectivă.* Latura obiectivă a infracțiunii de omor este formată dintr-un element material, urmare imediată și o legătură de cauzalitate.

a. *Elementul material.* În cazul infracțiunii pe care o analizăm, elementul material constă în acțiunea de ucide, adică fapta prin care viața unei persoane este suprimată. Această faptă trebuie să fie aptă să provoace moartea persoanei în condițiile date. Acțiunea de ucide poate fi săvârșită prin acte comise, cum ar fi: înjunghierea, împușcarea, sugrumarea, administrarea unei otrăvi). Însă fapta de a ucide o persoană poate fi realizată și printr-o inacțiune, un act de omisiune, adică o atitudine pasivă care vine din partea făptuitorului, într-un moment în care era obligat să acționeze cum ar fi: lăsarea în frig sau lăsarea fără hrană a unui copil. Acțiunea în cazul infracțiunii de omor, poate fi săvârșită în mod direct asupra victimei, sau în mod indirect, prin folosirea unor forțe sau energii neanimate sau animate, cum ar fi folosirea unui animal sălbatic sau a unei reptile veninoase, însă mai poate fi folosită și energia fizică a victimei, care constrânsă fizic sau psihic se injunghie sau se aruncă de la înălțime.

b. *Urmarea imediată.* Urmarea imediată în cazul infracțiunii de omor constă în moartea victimei. Producerea acestui rezultat întregește latura obiectivă a infracțiunii de omor. Prin urmarea sa imediată, infracțiunea de omor se situează în categoria infracțiunilor pentru care este necesară existența unui rezultat determinat, deci o infracțiune materială. Pentru existența laturii obiective și implicit a infracțiunii de omor este indiferent dacă moartea victimei s-a produs chiar după efectuarea acțiunii de ucide sau mai târziu. Dacă rezultatul nu s-a produs, infracțiunea se comite în forma folosite să fie de natură a provoca moartea².

c. *Legătura de cauzalitate.* Între activitatea autorului, cea de ucide și rezultat (moartea victimei) trebuie să existe raport de cauzalitate. Aceasta legătură trebuie să existe indiferent dacă la producerea rezultatului au concurat și alți factori decât fapta inculpatului, cum ar fi factori anteriori (boala), concomitenți (și alte lovituri) sau ulterioari (transportarea cu întârziere la spital a victimei)³. Pentru reținerea legăturii de cauzalitate trebuie să se dovedească faptul că moartea victimei nu ar fi survenit în lipsa acțiunii sau inacțiunii făptuitorului. Dacă moartea este datorată însă exclusiv altor cauze decât acțiunea de ucide a făptuitorului, fapta acestuia va constitui numai o tentativă de omor.

2.2.8 *Latura subiectivă.* Din punct de vedere al laturii subiective, pentru existența infracțiunii de omor, forma de vinovăție necesară este **intenția** în ambele sale modalități, adică fie intenție directă atunci când făptuitorul a prevăzut rezultatul faptei sale și a urmărit producerea acestuia, fie intenție indirectă, când făptuitorul a prevăzut rezultatul faptei sale și fără a-l urmări a acceptat totuși posibilitatea survenirii acestuia.

Intenția de a ucide reiese din datele exterioare ale faptei comise, adică din modul în care a fost comisă fapta, din împrejurările în care a avut loc săvârșirea acțiunii, din mijloacele de execuție

¹ Vintilă Dongoroz și colab., ibidem p. 171

² Drept penal, partea specială, Examinare comparativă Codul penal - Noul Cod penal, Ovidiu Predescu, Angela Hărăstășanu, p. 65

³ Ibidem

folosite. Astfel, împrejurarea că făptuitorul a descărcat de la o mică distanță arma într-o persoană relevă intenția de a-l ucide¹.

Legea incriminează săvârșirea omorului indiferent de modalitatea pe care intenția o îmbracă, fie directă fie indirectă, iar drept urmare a rezolvat implicit chestiunea omorului comis din eroare asupra unei persoane (*error in persona*) sau printr-o mânuire greșită a instrumentelor de execuție (*aberatio ictus*).

Latura subiectivă a omorului nu include cerința ca fapta să fi fost săvârșită cu un anumit mobil. Infrațiunea își continuă existența chiar dacă nu s-a stabilit mobilul săvârșirii faptei. Cu toate acestea instanța de judecată va fi preocupată să stabilească în fiecare caz mobilul, deoarece aceasta influențează gravitatea faptei și va ajuta la individualizarea pedepsei². Omorul nu este condiționat în forma prevăzută la art. 174 nici de săvârșirea faptei într-un anumit scop. Indiferent de scopul urmărit de făptuitor, fapta va constitui infrațiune chiar dacă de exemplu, acesta săvârșește omorul pentru a curma suferințele fizice ale unei persoane care suferă de o boală incurabilă.

2.2.9 *Forme, modalități și sancțiuni.* Fapta de omor, fiind o infrațiune comisivă (care poate fi realizat atât prin acțiune, cât și prin inacțiune) și o infrațiune materială condiționată de producerea unui rezultat distinct de acțiune în timp și spațiu și determinat de aceasta este susceptibilă de desfășurare în timp și deci de forme imperfecte, cum ar fi acte preparatorii sau tentativă.

Actele preparatorii nu se pedepsesc, în schimb tentativa se pedepsește potrivit art. 174 alin. (2) Cod penal, fiind posibilă în toate formele sale. **Tentativă** la omor există în momentul în care făptuitorul a început executarea acțiunii de ucideră dar aceasta a fost întreruptă sau nuși-a produs efectul. Infrațiunea de omor se **consumă** în momentul în care acțiunea de ucidere a produs urmarea imediată adică moartea victimei.

Infrațiunea de omor prevăzută în art. 174 Cod penal, constituie forma tipică, **modalitatea** simplă a acțiunii de ucidere. În forma sa simplă infrațiunea de omor poate prezenta numeroase modalități faptice determinate de împrejurări concrete în care aceasta a fost săvârșită (mijloacele folosite, locul și timpul săvârșirii, relațiile dintre făptuitor și victimă). În codul penal sunt anumite împrejurări în care dacă este comis, omorul capătă un grad de pericol social ridicat. Aceste împrejurări sunt prevăzute prin dispoziții care privesc modalitățile normative ale infrațiunii de omor, ele fiind incriminate în texte separate ca variante agravate, devenind infrațiuni de sine stătătoare (art. 175 și art. 176)³.

În actualul Cod penal, omorul **se pedepsește** cu închisoare de la 10 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi. În **Noul Cod penal** infrațiunea de omor este identică cu cea din actuala reglementare.

3. Analiza infrațiunii de lovituri sau vătămări cauzatoare de moarte

3.1 Noțiune

Pentru existența acestei infrațiuni legea pretinde să fie îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a. Să se săvârșescă o acțiune sau inacțiune ce constituie latura obiectivă a infrațiunilor de lovire sau alte violențe (art. 180 Cod penal), vătămare corporală (art. 181 Cod penal) sau vătămare corporală gravă (art. 182 Cod penal);

b. Acțiunea sau inacțiunea făptuitorului să producă moartea unei persoane;

c. Să existe raport de cauzalitate între acțiunea sau inacțiunea făptuitorului și moartea victimei;

d. Să se realizeze forma de vinovăție a praeterintenției⁴.

¹ Vintilă Dongoroz și colab., ibidem p. 173

² Alexandru Boroi, ibidem, p. 75

³ Alexandru Boroi, ibidem, p. 83

⁴ Gheorghică Mateuț, Drept penal special, sinteză de teorie și practică judiciară, vol. I, p. 168-169

3.2 Conținutul constitutiv.

3.2.1 *Obiectul juridic special.* În cazul infracțiunii de lovituri sau vătămări cauzatoare de moarte obiectul juridic special îl constituie relațiile sociale ale căror normală desfășurare nu este posibilă fără ocrotirea persoanei și căreia săvârșirea actelor de lovire sau vătămare corporală, de natură a cauza moartea victimei, le aduce o vătămare corporală mai gravă¹.

3.2.2 *Obiectul material.* Constituie obiect material al infracțiunii de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte corpul victimei.

3.2.3 *Subiect activ.* Subiectul activ nemijlocit al acestei infracțiuni poate fi orice persoană. La săvârșirea acestei infracțiuni pot contribui și alți subiecți activi (instigatori, complici).

3.2.4 *Subiect pasiv.* Subiectul pasiv este necalificat, adică persoana fizică în viață. De asemenea pluralitatea de subiecți pasivi atrage reținerea unei pluralități de infracțiuni.

3.2.5 *Latura obiectivă.*

a. *Elementul material.* Infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte constituie o formă agravată a infracțiunii de lovire sau alte violențe, precum și a infracțiunii de vătămare corporală. Această infracțiune este prin rezultatul ei o formă de omucidere praeterintențională, pentru că rezultatul, respectiv moartea victimei, a depășit intenția făptuitorului, fiindu-i imputabilă numai cu titlu de de culpă.

b. *Urmarea imediată.* În cazul acestei infracțiuni constă în decesul victimei.

c. *Legătura de cauzalitate.* Între activitatea făptuitorului și moartea victimei trebuie să existe un raport de cauzalitate. Infracțiunea subzistă chiar dacă la activitatea făptuitorului s-au adăugat și alți factori, cum ar fi vârsta înaintată a victimei sau refuzul acesteia de a fi spitalizată².

3.2.6 *Latura subiectivă.* Este important de reținut faptul că infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte se săvârșește cu praeterintenție. Lovirea sau fapta prin care se vatămă victima se săvârșește cu intenție, iar rezultatul mai grav, moartea victimei are loc din culpa făptuitorului.

Culpa făptuitorului care caracterizează rezultatul mai grav trebuie dovedită la fel ca și intenția de lovire sau vătămare corporală, neputând fi prezumată³. Necesitatea stabilirii culpei ca element component în structura laturii subiective a infracțiunii de lovire sau vătămări cauzatoare de moarte este esențială pentru încadrarea faptei în această infracțiune, deoarece în lipsa acesteia răspunderea penală se stabilește după caz pentru lovire sau alte violențe (art. 180 Cod penal), pentru vătămare corporală (art. 181 Cod penal) sau pentru vătămare corporală gravă (art. 182 Cod penal)⁴.

În ipoteza în care se stabilește că făptuitorul se află în culpă fără prevedere față de moartea victimei, însă aceasta nu se suprapune pe intenție inițială de lovire sau de a produce vătămări corporale, fapta constituie infracțiunea de ucidere din culpă în concurs real cu prima. Dacă se va stabili că făptuitorul a acționat cu intenția de a ucide, iar nu cu cea de a lovi sau a produce vătămări corporale, va exista infracțiunea de omor și nu cea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte.

3.2.7 *Forme, modalități și sancțiuni.* Infracțiunea de lovituri sau vătămări cauzatoare de moarte este o infracțiune comisivă, dar care se poate săvârși nu numai prin activități pozitive, ci și

¹ Vintilă Dongoroz și colab., ibidem p. 228

² Vasile Dobrinou, Norel Neagu, ibidem p. 143

³ I. Dobrinescu, Infracțiuni care cuprind o formă complexă de vinovăție, în Justiția nouă, nr. 5/1961, p. 138

⁴ Gheorghță Mateuș, ibidem, p. 171

prin atitudini negative (omisiune). **Tentativa** la această infracțiune nu este posibilă, fiindcă rezultatul care califică fapta, adică moartea subiectului pasiv, incluzând culpa, se exclude de la sine tentativa care nu este posibilă în caz de culpă. Dacă în urma săvârșirii infracțiunii, nu s-a realizat urmarea imediată, respectiv decesul victimei, fapta va fi calificată, după caz, în raport cu fapta săvârșită: loviri sau alte violențe, vătămare corporală sau vătămare corporală gravă.

Infracțiunea pe care o analizăm fiind o faptă derivată din alte fapte: loviri, acte de violență, vătămări corporale, vătămări corporale grave, în mod firesc este susceptibilă de numeroase și variate **modalități** normative (în raport cu fapta care a produs rezultatul: loviri ușoare sau violențe grave) și faptice (în raport cu împrejurările în care s-a produs moartea victimei: starea anterioară de sănătate a victimei).

Infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte este **sanționată** cu pedeapsa închisorii de la 3 la 10 ani.

4. Delimitări între infracțiunea de omor și cea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte.

O primă delimitare între cele două infracțiuni rezultă din terminologia pe care legiuitorul o folosește. În cazul omorului se folosește expresia “uciderea unei persoane”, ceea ce denotă că acțiunea sau inacțiunea ce a condus la decesul victimei, în alte condiții sau împrejurări, este aptă a produce prin ea însăși rezultatul letal. În cazul lovirii sau vătămării cauzatoare de moarte, legiuitorul folosește expresia “dacă vreuna din faptele prevăzute în art. 180-182 Cod penal a avut ca urmare moartea victimei” deci avem pe de o parte, o lovire, iar pe de altă parte moartea, condiție specifică de existență a acestei infracțiuni, elementul său circumstanțial.

La infracțiunea de omor procesul este linear, în sensul unei legături imediate de la cauza primară la efect. Apreciem că în cazul concurenței unor cauze echivalente în determinismul decesului, acțiunea violentă va avea o relevanță juridică mai pronunțată, iar fapta va trebui încadrată la omor și nu la loviri sau vătămări cauzatoare de moarte¹.

La infracțiunea de lovituri sau vătămări cauzatoare de moarte acest proces ia forma unui traseu sinuos sau a unor trasee multiple și intersectate; rezultatul mai grav survine condiționat, și nu cauzat de leziunile inițiale.

În cazul ambelor infracțiuni rezultatul este același, decesul subiectului pasiv; rezultatele letale decurg deopotrivă, deși în măsuri diferite, dintr-un act heteroagresiv inițial cu rol de cauză, condiție ori împrejurare².

Dacă în nexul cauză primară – vătămare – moarte nu intervin verigi intermediare sub forma unor condiții preexistente, concomitente ori subsecvente, deci cauza primară fiind aptă și suficientă prin ea însăși a produce decesul, atunci efectul primar, vătămarea subiectului pasiv, este absorbit în mod natural de efectul secundar mai grav, decesul victimei, urmând ca fapta inculpatului să fie încadrată la omor, neputându-se reține culpa. În cazul unui astfel de raport de cauzalitate, agentul nu se poate prevala de preexistența sau apariția unor elemente pe care nu le-a prevăzut, deși trebuia și putea să le prevadă ori prevăzându-le, a socotit fără teme că nu se vor produce, pentru simplul fapt că ele nu mai ajung să îndeplinească în acest nex cauzal vreun rol de cauză sau condiție. De exemplu, în ipoteza survenirii morții ca urmare a unei puternice lovituri în cap, generatoare de traumatism cranio-cerebral cu dilacerare, este irelevant faptul că victima era în vârstă și suferindă, aceste elemente fiind extrinseci nexului cauzal, întrucât lovitura, prin intensitatea ei, ar fi avut același efect aplicată la o persoană mai tânără și viguroasă³.

Cu aceasta s-a răspuns și la întrebarea dacă se poate vorbi de moarte instantanee la loviturile cauzatoare de moarte, deci dacă acestea se pot constitui în infracțiuni spontane. Pentru a fi constituită infracțiunea de lovituri sau vătămări cauzatoare de moarte trebuie îndeplinită condiția cerută de

¹ Dianu Tiberiu, Loviturile sau vătămările cauzatoare de moarte, p. 20

² Ibidem

³ ibidem

Codul penal, în sensul de a se produce mai întâi urmările proprii ipotezelor prevăzute de art. 180-182 și apoi moartea.

În teoria și practica dreptului penal, s-a decis că infracțiunea de omor și cea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte se delimitează prin următoarele:

a. *Sub aspectul acțiunii sau inacțiunii infracționale.* Infracțiunea de omor, așa cum am mai menționat, constă în “uciderea unei persoane”, ceea ce înseamnă că acțiunea sau inacțiunea care a condus la decesul victimei trebuie să fie aptă să producă **eo ipso** în mod obișnuit rezultatul letal. Infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte constă în săvârșirea oricăreia din faptele prevăzute de art. 180-182 Cod penal care au avut ca urmare moartea victimei. În acest caz, acțiunea (lovirea sau vătămarea) nu provoacă în mod obișnuit, prin ea însăși, rezultatul letal, iar moartea este doar o condiție specifică de existență a acestei infracțiuni.

b. *Sub aspectul raportului de cauzalitate.* În cazul infracțiunii de omor, procesul causal este linear, în sensul că există o legătură imediată de la cauza primară la efect. În cazul infracțiunii de omor, factorul causal va fi chiar factorul declanșator constând în acțiunea sau inacțiunea inițială. În ipoteza infracțiunii de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte, cauzalitatea nu este liniară, fiind prezenți și alți factori cauzali care pot fi preexistenți, concomitenți sau ulteriori factorului traumatic declanșator.

În acest sens, instanța supremă¹ a decis că în cazul în care se va constata că nu există legătură causală directă între actele de violență și deces, încadrarea juridică va fi în infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte, fapta fiind săvârșită cu intenție depășită, iar dacă se va stabili că leziunile au fost consecința directă a lovirii victimei, încadrarea corectă a faptei este în infracțiunea de omor.

În cazul concurenței de cauze echivalente, dacă în determinismul decesului, fiecare cauză luată în mod independent ar putea produce rezultatul morții, fapta va trebui încadrată în infracțiunea de omor și în cea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte². Împrejurarea că loviturile aplicate de către inculpat cu pumnii și cu cureaua de ventilator au provocat victimei leziuni superficiale și numai lovirea cu capul de podea a favorizat apariția unui hematon subdural care, însă, nu a fost diagnosticat și tratat corespunzător în unitatea spitalicească, nu este de natură să atragă încadrarea juridică a faptei în infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte, întrucât nu întrerupe raportul de cauzalitate dintre fapta inculpatului și rezultatul survenit³. De asemenea, atunci când decesul victimei se datorează atât loviturilor aplicate de inculpat cât și leziunilor cauzate prin cădere sa, toate înscriindu-se în raportul de cauzalitate al morții, fapta inculpatului reprezintă infracțiunea de omor și nu cea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte, dacă se constată că loviturile aplicate de inculpat au fost realizate cu intenția de a ucide⁴.

Stabilirea raportului de cauzalitate va trebui să conțină și rezolvarea situațiilor referitoare la:

i. Distincția dintre loviturile mortale de cele nemortale (cât timp pot aduce precizări ce privesc prezența intanției sau a culpei pentru rezultatul mai grav);

ii. Distincția dintre lovituri directe mortale (care probează intanția de a ucide) de cele condiționate mortale; loviturile nemortale nu exclud însă *a priori* intanția pentru rezultatul mai grav, atunci când există elemente certe care o probează;

iii. Stabilirea ponderii factorilor concurenți în măsura în care au determinat moartea victimei⁵.

c. *Sub aspectul poziției psihice a infractorului în momentul săvârșirii faptei.* Infracțiunea de omor se săvârșește cu intenție (directă sau indirectă) iar infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte, cu praeterintenție (intenție depășită).

¹ Tribunalul Suprem în componența prev. De art. 39 alin. 2 și 3 din Legea pentru organizarea judecătorească, decizia nr. 37/7.05.1984 în “Revista Română de Drept”, nr. 4/1985, p. 68-69

² Dianu Tiberiu, *ibidem*

³ Curtea Supremă de Justiție, secția penală, decizia nr. 2097/5.10.92, în “Dreptul”, nr. 5-6/1993, p. 141

⁴ Tiberiu Dianu, *ibidem*, p. 78

⁵ *Ibidem*, p. 24

În stabilirea poziției subiective a inculpatului, trebuie avute în vedere mai multe elemente, cum sunt:

- vârsta victimei;
- poziția victimei față de inculpat¹;
- cunoașterea de către făptuitor de care suferea victima etc².

La stabilirea intenției făptuitorului se pot lua în considerare nu numai elemente izolate, cum ar fi instrumentul cu care s-a lovit și intensitatea loviturii, ci și alte elemente din care se poate deduce poziția subiectivă a făptuitorului, cum sunt raporturile anterioare dintre subiectul activ și cel pasiv, comportamentul pe care l-a avut făptuitorul față de victimă după săvârșirea infracțiunii, în cazul în care nu a decedat, sau declarațiile judiciare și extrajudiciare ale făptuitorului³.

5. Concluzii

Din analiza infracțiunilor de omor și loviri sau vătămări cauzatoare de moarte am observat că deși cele două infracțiuni au aceeași urmare imediată, același rezultat și anume moartea victimei sunt două infracțiuni ce se deosebesc din multe puncte de vedere.

Începând de la acțiunea sau inacțiunea subiectului activ, și până la diferiți factori care influențează rezultatul ce reiese din activitatea prevăzută în legea penală, am stabilit prin ce se diferențiază cele două fapte. Prin analiza lor separată am expus elementele constitutive ale fiecărei infracțiuni în parte pentru a avea o vedere în ansamblu și de a pricepe ce le delimitează sau ce le lipsesc pentru a avea un rezultat mai grav sau mai puțin grav.

Referințe bibliografice:

- **Alexandru Boroș, Infracțiuni contra vieții, Editura Național, 1996;**
- **Mihail Udroui, Fișe de drept penal, partea specială, Editura Universul Juridic, 2012;**
- **Vintilă Dongoroz și colab., Explicații teoretice ale codului penal, vol. III, Editura All Beck, 2003;**
- **Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept penal partea specială, Editura Wolters Kluwer, 2008;**
- **Ovidiu Predescu, Angela Hărăstășanu, Drept penal, partea specială, Examinare comparativă Codul penal - Noul Cod penal, Editura Universul Juridic, 2012;**
- **Gheorghită Mateuș, Drept penal special, sinteză de teorie și practică judiciară, vol. I, Editura Lumina Lex, 1999;**
- **I. Dobrinescu, Infracțiuni care cuprind o formă complexă de vinovăție, „Justiția nouă”, nr. 5/1961**
- **Dianu Tiberiu, Loviturile sau vătămrile cauzatoare de moarte, Editura Lumina Lex, 1996;**
- **Gheorghită Mateuș, Distincția dintre infracțiunea de omor și alte infracțiuni, Revista de drept penal, anul VII, nr.1 /2000**

¹ Curtea Supremă de Justiție, Secția penală, dec. 1042/1990 în “Dreptul” nr. 12/1991, p. 104. S-a decis că fapta inculpatului de a fi aruncat cu intensitate marită o bucată de fier asupra unui grup de copii, lovind pe unul dintre aceștia în cap, ceea ce i-a provocat moartea, constituie infracțiunea de omor și nu cea de loviri cauzatoare de moarte, deoarece el putea să-și dea seama că folosind bucata de fier, în condițiile arătate putea să-l lovească pe unul dintre copii într-o zonă vitală a corpului, provocându-i astfel moartea. Ca urmare, acceptând acest rezultat, înseamnă că a acționat cu intenție, nu din culpă, neputându-se reține infracțiunea de loviri sau vătămări cauzatoare de moarte.

² Gheorghită Mateuș, ibidem, p. 79

³ Ibidem

INCRIMINAREA URMĂRILOR FAPTEI DE ÎNCREDINȚARE A UNUI AUTOVEHICUL UNEI PERSOANE NEPOSESOARE DE CARNET DE CONDUCERE

Ioana-Cristina DEDU

INTRODUCERE:

Infrațiunile rutiere și cele în legătură cu regimul circulației pe drumurile publice au, din păcate, o frecvență crescută proporțional cu numărul de conducători auto. Cauzele acestor accidente, astfel cum sunt numite în mod uzual, variază în funcție de forma de vinovăție cu care este săvârșită fapta, de la cea mai mică culpă, culpa levissima, până la consumul excesiv de alcool care evidențiază o atitudine de voită desconsiderare în ceea ce privește respectarea regulilor stabilite pentru circulația pe drumurile publice. Actele normative aplicabile în cazul acestor infrațiuni sunt O.U.G. nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice și Regulamentul de aplicare a acesteia, aprobat prin H.G. nr. 1391/2006. Am ales să ne aplecăm atenția asupra art. 86, alin. (3), articol ce sancționează “persoana care încredințează cu știință un autovehicul sau tramvai, pentru conducerea pe drumurile publice unei persoane care se află în una dintre situațiile prevăzute la alin. (1) sau (2) sau unei persoane care suferă de o boală psihică ori se află sub influența alcoolului sau a unor produse ori substanțe stupefiante sau a medicamentelor cu efecte similar acestora”. Primul alineat al aceluiași articol incriminează fapta persoanei care nu posedă permis de a conduce pe drumurile publice a unui autovehicul ori a unui tramvai, iar cel de-al doilea se referă la fapta persoanei de a conduce pe drumurile publice un autovehicul sau un tramvai având un permis de conducere necorespunzător categoriei sau subcategoriei din care face parte vehiculul respectiv sau căreia permisul i-a fost retras sau anulat ori căreia exercitarea dreptului de a conduce i-a fost suspendată sau căreia îi lipsește dreptul de a conduce autovehicule în România. Pedepsa aplicabilă pentru infracțiunea prevăzută în alin. (3) este închisoarea de la 6 luni la 3 ani sau amenda.

Acest studiu își propune să prezinte câteva raționamente potrivit cărora fapta persoanei care încredințează un autoturism unei persoane despre care cunoaște faptul că nu posedă carnet de conducere să nu scape de represiunea penală aferentă unei asemenea atingeri aduse relațiilor sociale ocrotite de legea penală. Legislația în vigoare împiedică, într-o anumită măsură, sancționarea pentru faptă mai gravă, fapta care nu ar trebui, în spiritul legii, să scape de represiune. Însă există câteva probleme ridicate în doctrina penală care împiedică sancționarea acesteia, probleme pe care le vom analiza în continuare: raportul de cauzalitate, formă de vinovăție, teoria infracțiunii progresive, existența participăției penale. Primele două trebuie identificate și reținute, știut fiind faptul că lipsa unuia dintre elementele constitutive ale infracțiunii conduce la inexistența infracțiunii, implicit la aplicarea art. 11 pct. 2 lit. a raportat la art. 10 lit. d C. Proc. Pen, adică pronunțarea de către instanță a achitării inculpatului. Celelalte două constituie o posibilă încadrare juridică care depășește sfera faptei de încredințare. Vom prezenta, de asemenea, două spete din practica judiciară care ne vor ajuta în analiza întreprinsă în sensul incriminării urmării mai grave produse prin acțiunea de încredințare.

CUPRINS:

Prima speță ce urmează a fi trecută prin diversele ipoteze de lucru se referă la fapta inculpatului care a oprit tractorul în fața locuinței unui consătean, unde, împreună cu coindicatul, a consumat o cantitate de băuturi alcoolice. La plecare, a încredințat tractorul celui alt inculpat care, fiind în stare de ebrietate și neposedând permis de conducere, a pierdut controlul volanului, a intrat cu tractorul în șanțul aflat la marginea drumului unde a surprins un copil, pe care l-a strivit; la scurt timp după producerea accidentului, victima a decedat. În această speță, Tribunal Suprem a încadrat fapta inculpatului care a încredințat tractorul persoanei fără permis de conducere în infracțiunea

prevăzută de art. 86, alin. (3) și în infracțiunea prevăzută de art. 178 C. Pen. privind uciderea din culpă. Cea de-a doua speță pe care o găsim utilă analizei noastre se referă la fapta inculpatei M. C. T. de a împrumuta autoturismul său lui P. V., deși cunoștea ca acesta, fiind minor la acea dată, nu este posesor de permis de conducere. P. V. a provocat un accident de circulație a cărui victimă a suferit grave leziuni corporale.¹

În continuare, primul aspect despre care vom vorbi este raportul de cauzalitate, legătura stabilită între acțiunea sau inacțiunea specifică infracțiunii de vătămare corporală din culpă sau ucidere din culpă și finalitatea rezultată din această. Specificul raportului de cauzalitate în dreptul penal constă în faptul că întotdeauna cauza care declanșează efectul trebuie să fie urmare a unei activități ilicite desfășurate de o persoană fizică sau juridică². De-a lungul timpului au fost enunțate diferite teorii care au avut ca scop găsirea unui criteriu în baza căruia să poată fi realizată această legătură. În cursul studiului științei penale au fost dezvoltate atât curente moniste, care își concentrează atenția asupra existenței unei singure cauze, cât și curente pluraliste, care urmăresc a incrimina toate sau unele dintre cauzele care au dus la producerea rezultatului vătămător, așa-numitul concurs de cauze său antecedenta cauzală complexă.

Una dintre teoriile curentului monist o constituie teoria cauzei eficiente, și anume acea cauză care apare a fi contribuit precumpănitor la producerea rezultatului. Acestei teorii i se poate reproșa faptul că este considerată cauză doar acea acțiune cu cel mai mare grad de contribuție în realizarea urmării imediate. O altă teorie a curentului monist este aceea a cauzei proximale, teorie ce incriminează fapta cea mai apropiată de momentul realizării rezultatului vătămător. Neajunsul acestei teorii se regăsește în faptul că nu se ține seama de intensitatea contribuțiilor, unele dintre acestea, deși anterioare, putând însemna contribuții preponderente în producerea vătămării. În consecință, considerăm ca aceste teorii ar conduce doar la sancționarea faptei conducătorului, iar nu și a persoanei care a încredințat autovehiculul, în exemplele date de noi, doar fapta conducătorului neautorizat de tractor și cea a persoanei minore căreia i s-a încredințat autovehiculul. Așa cum am precizat înainte, nu putem concepe rămânerea în afara represiunii penale a unei contribuții la fapta de vătămare corporală sau de ucidere, având în vedere că fără acea contribuție a persoanei care a încredințat autovehiculul unei persoane neposesoare de carnet, rezultatul vătămător nu ar fi fost incident. De aceea, în continuare vom prezenta două dintre teoriile curentului pluralist și ne vom opri asupra uneia dintre ele, ca făcând parte din rezolvarea propusă de noi acestui impas juridic.

Teoria imputabilității obiective, teorie aparținând curentului pluralist, care ne aduce în atenție faptul că nu orice contribuție, chiar dacă face parte din acțiunile sau inacțiunile care au dus la producerea rezultatului, trebuie să primească o sancțiune penală. La acest mod de rezolvare a problematicii raportului de cauzalitate se ajunge prin cercetarea voinței legiuitorului. Astfel, se urmăresc a fi incriminate doar acele acțiuni sau inacțiuni prevăzute în norma penală, doar acelea fiind susceptibile de a realiza latura obiectivă a infracțiunii. Conform acestei teorii, trebuie să excludem de la represiune penală acele acțiuni care nu sunt specifice infracțiunii respective, norma nefiind menită a incrimina și alte acțiuni care au dus la producerea rezultatului periculos. În oglinda faptei de această teorie avem teoria condiției sine qua non, teorie pluralistă, aparținând penalistului german Von Buri, acesta inițiind-o în anul 1860. Aceasta implică existența unui concurs de cauze care au dus la rezultatul vătămător, rezultat care nu s-ar fi produs fără intervenția a mai multor făptuitori. O singură acțiune sau inacțiune dintre cele existente nu ar fi putut conduce, în lipsa celorlalte, la realizarea urmării imediate și trebuie considerată cauză orice condiție premergătoare fără de care rezultatul nu s-ar fi produs. Toate împrejurările care au precedat rezultatul “sunt deopotrivă cauze ale acestuia, sunt echivalente cu cauza, oricare ar fi contribuția adusă de fiecare la producerea lui, de unde și denumirea

¹ Spețe prezentate în lucrarea domnilor profesori Mihai Adrian Hotca și Maxim Dobrinou – Infracțiuni prevăzute în legi speciale, Comentarii și explicații, ediția a 2-a, ed. C. H. Beck 2010, pag. 409-501.

² Traian Dima – Drept penal, Partea generală, ediția a II-a, ed. Hamangiu 2007, pag. 183.

de teoria echivalenței condițiilor.¹ Folosind această interpretare, descoperim că urmărirea imediată și anume cauzarea de leziuni părții vătămate și în cazul celei de-a doua spețe, moartea victimei a putut apărea din cauza, pe de-o parte, a neprețurii în conducerea pe drumurile publice, iar pe de altă parte din cauza încredințării vehiculului unei persoane care nu posedă carnet de conducere, deci inaport a desfășura această activitate reglementată de lege. Aceasta este teoria pe care o îmbrățișăm și pe care o considerăm potrivită în cursul analizei noastre.²

Un alt aspect asupra căruia dorim să ne aplecăm atenția este latura subiectivă a infracțiunii, și anume formă de vinovăție cu care a acționat persoana care a încredințat autovehiculul. În ceea ce privește primul rezultat, crearea unei stări de pericol, este evident că formă de vinovăție constă în intenție. În accepțiunea noastră aceasta se prezintă sub forma intenției indirecte, persoană a prevăzut rezultatul, crearea unei stări de pericol, dar nu a urmărit producerea acestuia. Însă în privința celei de-a doua urmări, vătămarea corporală sau uciderea persoanei vătămate, nu se poate reține în sarcina făptuitorului altă formă de vinovăție în afară de culpă. În acest punct avem două alternative: să considerăm cele două infracțiuni ca entități diferite, acestea fiind săvârșite fiecare cu câte o formă de vinovăție, sau putem apela la creația doctrinei, îmbrățișată, de altfel, în Noul Cod Penal, și anume formă de vinovăție a praeterintenției. Această ipoteză conduce la uniformizarea contribuțiilor și la crearea unei singure infracțiuni, care a produs două rezultate, unul intenționat, încredințarea autovehiculului, și unul neintenționat, culpos, și anume vătămarea sau uciderea unei persoane. O astfel de unificare este realizată, însă, doar de către legiuitor, sub forma agravantelor praeterintentionate, de exemplu în cazul violului urmat de moartea sau sinuciderea victimei sau al vătămării corporale grave care a pus viața victimei în primejdie etc. Se poate trage concluzia că, din moment ce nu există text expres de lege care să incrimineze fapta distinct, că o faptă praeterintentionată ce a condus la vătămarea sau moartea victimei, nu putem reține această formă de vinovăție. În schimb, în contextul actual, putem accepta dualitatea de forme de vinovăție și încadrarea faptei deținătorului de tractor și a deținătoarei de autovehicul în două infracțiuni distincte, reținute în concurs ideal, săvârșite prin acțiunea unică de încredințare a autovehiculului.

În legătură cu cea de-a doua speță, prima instanță a pronunțat achitarea inculpatei M.C.T., cu motivarea că între fapta sa de a-i fi încredințat mașina lui P.V. și rezultatul produs, și anume cauzarea de leziuni corporale părții vătămate, nu există raport de cauzalitate. Considerăm, în consonanță cu instanță competentă de a judeca calea de atac, că recursul procurorului este fondat. Instanța a motivat că inculpata putea și trebuia să aibă reprezentarea tuturor consecințelor posibile, inclusiv accidentarea unei persoane, asumându-și în mod conștient acest risc. Se poate observa că instanța a susținut existență atât a raportului de cauzalitate între faptă de încredințare a autovehiculului unei persoane nepesoare de carnet, cât și existența unui element subiectiv similar culpei.

Al treilea aspect pe care dorim să-l supunem atenției este posibilitatea încadrării faptei încredințatorului în vreuna dintre formele de participație penală cunoscute. Ne raliem opiniei conform căreia nu poate exista coautorat în cazul infracțiunilor săvârșite din culpă³. Însă, chiar dacă am admite această teză, nu ar fi întrunite cumulativ condițiile coautoratului în cazul spețelor în discuție. Din definiția legală a autorului, și anume “persoană care săvârșește în mod nemijlocit fapta prevăzută de legea penală” se poate desprinde noțiunea coautoratului. Astfel, coautoratul se regăsește în situația în care două sau mai multe persoane săvârșesc acte de executare nemijlocite în vederea realizării elementului material prescriș în norma de incriminare. Însă subiectul activ al infracțiunii prevăzute în art. 86 alineatul 3 nu săvârșește acte de executare specifice elementului material al uciderii din culpă sau al vătămării corporale din culpă, acesta doar “încredințează cu știința un autovehicul sau tramvai, petru conducerea pe drumurile publice, unei persoane” care fie nu posedă

¹ C. Bulai, Instituii de drept penal- curs selectiv pentru examenul de licență 2006-2007, Ed. Trei, București 2006, pag. 181

² Traian Dima – op. cit. pag. 186-187.

³ A. Ungureanu, Drept penal roman. Partea generală, București, 1995, pag. 127.

permis de conducere, fie poseda permis, însă acesta este inadecvat. În concluzie, coautoratul nu subzista în spețele analizate. Astfel, singurele forme acceptate în cazul infracțiunilor săvârșite din culpă de către autor sunt instigarea și complicitatea, însă acestea pot fi săvârșite numai cu intenție. Complicitatea la care ne referim este cea materială, persoană care a încredințat autovehiculul procurându-i autorului mijlocul prin care a putut săvârși infracțiunea, și anume vehiculul. În consecință, am putea avea de-a face cu o participație improprie, complicele, persoană care înlesnește săvârșirea faptei, acționând cu intenția indirectă de a crea o stare de pericol pentru regimul circulației pe drumurile publice. Însă atât autorul cât și presupusul complice au o poziție subiectivă similară culpei în ceea ce privește rezultatul mai grav produs. După cum știm, nu se poate percepe o complicitate comisă din culpă, această formă secundară de participație penală putând fi comisă doar cu intenție. În consecință, urmează a-i considera autori ai unor infracțiuni diferite.

Al patrulea punct pe care dorim să-l atingem în cursul studiului de față îl reprezintă posibilitatea încadrării faptei în sfera infracțiunii progresive. Însă există, pe lângă piedica legislativă, datorată lipsei prevederii unei circumstanțe agravante în cadrul art. 86 alin. (3) său a unui recurs în interesul legii care să aibă menirea de a crea posibilitatea sancționării mai drastic a faptei care a avut urmări culpoase, o altă piedică, de natură doctrinară, reprezentată de trăsăturile infracțiunii progresive. Infracțiunea progresivă este acea infracțiune a cărei latura obiectivă continua să producă urmări după momentul consumării, fie prin producerea altor rezultate, fie prin agravarea rezultatului deja produs, urmări asupra cărora făptuitorul nu intervine. În viziunea noastră, acțiunea făptuitorului de a încredința vehiculul unei persoane fără permis este susceptibilă de a produce modificări la nivelul urmării imediate. Domnul profesor Traian Dima considera¹ că sunt excluse din categoria infracțiunilor progressive infracțiunile de pericol cât și infracțiunile al căror rezultat material nu are un caracter variabil. Infracțiunea de încredințare a vehiculului unei persoane neposesoare de permis de conducere este o infracțiune de pericol, urmărirea imediată constând în crearea unei stări de pericol privind circulația pe drumurile publice. Însă ce se întâmplă dacă se și produce un rezultat referitor la acea stare de pericol? Este cunoscut faptul că raportul de cauzalitate în cazul infracțiunilor de pericol rezultă ex re, din materialitatea faptei, netrebuind a se demonstra. Într-adevăr, infracțiunea de încredințare subzista indiferent de producerea unui rezultat, fapta consumându-se la momentul încredințării. Însă se pune întrebarea dacă fapta este susceptibilă de un moment al epuizării. Ce se poate reține în situație în care prin acțiunea de încredințare se ajunge la un alt rezultat, prescris printr-o altă norma de incriminare? În mod uzual, legiuitorul nu condiționează existența infracțiunilor de producerea unui rezultat. Însă dacă acesta s-a și produs, legiuitorul a înțeles să incrimineze fapta distinct, aceasta prezentând în mod evident un grad de pericol social mai ridicat. Astfel este cazul infracțiunii de corupție sexuale²: “dacă faptele prevăzute în alin. (1) și (2) au fost săvârșite în scopul producerii de materiale pornografice, maximul special al pedepsei se majorează cu 2 ani.” Însă în ipoteza în care acele materiale pornografice s-au și produs, fapta va fi încadrată în infracțiunea prevăzută în art. 18 din Legea nr. 678/2001³. Acestea fiind spuse, considerăm că o inițiativă legislativă în acest sens ar aduce, pe de-o parte, lumina în cadrul politicii penale referitoare la represiunea în cazul acelor urmări culpoase, iar pe de altă parte ar uniformiza practică judiciară.

CONCLUZII:

Ratiunea pentru care găsim potrivită aplicarea unei pedepse corespunzătoare infracțiunii mai grave o constituie pluralitatea de valori vătămăte prin acțiunea făptuitorului în cazul săvârșirii de către persoana, conducător auto neautorizat, a unei alte infracțiuni în legătură cu circulația pe drumurile publice. Acele valori nu se mai limitează la regimul stabilit de lege pentru anumite activități, ci se aduce atingere sănătății, integrității corporale și uneori chiar vieții unei persoane.

¹ Traian Dima – op. cit., pag. 266.

² Art. 202, alin. 2¹, Cod Penal.

³ Mihail Udrouiu – Drept penal, Partea generală. Partea specială, ed. C. H. Beck 2010, pag. 257.

Infrațiunea prevăzută în art. 86, alin (3) al O.U.G. 195/2002 poate fi considerată ca având un pericol social redus, atunci când prin săvârșirea faptei singurul rezultat este crearea unei stări de pericol pentru regimul circulației pe drumurile publice. Însă atunci când acțiunea de încredințare își găsește și o altă finalitate, în sensul că urmărea imediată constă într-o vătămare corporală din culpă sau o ucidere din culpă, faptei îi crește gradul pe pericol, impunându-se o represiune mai energică. În momentul în care am analizat existența raportului de cauzalitate dintre acțiunea făptuitorului, și anume aceea de încredințare și urmărea imediată produsă în cazul infracțiunilor prevăzute în art. 178 și art. 184 Cod Penal, am descoperit că acesta se reține, conform teoriei cauzei sine qua non. Fără intervenția făptuitorului, vătămarea sau moartea nu s-ar fi putut produce în mod obiectiv. De aceea considerăm că actul de conduită ilicit nu trebuie să rămână în afara represiunii penale aferente unei asemenea fapte. Relațiile sociale ocrotite de legea penală privind sanatarea, integritatea și în cele din urmă viața persoanei au fost grav vătămăte prin acțiunea persoanei care a încredințat autovehiculul, acesta având în mod clar o poziție subiectivă similară culpei, ori în formă ușurinței, ori în formă neglijenței, lucru ce face posibilă sancționarea acestuia potrivit regulilor privitoare la concursul de infracțiuni.

Dacă în prezent, incriminarea urmării mai grave produse rămâne la latitudinea fiecărei instanțe de judecată, în viitor această situație controversată de drept ar trebui reglementată, fie de către legiuitor, fie de către instanță supremă, printr-un recurs în interesul legii. De aceea ne permitem să avansăm o propunere de lege ferenda, considerând că fapta incredintatorului care a produs consecințe mai grave decât crearea unei stări de pericol ar trebui să se cuprindă în sfera infracțiunii progresive, aceasta prezentând cele mai multe similitudini cu viziunea noastră despre această faptă, putându-se observa că primul rezultat al acțiunii este intenționat, iar cel de-al doilea, mai grav, culpos.

Bibliografie:

- Mihai Adrian Hotca și Maxim Dobrinoiu – Infrațiuni prevăzute în legi speciale, Comentarii și explicații, ediția a 2-a, ed. C. H. Beck
- Traian Dima – Drept penal, Partea generală, ediția a II-a, ed. Hamangiu 2007
- Mihail Udroui – Drept penal, Partea generală. Partea specială, ed. C. H. Beck 2010
- A. Ungureanu, Drept penal roman. Partea generală, București, 1995
- Codul Penal.

CERȘETORII – INFRACTORI SAU OAMENI NORMALI?

Nicușor TUDOR¹
Ruxandra - Mihaela POPA²

Abstract

Dostoyevsky wrote in " Crime and Punishment" as" [...] poverty is not a vice, it is a truth [...]"

Customary social reality, beggars are a particular social group that inspired both fiction writers, journalists and last but not least they have become a source of contemporary research scientists (sociologists, anthropologists, psychologists, etc.).

This criminal activity has gained momentum in recent years due to the integration of Romania into the European Union, beggars taking by storm other EU cities. Thus, our country reached a defamatory light compared to other EU countries.

This paper aims to present important aspects of the offense of begging and by comparing the differences and similarities between current and future criminal code and penal codes from other countries.

Cuvinte-cheie: cerșetorii, activitate infracțională, Uniunea Europeană, Codul penal, sărăcia.

Introducere

Civilizațiile europene cât și cele asiatice au reprezentări dintre cele mai interesante cu privire la cerșetorii. Cert este că fenomenul cerșetoriei a apărut și s-a dezvoltat odată cu fenomenul urbanizării. Nu e nevoie de un studiu pentru a se vedea ca cerșetorii sunt mult mai prezenți la oraș decât la sate. Acolo unde sunt mari aglomerații urbane se regăsesc și cerșetorii (a se vedea exemplul Montrealului, care în ciuda faptului că este un oraș cu un standard de viață foarte ridicat, are un număr foarte mare de cerșetorii). Este lesne să ne imaginăm că odată cu apariția primelor orașe pe mapamond (Tirul Sidonului, Ur, Babilon și mai apoi cele de tip *civitas* specifice lumii grecești), au apărut și cerșetorii.

În sprijinul acestei idei, conform căreia acolo unde există mai mulți oameni ce conviețuiesc, sau acolo unde se regăsește un trafic intens, există și cerșetorii. Nu de puține ori, persoane apte de muncă aleg acest stil de viață, datorită unor preferințe și valori (sau antivalori mai bine zise) la care aceștia subscriu, de unde și eșecul unor instituții și organizații nonguvernamentale în a integra în societate aceste persoane.

Stilul acesta de viață care implica traiul în sărăcie, un nivel de trai scăzut, satisfacerea nevoilor prin apelul la mila oamenilor, este cel care ne interesează în vederea elaborării acestui studiu. De asemenea conținutul acestei infracțiuni prevăzute de Codul penal român și care sunt cauzele care îi conduc pe unii oameni să apeleze la asemenea practici.

Schimbare a moravurilor? Schimbare a condițiilor sociale, economice și politice, care au motivat adoptarea legilor? Nepăsarea cetățenilor ori neputința autorităților, ori câte puțin din toate?

¹ Student, Facultatea de Drept Universitatea " Nicolae Titulescu " (email: ricky_ticky_toc2006@yahoo.com).

² Student, Facultatea de Drept Universitatea " Nicolae Titulescu " din București (email: ruxxa_ndra@yahoo.com).

Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof. univ. dr. Vasile Dobrinou și Asist. univ. dr. Jipa Alexandra Cristina (alexandrajipa@gmail.com).

1. Istoricul cerșetoriei în dreptul românesc. Terminologie.

Nelipsiți în realitatea socială, cerșetorii sunt o categorie socială aparte care a inspirat deopotrivă scriitorii de beletristică, jurnaliștii și nu în ultimul rând aceștia au devenit izvor de cercetare pentru oamenii de știință contemporani (sociologi, antropologi, psihologi etc.).¹

Atât în istoria mondială cât și în cea românească regăsim nenumarate referiri cu privire la cerșetori. Poate din punctul nostru de vedere, una dintre cele mai interesante povestiri despre cerșetori este povestea filosofului grec Diogene din Sinope (cca. 412 î. Hr. - 322 î. Hr).²

În ceea ce privește cerșetoria, Codul penal de la 1864 incrimina doar răpirea prin amăgire sau violența a unei persoane mai mici de 16 ani spre a o întrebuița să cerșească (art. 283).

În 1921 prevederile Codului penal din 1864 sunt modificate prin Legea cerșetoriei și a vagabondajului din 9 iulie cunoscută sub denumirea de Legea Trancu-Iași, după numele ministrului care a propus-o, deși redactarea ei aparține marelui jurist D. Alexandresco.³

Cerșetorii sunt definiți acei care în mod obișnuit fac apel la caritatea publică, deși ar avea mijloace de existență sau capacitate de a munci. Declararea ca cerșetor sau vagabond se putea face doar de către instanța de judecată cu condiția ca persoana în cauză să fi împlinit 10 ani.

Codul penal din 1968 reglementează cele 2 infracțiuni în Titlul IX, Cap. IV- „Alte infracțiuni care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială.

Cerșetoria (art. 326) este definită ca fiind fapta persoanei care, având capacitatea de a munci, apelează în mod repetat la mila publicului, cerând ajutor material.⁴

Astăzi, din păcate imaginea cerșetorilor a suferit mutații de nedorit. În România, fenomenul a devenit patologic, după opinia multora dintre reprezentanții instituțiilor statului, dar și ale unor jurnaliști. Inițiative precum recensământul cerșetorilor sau unele legi care nu fac parte dintr-o politică unitară prin care să se combată fenomenul. Există unele organizații nonguvernamentale care susțin că cerșetoria este cauzată, în primul rând de sărăcie. Nimic nu este mai adevărat, însă integrarea în societate a cerșetorilor nu se poate face doar prin politici care se axează pe combaterea problemelor și nevoilor acestor persoane. Nu puține au fost cazurile în care cerșetorii au fost recuperați de pe stradă și, în ciuda faptului că s-a făcut tot ceea ce este uman posibil pentru integrarea socială a acestora (li s-au oferit locuri de muncă, locuințe, posibilitatea urmării unei școli etc.), după un anumit timp, s-au întors la cerșit. Nici amendarea cerșetorilor nu pare a fi o soluție de vreme ce acești cerșetori, imediat ce părăsesc secția de poliție unde au fost identificați și li s-a aplicat măsura contravențională, se întorc imediat în stradă unde își reiau ocupația și stilul de viață.⁵

Cerșitul sau **cerșetoria** este strângerea de pomeni ca mijloc de existență. O persoană care practică cerșitul în mod regulat se numește **cerșetor**.⁶

De asemenea, cerșetorii pot fi întâlniți în mare număr preponderent în statele slab dezvoltate. Cauzele cerșetoriei sunt multiple: șomaj, incapacitatea de a munci cauzată de un handicap, lipsa de venituri la bătrânețe, lene, sau (rareori) refuzul de a primi ajutor social.⁷

Astfel, viața de cerșetor poate fi aleasă de bună voie, având propria sa onoare în cazul unor ordine religioase din Europa apuseană sau din Orientul îndepărtat.⁸

În legislația din România, cerșetoria este definită ca *apelarea, în mod repetat, la mila publicului, de către o persoană aptă de muncă*.⁹

¹ <http://www.scribd.com/doc/37239649/Cerșetori>.

² <http://www.scribd.com/doc/37239649/Cerșetori>.

³ http://www.monitorulsb.ro/cms/site/m_sb/news/certati_cu_legea_20335.html.

⁴ Revista Dreptul, nr. 8/1999, pag 58.

⁵ http://www.monitorulsb.ro/cms/site/m_sb/news/certati_cu_legea_20335.html.

⁶ <http://ro.wikipedia.org/wiki/Cer%C8%99it>.

⁷ <http://ro.wikipedia.org/wiki/Cer%C8%99it>.

⁸ <http://ro.wikipedia.org/wiki/Cer%C8%99it>.

⁹ Articolul nr. 3, punctul 3, din Legea nr. 61 rep., din 27 septembrie 1991 pentru sancționarea faptelor de încălcare a unor norme de conviețuire socială, a ordinii și liniștii publice.

Conform Codului Penal al României, cerșetoria este infracțiune. Infracțiune care face parte din grupul infracțiunilor care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială, înscrise în cap. IV, titlul IX, art. 326 C. pen., partea specială.

Potrivit **art.326 C.pen.**, cerșetoria constă în *fapta persoanei care având capacitate de a munci, apelează în mod repetat la mila publicului cerând ajutor material.*¹

Infracțiunea de cerșetorie se pedepsește cu închisoarea de la o lună la 3 ani. Acțiunea penală pentru infracțiunea de cerșetorie se pune în mișcare din oficiu.

Un exemplu în acest sens este următorul: „*a comis această infracțiune inculpatul care deși avea capacitatea de a munci, a apelat în mod repetat la mila publicului cerând ajutor material în două localități din țară în aceeași perioadă de timp*”.²

În cazul infracțiunii de cerșetorie avem ca subiect activ „*orice persoană care are capacitatea de a munci*”. Astfel, dacă o persoană nu are capacitatea de a munci, ea nu va putea fi subiect al infracțiunii. În acest sens, s-a considerat că nu poate fi subiect al infracțiunii de cerșetorie minorul în vârstă de la 14 la 16 ani, deoarece potrivit dispozițiilor legale, el nu are capacitate integrală de a munci. Infracțiunea se comite în persoană proprie.³

Minorul dacă săvârșește infracțiunea de cerșetorie are o reglementare ce se regăsește în legislația penală română, dar nu în Codul penal, ci în Legea nr.272/2004⁴ privind protecția și promovarea drepturilor copilului, publicată în M.of. nr.557 din 23 iunie 2004. Astfel, potrivit art. 132, îndemnul ori înlesnirea practicării cerșetoriei de către un minor sau tragerea de foloase de pe urma practicării cerșetoriei de către un minor se pedepsește cu închisoare de la 1 la 3 ani. Recrutarea ori constrângerea unui minor la cerșetorie se pedepsește cu închisoarea de la 1 la 5 ani. Dacă fapta prevăzută la alin.(1) și alin.(2) este săvârșită de un părinte sau de reprezentantul legal al minorului, pedeapsa este închisoarea de la 2 la 5 ani, pentru fapta prevăzută la alin.(1) și de la 2 la 7 ani și interzicerea unor drepturi, pentru fapta prevăzută la alin.(2). Potrivit, art.133⁵, *fapta părintelui sau a reprezentantului legal al unui copil de a se folosi de acesta pentru a apela în mod repetat la mila publicului, cerând ajutor financiar sau material, se pedepsește cu închisoarea de la 1 la 5 ani și interzicerea unor drepturi.*

În ciuda scopului urmărit prin inițiativa legislativă de a ne alinia la „standardele europene de civilizație”, motivarea ratează complet identificarea acestora. Tendința europeană în materie penală este de dezincriminare atât a infracțiunilor de cerșetorie, cât și a celor de vagabondaj. În Franța, scoaterea celor două din domeniul penal s-a făcut în 1994, în Irlanda legea de incriminare a cerșitului a fost declarată neconstituțională în 2007, iar noua lege irlandeză urmărește doar reprimarea cerșitului agresiv realizat prin intimidări sau cel realizat în formă organizată, la fel și legea germană. În legislația română dezincriminarea a avut loc doar în privința vagabondajului în 2005-2006, iar următorul pas este prevăzut în Noul Cod Penal care, în același scop al alinierii la legislația europeană în materie penală, vizează dezincriminarea infracțiunii de cerșetorie, propunând în același timp incriminarea faptelor de exploatare a cerșetoriei în cauze cu minori sau persoane cu dizabilități. Astfel de prevederi au fost adoptate în codurile penale din dreptul german (art 236-traficul de copii), italian (art 671), portughez (art 296), spaniol (art 232), tendința în statele europene fiind de excludere a simplei cerșetorii și de penalizare doar a formelor agravate sau organizate ale desfășurării ei.

¹ Codul Penal, Art. 326. Cerșetoria, Editura Hamangiu, 2006, pag.143.

² Curtea de Apel Suceava, secția penală, decizia nr.339-2001, www.ctce.ro.

³Vasile Dobrinou, Norel Neagu, *Drept penal. Partea specială, Teorie și practică judiciară*, editura Wolters Kluwer, București, 2008.

⁴ Codul Penal, Art. 326. Cerșetoria, Editura Hamangiu, 2006, pag.143.

⁵ Codul Penal, Art. 326. Cerșetoria, Editura Hamangiu, 2006, pag.143.

Noul Cod Penal renunța la incriminarea cerșetoriei, dar propune doua incriminari noi, conexe cerșetoriei, adică exploatarea cerșetoriei practicate asupra un minor sau o persoană cu dizabilități și folosirea unui minor de către majorul care poate munci, pentru a obține bani din partea publicului.¹

2. Cerșetoria – un stil de viață?

Se vorbește tot mai des în presă despre un cerc vicios prin raportarea la fenomenul cerșetoriei. Ipoteza de la care se pleacă în acest studiu este aceea că cerșetoria nu reprezintă doar o simplă ocupație, ci mai mult decât atât reprezintă un stil de viață la care cei mai mulți dintre cei care practică această ocupație, nu pot renunța, și cei mai mulți dintre aceștia nici nu doresc să renunțe la acest stil de viață. Din păcate există lucrări care tradează stilul de viață al tinerilor, bătrânilor, stilul de viață al românilor² etc, există studii cu privire la aceste categorii, dar nu există cercetări privind stilul de viață al cerșetorilor și de aici și eșecul de integrare socială a acestor categorii sociale.

Cerșetoria este una din cele mai grave forme de exploatare prin muncă a copilului indiferent de motivațiile părinților sau adulților cărora le sunt încredințați copiii încă de când se nasc.

În anul 2011, deputatul Ștefan Daniel Pirpiliu a înaintat un proiect de lege, prin care propune interzicerea cerșetoriei și, pe lângă pedeapsa cu închisoarea pentru cerșetori, amenzi între 300 și 600 de lei persoanelor care dau bani cerșetorilor, această faptă fiind considerată o contravenție. Conform acestui proiect, cerșetorul este „*aceea persoană care solicită publicului ajutor material*”, iar cerșetoria este „*acțiunea de a cerși, iar în urma rezultatului acesteia, se obține strângerea de bani ca mijloc de existență*”.³

A doua lege care a primit raport negativ de la senatorii juristi a fost inițiată de către deputatul romilor, Nicolae Paun, și prevede că "fapta unei persoane care apelează la mila publicului, pentru a cere ajutor material sau a beneficia de foloase patrimoniale, în locuri publice, precum institutii de cultura și arta, stații de cale ferată, mijloace de transport în comun, în apropierea obiectivelor turistice, a institutiilor publice și a altor obiective de interes național, se pedepsește cu amenda de la 500 la 1.000 lei".⁴

2.1. Metode pentru prevenire

Există mai multe teorii care pot explica această problemă a cerșitului. În prim plan ar fi sărăcia, deoarece atât timp cât un copil, bătrân sau o familie ajunge în stradă se află în acel loc din cauza lipsei banilor. Sărăcia din familie este completată de alte cauze ce țin de relațiile din familie: disfuncționalitatea familiei, alcoolismul, violența părinților și abuzarea sau neglijarea copiilor. Luate împreună acestea reprezintă cauzele ce i-au determinat pe copii să ajungă în stradă. Lipsa unuia sau a ambilor părinți din cauza unui deces, lipsa unui părinte din familiile divorțate sunt factorii ce duc la destructurarea familiilor și influențează viitorul copilului. Ocupația părinților poartă un rol important în viața copilului, deoarece dacă părinții copilului sunt someri sau stau acasă și nu au venituri pentru întreținerea familiei, aceștia sunt nevoiți să-și procure singuri mijloacele de existență sau chiar să întrețină familia. Dacă privim din punct de vedere al copiilor care cerșesc în stradă aceștia nu ar trebui să se afle acolo deoarece conform Legii nr. 272/21 din iunie 2004 cu privire la drepturile

¹ <http://www.frontnews.ro/politic/legislativ/cod-penal-pedepsirea-infracțiunii-prin-inacțiune-si-clementa-pentru-infracțorii-care-nu-prezinta-pericol-social-27005/pagina-2>.

² <http://www.daedalus.ro/ro/index.php?P=281>.

³ <http://www.ziare.com/politica/senat/interzicerea-cerșetoriei-respinsa-de-senatorii-juristi-1172807>.

⁴ <http://www.ziare.com/politica/senat/interzicerea-cerșetoriei-respinsa-de-senatorii-juristi-1172807>

copilului; acesta are dreptul să fie crescut în condiții în care să se poată permite dezvoltarea sa fizică, mentală, socială, morală și spirituală. În cazul în care părinții nu sunt capabili acesta nu trebuie neglijat și cel mai important să nu ajungă în stradă la cerșit.¹

Majoritatea copiilor străzii au visuri, idealuri, care pot fi realizate cu ajutorul serviciilor sociale, a persoanelor responsabile de soarta lor sau a celor ce vor să întindă o mână de ajutor.

Pentru a reduce fenomenul cerșitului prezentăm următoarele recomandări:

- ✓ implementarea unor servicii sociale adresate familiei, în particular de prevenire a separării copilului de familie;
- ✓ desfășurarea unor programe de reintegrare a copiilor în propriile familii sau plasarea lor în familii de plasament temporar sau permanent;
- ✓ elaborarea de programe de protecție adresate nemijlocit copiilor străzii prin lucrători sociali stradali, centre de alimentare, asistență medicală și socială;
- ✓ pregătirea unui număr mai mare de specialiști în domeniul asistenței sociale și de lucrători sociali care să lucreze în domeniu;
- ✓ dezvoltarea atât la nivel guvernamental, al administrațiilor locale, comunităților, cât și prin ONG-uri, a unor programe educative adresate familiei;
- ✓ dezvoltarea unui sistem de măsuri de protecție a copilului împotriva neglijării sau abuzului în propria familie.²

3. *Infrațiune de obicei.*

În cazul acestei infrațiuni, elementul material se realizează prin acțiunea de a apela la mila publicului. Această acțiune *de apelare la mila publicului* trebuie să se concretizeze în cererea de ajutor material. Fără o cerere explicită sau implicită adresată unor persoane fapta nu atrage răspunderea penală.³ Elementul material se poate realiza prin orice mijloace, respectiv, prin viu grai, prin scrisori, prin anunțuri oficiale, prin gesturi – întinderea mâinii, înfățișarea în mod ostentativ a unor infirmități aparente, etc.) și prin orice alte mijloace care reprezintă apelarea la mila publicului. Apelarea la mila publicului vizează publicul în general, masa nedeterminată de cetățeni către care se îndreaptă solicitarea subiectului activ. Se trage concluzia că, atunci când se apelează la unii cunoscuți, prieteni, vecini sau rude de la care se cer unele ajutoare materiale fapta nu constituie infrațiune.⁴

Pentru existența infrațiunii este necesar ca apelarea la mila publicului să se facă în mod repetat, aflându-ne în prezența unei infrațiuni de obicei. Prin urmare, o cerere izolată de ajutor nu va constitui infrațiunea de cerșetorie.

Nu este vorba de o simplă apelare la mila publicului, ci de o repetare în sensul unei obișnuite pentru a face din cerșetorie o sursă de câștig sau principala sursă de câștig. Spre exemplu, dacă pe o perioadă de câteva ore o persoană apelează la mila unor cetățeni, simulând o infirmitate pentru a-și procura bani sau alte foloase, fapta nu constituie infrațiune, putându-se aplica, dacă sunt îndeplinite condițiile legale, sancțiuni contravenționale. În situația, însă, când actele se repetă, ne vom afla în prezența infrațiunii.⁵

¹ Micu Razvan, *Reducerea fenomenului cerșitului*, <http://www.scribd.com/doc/78896405/Universitatea-Alexandru-Ioan-Cuza#download>.

² <http://www.scribd.com/doc/78896405/Universitatea-Alexandru-Ioan-Cuza#download>.

³ Eliodor Tanislav, Constantin Croitoru, *Infrațiuni privind regimul protecției și promovării drepturilor copilului. Cerșetoria*, în *Dreptul* nr. 9, 2006.

⁴ Traian Dima, *Drept Penal. Partea Generală*, București, Editura Hamangiu, 2007.

⁵ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, *Drept penal. Partea specială, Teorie și practică judiciară*, editura Wolters Kluwer, București, 2008.

4. Cerșetoria în alte coduri penale ale lumii.

În alte legislații se incriminează exploatarea cerșetoriei practicate de un minor sau o persoană cu dizabilități (determinarea la practicarea cerșetoriei sau obținerea de foloase de pe urma acestei activități) și respectiv de folosirea unui minor, de către majorul care are capacitatea de a munci, în scopul de a obține astfel ajutor material din partea publicului.¹

Un exemplu elocvent în aceste sens este următorul: o femeie care merge la cerșit, iar pentru a inspira milă publicului ține un copil, cu vârsta de câteva luni, în brațe – prezintă un evident pericol, nu doar prin aceea că lezează grav demnitatea umană, copilul ajungând să fie folosit ca un obiect de recuzită, dar periclitează sănătatea sau chiar viața minorului, date fiind condițiile în care acesta este ținut în timpul cerșitului (temperaturi foarte scăzute sau foarte ridicate, ploaie, etc.). În acest sens vom regăsi reglementări în art. 671 C.pen. italian, art. 296 C.pen. portughez, art.232 C.pen. spaniol, 236 C.pen. german.²

5. Cerșetoria între trecut și prezent.

Cerșetoria este acțiunea de a cerși și rezultatul ei; strângerea de pomeni ca mijloc de existență; a cere ceva cu stăruință; a se înjosi cerând ceva.³

În vreme ce fenomenul cerșitului a disparut de mult timp în alte țări mai dezvoltate, în România e în plină ascensiune. Înainte de 1990 se muncea la câmp, cu animale, dar la oraș copiii nu munceau datorită sistemului legislativ.-legislația muncii era destul de ingraditoare, locuri de muncă erau mai puține și de aceea de multe ori era prelungită perioada de școlarizare, nu exista munca la negru pentru că nu existau patroni, deci capitalul privat nu exista. Problema este foarte gravă deoarece acum pentru a stăni mai multă milă oamenilor, părinții își trimit copiii la cerșit.⁴

Codul penal din 1936 dă cea mai amplă reglementare a acestei infracțiuni.

Cerșetoria este incriminată în art. 341 – 344 și este sancționată diferit după cum cerșetorul are asupra sa acte false sau arme, este deghizat sau are asupra sa instrumente de spargere, amenințo sau insultă publicul ori simulează o boală sau infirmitate pentru a trezi mila publicului. Este incriminat cerșitul în grup, exploatarea cerșetoriei ca meserie, îndemnul din partea părinților sau a altor persoane pentru exercitarea cerșetoriei de către minori.⁵

După ce noul cod penal va intra în vigoare, astfel îl putem numi chiar prezent, această infracțiune de cerșetorie nu va mai fi incriminată/pedepsită. Proiectul noului Cod Penal renunță la incriminarea cerșetoriei, dar propune două incriminări noi, conexe cerșetoriei, adică exploatarea cerșetoriei practicate asupra unui minor sau o persoană cu dizabilități și folosirea unui minor de către majorul care poate munci, pentru a obține bani din partea publicului.

Art. 214 alin. 1 C. Pen.: fapta persoanei care determină un minor sau o persoană cu dizabilități fizice ori psihice să apeleze în mod repetat la mila publicului pentru a cere ajutor material sau beneficiază de foloase patrimoniale de pe urma acestei activități.

Fapta se pedepsește mai grav, conform art. 214 alin. 2 dacă fapta este săvârșită în următoarele împrejurări:

¹ V. Dobrinou, N. Neagu – *Drept penal. Partea Specială. Teorie și practică judiciară* – Ed. Wolters Kluwer, București, 2008.

² V. Dobrinou, N. Neagu – *Drept penal. Partea Specială. Teorie și practică judiciară* – Ed. Wolters Kluwer, București, 2008.

³ <http://www.scribd.com/doc/78896405/Universitatea-Alexandru-Ioan-Cuza>.

⁴ <http://www.scribd.com/doc/78896405/Universitatea-Alexandru-Ioan-Cuza>.

⁵ Dr. Viorel Pașca, *Cerșetoria și Vagabondajul – între dezincriminarea de facto și dezincriminarea de jure*, Revista Dreptul, Anul X, Seria a III-a, Nr. 8/1999.

- a) De părinte, tutore, curator ori de către cel care are în îngrijire persoana care cerșește.
- b) Prin constrângere.¹

Art. 215 constă în fapta majorului care, având capacitatea de a munci, apelează în mod repetat la mila publicului, cerând ajutor material, folosindu-se în acest scop de prezența unui minor.

În cadrul relațiilor sociale statornicite în România munca reprezintă un drept și nu poate fi îngrădit conform art. 41 din Constituție. Rolul muncii în crearea mijloacelor de existență ale fiecărui cetățean impune primirea oricăror încercări de a înlocui munca prin alte moduri de dobândire a mijloacelor de trai.²

6. Cerșetorii români în Uniunea Europeană.

Dacă Norvegia va ieși din spațiul Schengen, tot nu se va rezolva problema infractorilor veniți din estul Europei, potrivit poliției. Un responsabil al instituției consideră că interzicerea cerșetoriei și pedepsirea celor care o practică este o alternativă mult mai bună.

De altfel, ar ajuta la combaterea traficului de persoane și a altor activități ilegale. "Majoritatea romilor din Norvegia vin din România și Bulgaria, țări care oricum nu se află în spațiul Schengen", a afirmat un oficial din cadrul poliției norvegiene. Afirmația sa vine ca replică la declarația unui parlamentar norvegian care este de părere că Norvegia ar trebui să părăsească spațiul Schengen dacă România și Bulgaria vor fi acceptate, tocmai din cauza infractorilor care vin din aceste țări.³

Țiganii români care cerșesc în Finlanda au încins spiritele în parlamentul de la Helsinki. Un politician naționalist a cerut guvernului să ia măsuri urgente, pentru a-i goni de pe străzile marilor orașe.

Parlamentarul s-a declarat indignat că în ultimii ani țara a fost "invadată" de romi, care nu fac decât să ceară de pomana și consideră chiar că România nu ar trebui să intre în Schengen până nu și rezolvă această problemă.

Astfel de scene, tot mai des întâlnite în Helsinki și în alte mari orașe finlandeze, l-au făcut pe parlamentarul naționalist Jussi Halla-aho să ceară răspicat rezolvarea problemei cerșetoriei români și bulgari. "*Mulți dintre ei sunt implicați în activități de trafic de persoane și crimă organizată*", a fost unul dintre argumentele sale.⁴

În Franța cele mai frecventate locuri de către infractorii români sunt zonele aglomerate, cu precădere marile obiective turistice din regiunea pariziană.

"Dacă vorbim despre infractori, dacă ne raportăm la faptele de cerșetorie, trebuie precizat că simpla cerșetorie nu este considerată infracțiune, conform legislației franceze, decât dacă se probează că această activitate ilegală se desfășoară în bandă organizată", a mai precizat subcomisarul de poliție Cătălin Chiriac.⁵

7. Concluzii.

În rezolvarea acestei probleme și anume cea a cerșitului putem recurge la câteva obiective cum ar fi eliminarea uneia dintre formele grave de exploatare prin muncă a copiilor, denumită cerșetorie, aplicarea măsurilor de protecție socială în vederea prevenirii a marginalizării sociale a

¹ Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept Penal+Partea Speciala, Teorie și practică judiciară Conform noului Cod Penal, Editura Universul Juridic, 2011.

² Vasile Dobrinou, Norel Neagu, Drept Penal+Partea Speciala, Teorie și practică judiciară Conform noului Cod Penal, Editura Universul Juridic, 2011.

³ <http://www.manager.ro/articole/ultima-ora/norvegia-ar-putea-interzice-cerșetoria-22109.html>

⁴ <http://stirileprotv.ro/stiri/international/suntem-aproape-sa-etichetam-o-natie-intreaga-tigani-i-au-infuriat-pe-parlamentarii-finlandezi.html>

⁵ <http://prison.com.ro/ce-fel-de-infracțiuni-comit-românii-in-franța/>

persoanelor care practică cerșetoria și la care acestea sunt expuse, conștientizarea și responsabilizarea opiniei publice cu privire la consecințele cauzate de încurajarea cerșetoriei.

Nu trebuie să condamnăm persoanele, ci fenomenul a cărui amploare prezintă un pericol social și ne-am putea implica cu toții în diminuarea prin ajutarea organismelor abilitate să le ofere sprijin real.

Referințe Bibliografice:

- ✓ V. Dobrinoiu, N. Neagu – *Drept penal. Partea Specială. Teorie și practică judiciară* – Ed. Wolters Kluwer, București, 2008.
- ✓ Traian Dima, *Drept Penal. Partea Generală*, București, Editura Hamangiu, 2007.
- ✓ V. Dobrinoiu, N. Neagu, *Drept penal. Partea special. Teorie și practică judiciară (Conform Noului cod penal)*, Editura Universul Juridic, 2011.
- ✓ www.scribd.com.
- ✓ George Neamtu, *Tratat de Asistența Socială*, Editura Polirom, Iasi 2003.
- ✓ Dr. Viorel Pașca, *Cerșetoria și Vagabondajul – între dezincriminarea de facto și dezincriminarea de jure*, Revista Dreptul, Anul X, Seria a III-a, Nr. 8/1999.
- ✓ Eliodor Tanislav, Constantin Croitoru, *Infrațiuni privind regimul protecției și promovării drepturilor copilului. Cerșetoria*, în Dreptul nr. 9, 2006.
- ✓ www.frontnews.ro.
- ✓ www.ziare.com.
- ✓ Codul Penal, Editura Hamangiu, 2006.
- ✓ www.monitorulsb.ro.

STRUCTURA ACȚIUNII PENALE.

Anca-Cătălina CHIRIAC*

Abstract

The criminal action is a perfect legal instrument by which the judiciary may prosecute those who violate the rule of law. Besides, the criminal liability may occur after a criminal trial, which propels the criminal action in top of the procedural acts.

The theme of the study demonstrates the importance of criminal action thru the criminal trial, and also reveals the elements which compose it.

First of all I will approach the legal basis and the fatual basis which the criminal action enrolls on, after that I'll detail in an onward section, the criminal action's legal subject. Second, this papper analyzes one of the most important criminal action's factor, represented by its functional ability.

Last but not least, theoretical and practical law issues will be approached in accordance with the latest legal reglementations.

Cuvinte cheie: *infrațiune, conflict de drept, exercitare, procuror, persoană juridică, procedură.*

Introducere

În materia dreptului procesual penal, acțiunea penală este indispensabilă. Argumentul ce justifică o asemenea afirmație este că acțiunea penală reprezintă mijlocul procesual prin care o persoană care a săvârșit o infracțiune este adusă în fața jurisdicției penale, în vederea judecării și aplicării unei sancțiuni penale¹. Domeniul acoperit de tematica studiului reliefează cadrul acțiunii penale în desfășurarea unui proces penal. Iar ceia ce interesează este compunerea ei și posibilitatea exercitării unei astfel de acțiuni. Din punct de vedere procesual, trebuie cunoscută identitatea subiecților procesuali ce pot dispune de aceasta cât și determinarea acelor probleme ce apar cu privire la subiecții împotriva cărora se îndreaptă. Această lucrare atinge aceste probleme atât practice cât și teoretice.

E absolut normal că odată ce acțiunea penală duce la aplicarea de sancțiuni penale, și atinge scopul procesului penal, anume, 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 penală², să prezinte interes orice lucrarea de specialitate. În prezent, în societatea noastră, pedepsirea infractorilor este în creștere, datorită infraționalității sporite.

În lucrarea voi arăta că aptitudinea funcțională a acțiunii penale este unul din factorii ei importanți, deoarece această aptitudine trebuie păstrată pe tot cursul procesului penal ca sa-și poată îndeplini funcționalitatea. Săvârșirea unei infracțiuni se poate face în nenumărate feluri și împrejurări de aceea legiuitorul a reglementat anumite situații și împrejurări în care acțiunea penală se poate stinge. Însă cum excepțiile diferă de la caz la caz, regula instituie ca acțiunea penală i-a sfârșit prin condamnare.

*Student, Facultatea de Drept, Universitatea Nicolae Titulescu din București; (e-mail: anca_chiriac90@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. Univ. Dr. Mircea Damaschin (e-mail: damaschin.mircea@gmail.com).

¹ Gh. Mateuț, *Tratat de procedură penală. Partea generală vol. I*, Ed. CH. Beck, București, 2010 p. 22

² Art. 1. Cod proc. pen.

1. Temeiul acțiunii

Pentru ca organele judiciare să poată exercita acțiunea penală este necesar să existe o infracțiune săvârșită, astfel încât să poată opera răspunderea penală. Temeiul acțiunii penale se raportează în primul rând la existența unei fapte ilicite, și în al doilea rând la acea normă juridică în care este prevăzut dreptul la acțiune în cazul săvârșirii faptei ilicite.

Așadar acțiunea penală are ca *temei de fapt* însăși fapta ilicită (infracțiunea) iar ca *temei de drept* existența normei juridice (legea) care reglementează dreptul la acțiune în cazul săvârșirii acelei fapte.

Din interpretarea dispozițiilor art. 10, lit. a)-e) Cod proc. pen, potrivit raționamentului per a contrario, rezultă că temeiul acțiunii constă în existența faptei, în prevederea sa de către legea penală, existenței gradului de pericol social, întrunirea elementelor constitutive ale infracțiunii, săvârșirea faptei de către persoana învinuită sau inculpată, precum și existența vreunei cauze care să înlăture caracterul penal al faptei.

Efectele juridice ce decurg din exercitarea acțiunii penale, nu se pot produce dacă lipsește temeiul acțiunii.¹

2. Obiectul acțiunii penale

Poate fi interpretat sub forma a două aspecte juridice de drept, atât sub aspect procesual cât și sub aspect substanțial.

Obiectul acțiunii penale este prevăzut expres de lege, regăsindu-se în art. 9, alin.1 Cod proc. pen. „ acțiunea penală are ca obiect tragerea la răspundere penală a persoanelor care au săvârșit infracțiuni”.

Tragerea la răspundere penală pe făptuitor constituie obiect al acțiunii penale sub aspect procesual, iar acest aspect trebuie păstrat pe tot parcursul desfășurării procesului, în sensul că acțiunea trebuie să asigure eficiența tragerii la răspundere penală până la rezolvarea cauzei penale. Aspectul procesual asigură și fixează funcționalitatea procesuală a acțiunii penale.

Obiectul acțiunii penale poate fi amplificat atunci când are loc o extindere a acțiunii penale, și anume când în conținutul infracțiunii se regăsesc mai multe acte materiale comise de inculpat (art. 335 Cod proc. pen.), cât și în cazul pluralității de infractori, când pentru aceeași faptă sunt trase la răspundere penală mai multe persoane (art. 337 Cod proc. pen.).

În schimb, obiectul acțiunii penale sub aspect substanțial constituie dreptul subiectului pasiv al conflictului de drept penal, de a aduce acest conflict în fața organelor judiciare penale, spre rezolvare și de a cere acestora să constate fapta și vinovăția făptuitorului.²

În doctrina de specialitate veche precum și în reglementarea codurilor anterioare din 1864, respectiv 1936, obiectul acțiunii penale -tragerea la răspundere penală- era confundat cu scopul acesteia, aplicarea de sancțiuni și pedepsirea celor vinovați. De pildă, art. 2 Cod proc. pen (din 1936) prevedea că „acțiunea penală are ca obiect aplicarea pedepselor și a măsurilor de siguranță.” Tragerea la răspundere penală are un conținut mai larg decât aplicarea pedepsei, aceasta fiind limitată numai la desfășurarea procesului în faza de judecată. Iar în condițiile formulării actuale a obiectului, acțiunea devine suportul juridic al întregului proces penal și nu numai al judecății. Dacă s-ar accepta punctul de vedere potrivit căruia acțiunea penală are ca obiect aplicarea de sancțiuni, ar însemna că exercitarea acesteia se limitează numai la faza de judecată, fază în care se aplică aceste sancțiuni, interpretare ce contravine art. 9 alin(3) Cod proc. pen., potrivit căruia acțiunea penală se poate exercita pe tot cuprinsul procesului penal.³

¹ M. Damaschin, „Drept procesual penal” Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p 107

² V. Dongoroz, Kahane Siegfried, Antoniu George, Bulai Constantin, Iliescu Nicoleta, Stănoiu Rodica, „Explicații teoretice ale codului de procedură penală”, Ed. Academia Română, Partea generală, București 2003, p 61

³ Anastasiu Crișu „Exercitarea acțiunii penale” Revista de Drept Penal nr. 2/1997 p. 20

3. Aptitudinea funcțională a acțiunii penale

Din sensul terminologic al cuvântului de aptitudine reiese faptul că, acțiunea penală este aptă de a începe și a realiza un proces penal. Așa cum am amintit, de aceasta depinde tragerea la răspundere penală pe cei vinovați. Aptitudinea funcțională este unul din factorii cei mai importanți ai acțiunii penale.

Acțiunea penală are funcția de a dinamiza procesul penal, de a declanșa și propulsa desfășurarea activității procesuale. Pentru a realiza aceste efecte, acțiunea penală trebuie să aibă aptitudinea funcțională de a le produce.¹

De multe ori însă, realitatea desfășurării faptelor unei infracțiuni, prezintă anumite circumstanțe (împrejurări) ce lipsesc acțiunea penală de aptitudinea funcțională. Aceste împrejurări sunt uneori preexistente și cunoscute înainte de a fi pornit procesul penal, astfel încât acesta nu va începe iar acțiunea penală nu va fi pusă în mișcare. Procesual, aceasta împrejurare duce la neînceperea urmăririi penale. (art. 228 alin 4 Cod proc. pen.)

Dar aceste împrejurări pot să apară și după ce acțiunea penală a fost pusă în mișcare, iar în astfel de cazuri activitatea procesuală trebuie să înceteze, acțiunea penală nemaiavând aptitudine funcțională. Cum ar fi de exemplu; moartea făptuitorului, amnistia sau prescripția, ce sunt cauze expres prevăzute de lege, că vor înlătura aptitudinea funcțională.

Sediul reglementării acestor cazuri este art.10 al Cod proc. pen.², unde sunt prevăzute enumerativ cauzele de inaptitudine funcțională.

4. Subiecții procesuali ai acțiunii penale

Dat fiind că acțiunea penală este instrumentul prin care se aduce conflictul de drept penal apărut în urma săvârșirii unei fapte ilicite, spre rezolvare, acest lucru implică noi relații sociale intervenite între subiectele conflictului.

Rezolvarea conflictului și aducerea în fața organelor presupune efectuarea de acte procesuale și procedurale. Apariția raportului procesual penal se datorează promovării acțiunii penale. În acest raport, subiectele își amplifică drepturile cât și îndatoririle, astfel odată exercitată acțiunea penală învinuitul capătă calitatea de inculpat, acestuia revenindu-i mai multe drepturi și obligații. Pe de altă parte, statul își exercită funcția de învinuire și de tragere la răspundere penală pe infractori prin reprezentantul oficial, Ministerul Public.

¹ V. Dongoroz, op. cit. p 65

² Art. 10 . Cazurile în care punerea în mișcare sau exercitarea acțiunii penale este împiedicată. (1) Acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare, iar când a fost pusă în mișcare nu mai poate fi exercitată dacă:

- a) Fapta nu există;
- b) Fapta nu este prevăzută de legea penală;
- b¹) Fapta nu prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni;
- c) Fapta nu a fost săvârșită de învinuit sau de inculpat;
- d) Faptei îi lipsește unul din elementele constitutive ale unei infracțiuni;
- e) Există vreuna din cauzele care înlătură caracterul penal al faptei;
- f) Lipsește plângerea prealabilă a persoanei vătămate, autorizarea sau sesizarea organului competent, ori altă condiție prevăzută de lege necesară pentru punerea în mișcare a acțiunii penale;
- g) A intervenit amnistia, prescripția ori decesul făptuitorului sau, după caz, radierea persoanei juridice atunci când are calitatea de făptuitor;
- h) A fost retrasă plângerea prealabilă ori părțile s-au împăcat ori a fost încheiat un acord de mediere în condițiile legii, în cazul infracțiunilor pentru care retragerea plângerii sau împăcarea părților înlătură răspunderea penală;
- i) S-a dispus înlocuirea răspunderii penale;
- i¹) Există o cauză de nepedepsire prevăzută de lege;
- j) Există autoritate de lucru judecat. Împiedicarea produce efecte chiar dacă faptei definitiv judecate i s-ar da o altă juridică.

(2) În cazul prevăzut la lit. f), acțiunea penală poate fi pusă în mișcare ulterior în condițiile legale.

Raportul procesual apare odată cu promovarea acțiunii penale, însă nu trebuie să extindem acțiunea penală cu privire la întregul complex de acte procesuale și procedurale ale procesului penal. Acesta este cu precădere mai complex, însă nu își poate îndeplini scopul fără exercitarea acțiunii. În cadrul unui proces penal pot exista mai multe raporturi procesuale, deosebindu-se unele de altele prin persoanele între care apar asemenea relații, prin importanța lor și conținutul acestora cât și prin durata și funcționalitatea lor.

De pildă, unele sunt raporturi procesuale principale fiind determinate de conflictul de drept penal, ce face obiectul cauzei penale, iar altele sunt considerate secundare și se nasc între organele judiciare și persoanele care contribuie la aflarea adevărului, fiind subordonate celor principale. Alteori diferența elementară dintre exercițiul acțiunii penale și realizarea procesului penal este cunoașterea făptuitorului, și presupune ca acțiunea penală poate fi pusă în mișcare numai cu privire la o persoană, însă procesul penal prin începerea urmăririi penale poate avea loc cu privire la faptă, identitatea făptuitorului putând fi necunoscută. Această situație face referire la începerea *in rem* a urmăririi penale. Însă aceste două instituții au cadru comun și se intercondiționează reciproc, astfel, procesul penal nu poate depăși faza urmăririi penale fără folosirea *in personam* a acțiunii penale și fără exercitarea ei, după cum nici acțiunea penală nu poate fi exercitată în afara procesului penal.

Subiectele raportului de drept penal odată ajunse în faza procesuală, își schimbă calitatea subiectivă. Astfel, statul care își exercită dreptul de a trage la răspundere pe infractori devine din subiect pasiv al infracțiunii, subiect activ al acțiunii penale, în raportul procesual penal. La fel se schimbă și calitatea infractorului, din subiect activ al infracțiunii pe care a comis-o în subiect pasiv al acțiunii penale, deoarece ea își exercită aptitudinea împotriva lui.¹ Așadar, putem conchide la premisa că acțiunea penală ar fi considerată o punte de legătură între raportul de drept penal material și raportul de drept procesual penal principal.

Titularul principal al acțiunii penale este statul, numai el are puterea de a trage la răspundere penală, iar această funcție o exercită prin intermediul Ministerului Public.

Însă cu toate că la unele infracțiuni, acțiunea penală se pune în mișcare doar la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, aceștia din urmă au doar un drept de dispoziție asupra exercitării acțiunii penale, drept urmare sunt incluși între subiecții acțiunii penale numai în mod special. Clasificarea subiecților procesuali ai acțiunii penale comportă mai multe criterii, însă calitatea și poziția procesuală rămânând aceiași.²

Astfel, subiecții acțiunii penale pot fi clasificați în două mari grupe: subiecți activi și subiecți pasivi. La rândul lor, subiecții activi se împart și ei în două grupe: subiecți activi principali- statul prin organele sale specializate - și subiecți activi secundari – persoana vătămată.³

Subiecții pasivi ai acțiunii penale sunt persoanele fizice sau juridice împotriva cărora se exercită acțiunea penală.

4.1 Subiecți activi

În lucrările de drept procesual penal se admite în unanimitate faptul că titularul general al acțiunii penale este societatea, respectiv statul.⁴ În exercitarea puterii și suveranității sale, statul stabilește care sunt valorile sociale ocrotite, garantând respectarea acestora prin forța sa coercitivă. Statul este subiectul activ principal al acțiunii penale. Pedepsește și trage la răspundere pe cei ce le

¹ I. Neagu, „Tratat de procedură penală. Partea generală, ed. a-II- a”, Editura Universul juridic, București, 2010 p.

² Profesorul Ioan Gorgăneanu a clasificat subiecții acțiunii penale în funcție de actele și atribuțiile la care participă, în subiecți oficiali, iar aici include organele judiciare și subiecți particulari în cadrul cărora sunt incluse persoanele care participă la desfășurarea procesului penal în roluri și poziții diferite. Aceștia la rândul lor fiind clasificați în principali și secundari.

³ M. Damaschin, op. cit. p 110

⁴ I. Gorgăneanu, „Acțiunea penală, ediție revizuită și adăugită”. Ed. Lumina Lex, 1998 . p 62

încalcă normele juridice penale, iar aceste atribuții sunt înfăptuite prin organul său specializat, procurorul.

Organizarea și atribuțiile Ministerului Public sunt guvernate de Legea nr. 304/2004, unde sunt prevăzute poziția și sarcinile ce revin procurorului în cadrul procesului penal. Procurorul trebuie să apere proprietatea de stat, libertățile și drepturile fundamentale ale cetățenilor, și să asigure legalitatea procesuală. Procurorul supraveghează urmărirea penală, iar în realizarea acestei atribuții conduce și controlează nemijlocit activitatea de cercetare penală a poliției judiciare sau a altor organe de cercetare speciale, ori efectuează el însuși toate actele procesuale și cercetarea penală în cauzele date de lege în competența sa.

Conform dispozițiilor Codului de procedură penală, în cursul urmăririi penale punerea în mișcare a acțiunii penale a fost încredințată procurorului, potrivit art. 235 „procurorul se pronunță asupra punerii în mișcare a acțiunii penale după examinarea dosarului.” Indiferent dacă cercetarea este de competența sa, ori de competența organelor de cercetare penală, procurorul se decide asupra punerii în mișcare a acțiunii penale printr-o ordonanță. Așadar, monopolul exclusiv în punerea în mișcare a acțiunii penale, în această fază procesuală revine procurorului ca reprezentant al Ministerului Public.¹ El exercită funcția de învinuire, aceasta deoarece, acțiunea penală este un drept, o putere și chiar o îndatorire pentru Ministerul Public, de a aduce în fața justiției conflictul de drept substanțial, pentru a se rezolva de organele în drept, conform legii.²

În baza dispozițiilor legale, procurorul nu numai că pune în mișcare acțiunea penală, ci o și exercită pe tot parcursul procesului astfel, conferă posibilitatea trecerii cauzei la o altă etapă procesuală. Adică trecerea de la etapa urmăririi penale la etapa fazei de judecată. În acest fel devine un veritabil subiect activ al acțiunii penale, în exercițiul căreia susține învinuirea persoanei trase la răspundere penală.³ Numai în urma învinuirii dispuse de procuror, inculpatul ajunge în fața instanței de judecată.

Odată ajunsă cauza penală în fața instanței de judecată, aceasta este chemată să se pronunțe cu privire la vinovăția sau nevinovăția celui supus judecății, însă pentru a duce la realizarea scopului procesului penal și a asigura toate drepturile fundamentale ale persoanelor aflate în proces, aceasta trebuie să readministreze probele depuse la dosar, precum și să administreze noi probe. Astfel, se întâmplă să se descopere în sarcina inculpatului date cu privire la săvârșirea unei alte fapte prevăzute de legea penală, ce are legătură cu cea pentru care este trimis în judecată. Ori este posibil să se descopere date cu privire la participarea unei alte persoane la săvârșirea aceleiași infracțiuni pentru care inculpatul este chemat să răspundă, or în aceste două ipoteze legiuitorul a prevăzut posibilitatea ca atunci când, procurorul participă la judecată să ceară extinderea procesului penal, și astfel să declare că pune în mișcare acțiunea penală.

În prima ipoteză se pune în mișcare acțiunea penală cu privire la cealaltă faptă penală descoperită, iar în cea de a doua ipoteză, se va pune în mișcare acțiunea penală cu privire la celelalte persoane descoperite, în ambele cazuri însă procurorul va dispune punerea în mișcare prin declarație verbală. În astfel de situații, de extindere a procesului penal, exercițiul acțiunii penale revine tot procurorului, însă numai atunci când participă la judecată, în conformitate cu dispozițiile art. 336 alin. 1 și art. 337 Cod proc. pen. Excepție face atunci când procurorul nu participă la judecată, iar instanța din oficiu, extinde procesul penal, în urmara căreia pune în mișcare acțiunea penală și procedează fie la judecare cauzei, fie trimite cauza la procuror. Dacă instanța trece la judecarea cauzei se poate observa că judecarea se face în urma autosesizării.

O altă situație în care instanța are la îndemână exercițiul acțiunii penale este atunci când în urma cercetării judecătorești efectuate, apar date cu privire la alte acte materiale săvârșite de inculpat ce intră în conținutul aceleiași infracțiuni pentru care este judecat, și astfel instanța extinde acțiunea

¹ Maria Angela Boureanu, *Procurorul – titular al exercițiului acțiunii penale*, Revista de Drept Penal nr. 4/1990

² Idem R.D.P nr. 4/1990

³ I. Gorgăneanu op. cit. p. 64

penală¹ și cu privire la aceste acte, printr-o încheiere. Instanța de judecată apare deci ca un subiect excepțional al acțiunii penale.

Un alt subiect activ al acțiunii penale este partea vătămată a infracțiunii, însă acesteia i se atribuie prerogativa exercitării acțiunii penale, doar în sens substanțial și limitativ prevăzut de lege. Exercițiul acțiunii penale poate să-l obțină numai în cazul acelor infracțiuni, la care punerea în mișcare a acțiunii se face la plângerea prealabilă a persoanei vătămate. Anumite infracțiuni pe lângă rezultatul infracțional, pe care îl produc, pot cauza suferințe materiale, fizice sau morale altor persoane.

Instituția plângerii prealabile a fost introdusă tocmai pentru a ocroti interesele celui vătămat prin infracțiune, legiuitorul lăsând la aprecierea persoanei vătămate, declanșarea procesului penal. Când dorește să participe la procesul penal, persoana vătămată prin infracțiune se constituie parte vătămată și astfel are posibilitatea de a participa la procesul penal, de a face cereri și de a pune concluzii cu privire la latura penală. Trebuie precizat, că numai în situația în care se constituie parte vătămată și participă la procesul penal, aceasta capătă calitatea procesuală de subiect activ secundar al acțiunii și alături de procuror realizează funcția de învinuire. Nu trebuie să conferim însă persoanei vătămate dreptul de a dispune asupra punerii în mișcare a acțiunii, pentru că, chiar și în situația în care este necesară o astfel de plângere, punerea în mișcare a acțiunii penale, în mod efectiv, se dispune tot de procuror, prin ordonanță. Lipsa acesteia fiind doar o împiedicare pentru procuror de a dispune de acesta.

Așadar, în conformitate cu prevederile art. 279 Cod proc. pen., în cazul infracțiunilor pentru care este necesară plângerea prealabilă a persoanei vătămate, acțiunea penală nu se poate pune în mișcare și exercita în lipsa acestei plângeri.

Totodată, acolo unde legea prevede instituția plângerii prealabile, odată dispusă, aceasta poate fi retrasă ori conflictul de drept poate înceta prin împăcarea părții vătămate cu inculpatul. Plângerea prealabilă apare ca o excepție de la regula oficialității procesului penal, în care organele judiciare pornesc procesul penal din oficiu, în urma unei plângeri sau a unui denunț. Totuși în situația în care, cel vătămat este o persoană fără capacitate de exercițiu sau cu capacitate restrânsă, plângerea prealabilă numai reprezintă o condiție de procedibilitate, astfel că acțiunea penală se va pune în mișcare din oficiu (art. 131 alin. 3 Cod pen.).

Deci, potrivit legislației penale române și procesual penale, subiecții activi procesuali ai acțiunii penale sunt procurorul, în anumite situații și în mod secundar partea vătămată, iar în unele cazuri excepționale, instanța de judecată.

4.2 Subiecții pasivi

Având în vedere că acțiunea penală are ca obiect tragerea la răspundere penală pe infractori, rezultă că subiectul pasiv al acțiunii nu poate fi decât cel care se face vinovat de comiterea unei infracțiuni. Orice act material ce intra în conținutul unei infracțiuni poate fi comis prin acțiune sau inacțiune de către orice persoană. De precizat că, în urma reglementării Legii nr. 278/2006² au fost introduse în rândul persoanelor care răspund penal și persoanele juridice. Subiecții pasivi ai acțiunii penale pot fi deopotrivă, persoane fizice cât și juridice.

¹ Extinderea acțiunii penale diferă de cazurile de extindere a procesului penal. Diferența constă în faptul că extinderea acțiunii penale se face în legătură cu fapte materiale ce intră în conținutul infracțiunii săvârșite și nu alte fapte ce constituie infracțiuni de sine-stătătoare, la care se referă extinderea procesului penal.

² Prin Legea nr. 278/2006 a fost introdus: Art. 19¹. Condițiile răspunderii penale a persoanei juridice.

(1) Persoanele juridice, cu excepția statului, a autorităților publice și a instituțiilor publice care desfășoară o activitate ce nu poate face obiectul domeniului privat, răspund penal pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice, dacă fapta a fost săvârșită cu forma prevăzută de legea penală.

(2) Răspunderea penală a persoanei juridice nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit, în orice mod, la săvârșirea aceleiași infracțiuni.

Este de observat faptul că infractorul, subiect activ al infracțiunii, al raportului juridic de conflict, odată adus în fața organelor judiciare spre a răspunde penal, capătă calitatea de subiect pasiv în raport cu acțiunea penală.

Poziția sa procesuală, în cadrul procesului penal, se schimbă în funcție de actele dispuse și îndeplinite cu privire la acesta. Astfel că, persoana despre care se bănuiește că a săvârșit o infracțiune are calitatea de făptuitor, iar după începerea urmăririi penale, în care este cercetată penal, aceasta capătă calitatea de învinuit, după care, odată pusă în mișcare acțiunea penală devine inculpat. Cercetarea penală poate avea loc în urma sesizării organelor de cercetare penală, astfel că, în urma unui denunț sau a unei plângeri, când din cuprinsul acestora sau din actele premergătoare efectuate nu rezultă vreunul din cazurile de împiedicare a punerii în mișcare a acțiunii penale prevăzute la art. 10 Cod proc. pen, se dispune începerea urmăririi penale.

Odată începută urmărirea penală, în executarea funcțiilor sale, organele de urmărire penală administrează probe cu privire la existența infracțiunii, la identitatea făptuitorului și la stabilirea vinovăției sale, pentru a se putea angaja răspunderea penală a făptuitorului. În consecință, în cazul în care toate probele și împrejurările de fapt duc la stabilirea existenței faptei, a identității făptuitorului și a vinovăției acestuia în raport cu fapta stabilită, organul de cercetare face propunere procurorului pentru a se dispune punerea în mișcare a acțiunii penale. Pentru a putea opera răspunderea penală a unei persoane, aceasta trebuie să fie în depline facultăți mintale, să fi împlinit vârsta minimă de 14 ani, și să fi comis fapta prevăzută de legea penală, cu vinovăție.

Infracțiunea poate fi rezultatul acțiunii sau inacțiunii unui singur infractor sau rezultatul cooperării mai multor infractori.¹ În cazul participației de infractori, contribuția acestora poate fi diferită, unii realizând activitatea fizică materială (coautori), alții ajutând în orice mod la săvârșirea acelor acte (complici) ori alții determinând cu intenție alte persoane să comită fapta (instigatori). Indiferent de forma de participație, infracțiunea este cea care determină indivizibilitatea acțiunii penale, și în această situație, răspunderea penală va fi angajată împotriva tuturor participanților.

Referitor la persoana juridică, aceasta devine subiect procesual pasiv al acțiunii, când în cuprinsul actelor procesuale se angajează răspunderea sa penală, cu privire la o faptă. Problema ce se justifică în cazul acestor entități este existența lor materială efectivă la îndeplinirea acestor acte procesuale. Răspunsul la această problemă însă, poate fi dedus din dispozițiile art. 479² alin.(2) Cod proc. pen. și anume, „persoana juridică este reprezentată la îndeplinirea actelor procedurale și procedurale de către reprezentantul său”.

În cazul urmăririi penale a persoanei juridice, reprezentarea legală este nu numai necesară pentru ca persoana juridică să poată participa, prin acte proprii, la procesul penal, în diferitele faze și momente ale acestuia, dar și obligatorie pentru acestea.² Această necesitate este înscrisă și în actul normativ general privind persoanele juridice, respectiv, Legea nr. 31/1990, reprezentarea apărând ca un specific al capacității de exercițiu a persoanei juridice. Reprezentarea persoanelor juridice nu reprezintă o noutate dat fiind faptul că acestor entități li s-a acordat dintotdeauna posibilitatea de a sta în procesul penal în calitatea de parte (parte vătămată, parte civilă, parte responsabil civilmente).

Având în vedere că finalitatea și scopul acțiunii penale este aplicare de sancțiuni, în cadrul persoanelor juridice acestea diferă, astfel, cum sunt și anumite infracțiuni în care ele nu pot fi subiecte active. Deci nu pot săvârși orice faptă prevăzută de legea penală. Așa încât ea răspunde penal diferit de persoanele fizice, neputând fi condamnate în niciuna din cazuri la o pedeapsă privativă de libertate.

În primul rând, o diferență majoră din punct de vedere a răspunderii penale în ceea ce privesc persoanele juridice este modul de sancționare al lor. Sancțiunile de drept ce pot interveni în cazul angajării răspunderii penale a unei persoane juridice sunt amenziile penale, dizolvarea ei, suspendarea activității, sau interzicerea de a participa la procedurile de achiziții. Aceste entități își desfășoară

¹ I. Gorgăneanu, op. cit. p. 75

² Gh. Mateuț, op. cit. p. 674

activitatea și se nasc odată cu înregistrarea la registrul comerțului prin actul de constituire. Rezultă ca o sancțiune cel puțin imputabilă unei societăți comerciale poate fi dizolvarea acesteia, deci desființarea. Însă cele mai dese sancțiuni aplicabile acestor entități fac obiectul amenziilor penale.

În al doilea rând o procedură particulară se angajează atunci când coexistă răspunderea penală a persoanei juridice culpabile cu aceea a persoanei fizice ce acționează în numele și interesul ei, în calitate de organ sau reprezentant al acesteia.¹ În acest caz, persoana juridică prin organele sale de conducere își poate numi un mandatar care să o reprezinte.

Concluzii

Întotdeauna vor exista infractori și pe acest fundament mi-am creat convingerea că acțiunea penală este una din instituțiile cele mai importante în desfășurarea procesului penal, tocmai pentru care mențin opinia marilor doctrinari în materie. Înțelegerea structurii acțiunii penale prezintă interes deoarece pedepsirea persoanelor fizice sau juridice prin sancțiuni penale trebuie să fie justă și legală. Persoanele condamnate trebuie să fie vinovate și pedepsite conform vinovăției lor, astfel se poate ca într-o cauză să nu fie cunoscute toate probele ce duc la nevinovăția infractorului. Fapt ce ar duce la nesocotirea scopului procesului penal.

Relațiile ce se nasc într-un conflict de drept trebuie rezolvate cu garantarea principiilor fundamentale ale procesului penal.

Referințe bibliografice

- M. Damaschin, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010;
- V. Dongoroz, S. Kahane, A. George, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stătoiu, „*Explicații teoretice ale Codului de procedură penală roman. Partea generală*,” vol. I, Ed. Academiei, București, 1975;
- I. Gorgăneanu, *Acțiunea penală, ediție revizuită și adăugită*, Editura Lumina Lex, București, 1998;
- G. Mateuț, *Tratat de procedură penală. Partea general, vol. I*, Editur CH Back, București, 2007;
- I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea general, ediția a II-a* Editura Universul Juridic, București, 2010;
- G.G. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2008;
- N. Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Paideia, București
- Codul de procedură penală, Editura hamangiu, București 2011.
- Legea nr. 202/2010
- www.just.ro
- Revista de Drept Penal, nr. 4/1990

¹Idem, op. cit. p 674

RAPORTUL DINTRE ACȚIUNI ÎN PROCESUL PENAL

Andreea POPA*

Abstract: *In the present study, we aim to present the connections that are established between the actions performed in a criminal trial. In the following, we will show the conditions under which the civil action can be performed in the criminal trial, and the influences that it suffers on being performed in a different trial than the civil one. Non the least, we will analyze the opportunity to formulate such an action in the criminal trial and the solutions that can be pronounced on both the actions performed. Also, we will take into consideration the changes made by the new civil provisions and their impact on the report established between the actions in a criminal trial.*

Cuvinte cheie: *acțiune penală, acțiune civilă, răspundere penală, răspundere civilă, raport, prejudiciu, autoritate de lucru judecat*

1. Acțiunea în justiție.

Procesul penal este o activitate complexă, reglementată de lege, desfășurată de organele competente, cu participarea părților și a altor persoane, în scopul constatării la timp și în mod complet a faptelor ce 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.¹

Prin normele de drept sunt reglementate relațiile sociale, stabilind pentru subiectele raporturilor juridice o anumită comportare obligatorie.

Încălcarea normelor de drept, prin săvârșirea unei fapte interzise, duce la nașterea unui raport juridic de conflict, însă declanșarea procesului penal, nu are loc spontan, fără intervenția anumitor factori, ci la inițiativa organelor competente, a părților sau a altor persoane care au dreptul să solicite intervenția organelor abilitate de lege, pentru soluționarea conflictului.

Aducerea conflictului de drept în fața justiției reclamă existența unui instrument adecvat sau, altfel spus, presupune existența unui mijloc legal exercitabil în limitele și în conformitate cu prevederile legale. Acest instrument sau acest mijloc legal este acțiunea în justiție.²

Având în vedere importanța acestei instituții, în literatura de specialitate au fost formulate numeroase definiții toate surprinzând aceeași finalitate a acțiunii în justiție, și anume aducerea înaintea justiției a conflictului de drept pentru soluționare.

Astfel, într-o primă variantă acțiunea a fost definită ca fiind expresia unei împuterniciri legale în temeiul căreia se poate aduce înaintea justiției conflictul de drept născut din încălcarea normei juridice³, sau mijlocul juridic prin care o persoană este trasă la răspundere în fața instanței judecătorești pentru a fi obligată să suporte constrângerea de stat corespunzătoare normei de drept încălcate.⁴

În doctrina franceză, acțiunea este definită ca dreptul subiectiv ce permite obținerea de la judecător a unei soluții pe fondul unei pretenții.

* Masterand, Facultatea de Drept, Universitatea "NicolaeTitulescu" din Bucuresti (e-mail: andreea.maria.popa@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Mircea Damaschin (damaschin.mircea@gmail.com).

¹Ion Neagu, *Tratat de procedură penală, Partea generală*, Universul Juridic, București, 2008, pag. 20.

²Mircea Damaschin, *Drept procesual penal*, Wolters Kluwer, 2010, pag. 105.

³Vintilă Dongoroz, *Curs de procedură penală*, ed. a II-a, pag. 53.

⁴Grigore Gr. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Ed. Hamagiu, București, 2007, pag. 102.

Într-o altă formulare, acțiunea este definită ca fiind mijlocul practic pus la îndemână de lege titularului unui drept subiectiv pentru realizarea aceluia drept, ea reprezentând sancțiunea dreptului.¹

Toate aceste definiții relevă elementul esențial al acțiunii în justiție, și anume calitatea sa de instrument prin intermediul căruia conflictul de drept este adus spre soluționare organelor de jurisdicție. În funcție de norma de drept încălcată (penală, civilă), conflictul de drept va viza domeniul penal, civil (...), și în consecință acțiunea în justiție va fi, după caz, acțiunea penală, civilă sau de altă natură.

Se menționează în literatura de specialitate și noțiunea de „contraacțiune”, înțelegându-se prin aceasta dreptul celui tras la răspundere de a combate acțiunea în justiție îndreptată împotriva sa. Dat fiind faptul că o asemenea instituție nu se regăsește în nicio normă legală în vigoare, iar Codul de procedură penală nu folosește în niciuna din dispozițiile sale expresia de contraacțiune, s-a concluzionat că activitățile pe care le presupune această noțiune se regăsesc în totalitatea lor în normele juridice privind dreptul de apărare, cu multiplele sale aspecte pe care le îmbracă.²

2. Acțiunile în procesul penal – destine paralele sau conjugate?

După apariția răspunderii juridice, o perioadă mare de timp, răspunderea civilă și răspunderea penală se confundau, din cauza faptului că ideea de reparație era identică cu cea de pedeapsă. Dreptul roman nu a stabilit niciodată o distincție clară și completă între ele. Aceeași a fost situația și în dreptul european din Evul Mediu timpuriu, unde se aplica „compoziția legală” în sensul că plata ce trebuia făcută victimei pentru orice faptă ilicită avea atât rol punitiv cât și reparatoriu.

Separarea lor a început în perioada Renașterii Europene și a cunoscut apogeul la Revoluția franceză din 1789 (răspunderea civilă detașându-se complet și devenind de sine stătătoare). În Țările Române acest lucru s-a întâmplat la debutul secolului al XIX – lea, odată cu reglementarea ei în Codul lui Calimach (1817) în Moldova și respectiv Legiuirea Caragea (1818) în Țara Românească.

Pentru a putea vorbi despre raportul dintre acțiunea penală și acțiunea civilă exercitată în cadrul procesului penal, considerăm a fi necesară o paralelă între cele două acțiuni.

Răspunderea civilă și răspunderea penală, sunt cele mai importante forme ale răspunderii juridice, în jurul cărora gravitează asigurarea ordinii de drept. Destinele lor paralele rezultă din individualitatea și specificitatea fiecăreia, din scopul sau finalitatea lor diferită. Răspunderea civilă are ca scop repararea prejudiciilor injuste cauzate persoanelor fizice și persoanelor juridice, fiind îndreptată împotriva patrimoniului persoanei răspunzătoare, pe când, răspunderea penală are ca scop pedepsirea persoanelor care au săvârșit fapte periculoase pentru ordinea publică și pentru viața socială, fapte prevăzute de legea penală, fiind îndreptată împotriva persoanei făptuitorului, pedeapsa având caracter personal.

Întinderea răspunderii civile se stabilește în funcție de valoarea prejudiciului cauzat, independent, de regulă, de forma și gradul de vinovăție, în timp ce răspunderea penală se antrenează în funcție de gravitatea faptei și de forma și gradul vinovăției.³

O altă diferență între cele două feluri de răspundere, o constituie și vârsta de la care răspunderea persoanei poate fi antrenată, astfel, capacitatea persoanelor fizice de a răspunde civil se dobândește la vârsta de 14 ani, în materie delictuală, sau 18 ani, în materie contractuală, diferit fiind sub aspectul răspunderii penale. Dispozițiile Codului penal prevăd că minorul sub 14 ani nu răspunde penal; în schimb minorul cu vârsta între 14 și 16 ani răspunde penal numai dacă se dovedește că a acționat cu discernământ, iar minorul care a împlinit vârsta de 16 ani răspunde penal, fiind prezumat de lege că are discernământ, însă această prezumție este una relativă, putând fi răsturnată prin dovada contrară.

¹Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010, pag. 270.

²Mircea Damaschin, *op. cit.*, pag. 106.

³Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil*, Obligațiile, Universul Juridic, București, 2012, pag. 385.

Una dintre cele mai importante deosebiri o întâlnim sub aspectul titularului acțiunilor. Acțiunea în răspundere civilă este la dispoziția persoanei care a suferit prejudiciul injust, pe când acțiunea penală, fiind o acțiune socială, aparține societății, reprezentată prin stat, și se exercită prin intermediul organelor statului anume investite în acest sens. În cazul răspunderii civile, nimic nu împiedică părțile să convină asupra reparației, fiind vorba de drepturi și interese particulare, pe când, răspunderea penală se stabilește întotdeauna prin hotărârea instanței penale competente, neputând fi antrenată și aplicată printr-o convenție a părților.

Un examen serios al raporturilor dintre cele două forme ale răspunderii în procesul penal, ne oferă posibilitatea să constatăm că aceste raporturi, au fost, sunt și vor fi complexe. Încă din secolul al XIX – lea, jurisprudența a consacrat principiul autorității absolute a lucrului judecat în penal asupra civilului, în acele situații în care fapta ilicită cauzatoare de prejudicii este în același timp și infracțiune. Acest principiu operează atunci când persoana prejudiciată se adresează printr-o cerere separată instanței civile pentru condamnarea pârâtului la reparație.

Revenind la destinele lor conjugate, având în vedere că orice proces penal presupune o acțiune penală, ca instrument prin intermediul căruia se deduce în fața organelor judiciare raportul de drept penal în vederea realizării scopului procesului penal, este evident că aceasta este acțiunea cadru, iar acțiunea civilă este doar accesorie acțiunii penale, nu însă și necesară.

Potrivit dispozițiilor legale, acțiunea civilă poate fi pornită și se exercită în cadrul procesului penal numai alături de acțiunea penală. Dacă nu există acțiune penală pusă în mișcare sau se constată ulterior că acțiunea penală nu mai poate fi declanșată din cauza unui impediment inițial, acțiunea civilă rămâne fără suportul necesar care să-i fi permis părții vătămate opțiunea inițială și constituirea ca parte civilă.¹

Liantul dintre cele două acțiuni este cauza materială unică a acestora, și anume săvârșirea unei infracțiuni, infracțiune care a produs un prejudiciu injust unei persoane.

3. Raportul dintre acțiunea penală și acțiunea civilă

Cele două feluri de răspundere juridică pot fi cumulate antrenându-se, simultan sau succesiv, răspunderea penală și răspunderea civilă. Datorită scopului lor diferit, angajarea uneia nu exclude și angajarea celeilalte, însă cumulul acestora are loc numai în cazul în care fapta ilicită civilă este și infracțiune, sau altfel spus, numai dacă prin săvârșirea faptei prevăzute de legea penală s-a cauzat un prejudiciu injust altuia, cunoscut fiind faptul că există și fapte penale care nu cauzează nimănui un prejudiciu și deci nu sunt întrunite condițiile răspunderii civile.

Pentru ca cele două acțiuni generate de săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală să poată fi soluționate fără a duce la existența unor hotărâri definitive contrare, a fost necesară o reglementare unitară privind existența faptei, identitatea făptuitorului și vinovăției acestuia. Acesta este motivul pentru care legiuitorul a stabilit anumite reguli care guvernează raportul între acțiunea penală și acțiunea civilă generate de aceeași faptă penală.

În situația în care printr-o faptă prevăzută de legea penală se cauzează un prejudiciu, persoana prejudiciată are dreptul de a alege între două căi pentru a obține condamnarea persoanelor răspunzătoare de reparație. Astfel potrivit art. 14 alin. (2) C. proc. pen. „acțiunea civilă poate fi alăturată acțiunii penale în cadrul procesului penal prin constituirea persoanei vătămate ca parte civilă.” De asemenea potrivit art. 19 alin. (1) „persoana vătămată care nu s-a constituit parte civilă în procesul penal poate introduce la instanța civilă acțiune pentru repararea pagubei și a daunelor morale pricinuite prin infracțiune.”

Referindu-ne în parte la situațiile care pot apărea în soluționarea celor două acțiuni, vom arăta că pot fi distinse patru ipoteze.

¹N. Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, vol. I, Ed. Paideia, București 1999, pag. 225.

O primă situație ar fi aceea când acțiunea penală și acțiunea civilă se exercită concomitent în fața instanței penale. Într-o astfel de ipoteză se spune că persoana vătămată se constituie parte civilă în procesul penal, urmând a se aplica dispozițiile art. 346 - 347 C. proc. pen. privind rezolvarea acțiunii civile în procesul penal. Raportul dintre cele două acțiuni nu ridică probleme, deoarece cadrul juridic al procedurii judiciare cunoaște o reglementare unică. Soluționarea acțiunii civile în procesul penal prezintă avantaje evidente prin caracterul rapid și mai puțin costisitor al procedurii penale, precum și prin posibilitățile de probă mai puțin restrictive.

Desigur că, așa cum am arătat și mai devreme, pentru ca persoana vătămată să poată uza de această cale este necesară îndeplinirea anumitor condiții, întrucât acțiunea civilă are caracter accesoriu în procesul penal și nu poate fi exercitată decât în cazul existenței acțiunii penale.

Potrivit dispozițiilor art. 346 „în caz de condamnare, achitare sau încetare a procesului penal, instanța se pronunță prin aceeași sentință și asupra acțiunii civile.”

Instanța penală poate rezolva acțiunea civilă în următoarele modalități:

a) instanța admite în tot sau în parte acțiunea civilă, indiferent de soluția pronunțată pe latura penală în cazul în care constată că inculpatul a săvârșit o faptă cauzatoare de prejudicii;¹

b) instanța nu acordă despăgubiri civile în cazul în care achitarea s-a pronunțat pentru că fapta imputată nu există, ori nu a fost săvârșită de inculpat;

c) instanța penală nu soluționează acțiunea civilă când pronunță achitarea pentru cazul prevăzut în art. 10 lit. b) ori când pronunță încetarea procesului penal pentru vreunul din cazurile prevăzute în art. 10 lit. f) și j) precum și în caz de retragere a plângerii prealabile;

d) instanța penală respinge acțiunea civilă ca lipsită de temei când din probe administrate rezultă că fapta săvârșită nu a fost cauzatoare de prejudicii.

Nu poate fi respinsă ca lipsită de temei acțiunea civilă în cazul în care partea civilă s-a constituit în faza de urmărire penală, fără a preciza cuantumul despăgubirilor, și ulterior, în faza de judecată, deși legal citată, aceasta nu s-a prezentat. Într-o asemenea situație, instanța trebuie să aibă rol activ, pentru a constata motivul neprezentării părții civile.²

Conform dispozițiilor art. 347 C. proc. pen., „instanța poate dispune disjungerea acțiunea civile și amânarea judecării acesteia într-o altă ședință, în cazul când rezolvarea pretențiilor civile ar provoca întârzierea soluționării acțiunii penale.”³ Disjungerea acțiunii civile nu echivalează cu lăsarea nesoluționată a acesteia și crearea posibilității părții civile de a solicita despăgubirile civile pe calea unei acțiuni separate în fața instanței civile.⁴

Nu este justificată disjungerea judecării laturii civile de cea penală în cauzele în care stabilirea vinovăției inculpatului, individualizarea pedepsei și încadrarea juridică se raportează și la întinderea pagubei produse prin infracțiune, cum sunt, de exemplu, cele care au produs consecințe deosebit de grave. În cazul acestor infracțiuni, în care soluția este condiționată de activitatea infracțională și în strânsă legătură cu urmările patrimoniale ale faptei, disjungerea trebuie dispusă numai în cazurile în care judecarea împreună a ambelor laturi ale procesului, din cauze obiective, nu poate fi asigurată.⁵

Instanța, chiar dacă nu există constituire de parte civilă, se pronunță asupra reparării pagubelor materiale și a daunelor morale, în cazurile prevăzute de art. 17 (când cel vătămat este o persoană lipsită de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă), iar în celelalte cazuri numai cu privire la restituirea lucrului, desființarea totală sau parțială a unui înscris și restabilirea situației anterioare săvârșirii infracțiunii.

De regulă, dacă persoana vătămată s-a constituit parte civilă în procesul penal, dreptul de opțiune este irevocabil, ea nemaivând dreptul de a promova ulterior o acțiune separată cu același

¹C.S.J., Decizia nr. 3971/2001, în Buletinul Jurisprudenței 2001, pag. 257.

²Ion Neagu, *op. cit.*, pag. 342.

³C.S.J., decizia nr. 756/1991, în Buletinul Jurisprudenței 1990-2003, pag. 1037.

⁴C.S.J. – Secția penală, Decizia nr. 536/1981, în Revista Română de Drept, nr. 11/1981, pag. 54.

⁵Ion Neagu, *op. cit.*, pag. 337.

obiect la instanța civilă, altfel spus, nu mai poate părăsi calea respectivă conform principiului „*electa una via, non datur recursus ad alteram*”. Dacă renunță la alternativa aleasă după valorificarea dreptului de opțiune, persoana vătămată pierde definitiv dreptul de a mai solicita repararea prejudiciului într-un proces.¹ Excepția o stabilește art. 20 care prevede că persoana vătămată constituită parte civilă în procesul penal poate să pornească acțiune în fața instanței civile, dacă instanța penală, prin hotărâre rămasă definitivă, a lăsat nesoluționată acțiunea civilă ori dacă se solicită repararea unor pagube care s-au produs sau au fost descoperite după pronunțarea hotărârii penale de prima instanță.

De asemenea, în cazurile în care acțiunea civilă a fost exercitată din oficiu, dacă se constată din probe noi că paguba și daunele morale nu au fost integral reparate, diferența poate fi cerută pe calea unei acțiuni la instanța civilă. Acțiunea la instanța civilă privește numai diferența dintre pretențiile stabilite în procesul penal ca urmare a exercitării din oficiu a acțiunii civile și poate fi admisă dacă se invocă probe noi, altele decât cele administrate în cauza penală.²

Pe de altă parte, potrivit art. 19 alin. (3) C. proc. pen. poate să pornească acțiunea în fața instanței civile persoana vătămată care s-a constituit parte civilă ori pentru care s-a pornit din oficiu acțiunea civilă în procesul penal, dar acesta a fost suspendat. Persoana vătămată care a pornit acțiunea în fața instanței civile poate să părăsească această instanță și să se adreseze organului de urmărire penală sau instanței de judecată dacă punerea în mișcare a acțiunii penale a avut loc ulterior sau procesul penal a fost reluat după suspendare. Părăsirea instanței civile nu poate avea loc dacă aceasta a pronunțat o hotărâre judecătorească, chiar nedefinitivă.

În aceeași măsură, persoana vătămată, constituită parte civilă în procesul penal, poate părăsi calea penală și introduce acțiune la instanța civilă dacă s-a dispus de către procuror scoaterea de sub urmărire penală sau încetarea urmăririi penale.

În soluționarea unui recurs în interesul legii, Înalta Curte de Casație și Justiție a decis ca în cauzele în care acțiunea penală s-a stins în faza de urmărire penală printr-o soluție de netrimiteră în judecată adoptată de procuror, acțiunea pentru desființarea totală sau parțială a unui înscris falsificat se exercită pe cale separată, în fața instanței civile, de procurorul de caz sau de partea interesată, după caz.³

A doua situație ce trebuie analizată este aceea în care acțiunea penală este soluționată separat, dar înaintea acțiunii civile. În acest caz își găsesc aplicabilitate dispozițiile art. 22 alin. (1) C. proc. pen. care prevăd că „hotărârea definitivă a instanței penale are autoritate de lucru judecat în fața instanței civile care judecă acțiunea civilă, cu privire la existența faptei, a persoanei care a săvârșit-o și a vinovăției acesteia.”

Cu privire la acest aspect, trebuie reținut că numai hotărârea definitivă a instanței penale are autoritate de lucru judecat în fața instanței civile; ordonanțele procurorului de scoatere de sub urmărire penală sau de încetare a urmăririi penale nu sunt învestite cu o astfel de autoritate, fapt pentru care, așa cum am arătat și anterior, persoana vătămată poate introduce acțiune la instanța civilă.

Pe cale de consecință, dacă instanța penală a pronunțat o hotărâre definitivă de condamnare a autorului infracțiunii, în temeiul principiului autorității de lucru judecat a hotărârii instanței penale asupra civilului, instanța civilă, după repunerea cauzei pe rol, va fi ținută să-l oblige pe cel răspunzător la recuperarea prejudiciului cauzat reclamantului. Mergând pe același raționament ar trebui ca atunci când instanța penală pronunță achitarea sau încetarea procesului penal, hotărârea din penal să aibă autoritate de lucru judecat în civil și pe cale de consecință, instanța civilă ar trebui să

¹Gr. Theodoru, *Drept procesual penal. Partea generală*, Ed. Fundația „Chemarea”, Iași, 1996, pag. 7.

²Anastasiu Crișu, *Drept procesual penal*, ed. a II-a, revizuită și actualizată, Ed. Hamangiu, 2011, pag. 167.

³Decizia I.C.C.J. nr. XV/21.11.2005, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 119 din 8 februarie 2006.

dispună respingerea acțiunii reclamantului; lucrurile însă se prezintă diferit din acest punct de vedere, autoritatea de lucru judecat a hotărârii instanței penale având și ea limitele sale.

În lumina noilor reglementări impuse de Codul civil, trebuie să arătăm că potrivit art. 1365 Cod civil, „instanța civilă nu este legată de dispozițiile legii penale și nici de hotărârea definitivă de achitare sau încetare a procesului penal în ceea ce privește existența prejudiciului ori a vinovăției autorului faptei ilicite.”

Elementul de noutate este dat de restrângerea autorității de lucru judecat a hotărârii instanței penale în ceea ce privește vinovăția autorului faptei ilicite, însă doar în caz de achitare sau încetare a procesului penal. Considerăm această dispoziție ca fiind îndreptățită întrucât vinovăția din cadrul răspunderii penale nu este identică cu cea din cazul răspunderii civile, știut fiind faptul că, în civil, autorul prejudiciului răspunde doar pentru *culpa levissima*, iar în cazul faptelor săvârșite din culpă incriminate penal, elementul subiectiv este format din *culpa lata* și *culpa levis*.

În susținerea celor afirmate anterior, arătăm că răspunderea civilă este un principiu general cu o sferă largă de aplicare. Izvorul său îl constituie orice faptă sau alt fapt juridic prin care s-a cauzat injust un prejudiciu cert sau cel puțin potențial unei sau unor persoane, în spațiul dreptului civil admitându-se de peste un secol existența unor ipoteze de răspundere obiectivă, fără vinovăție.

În schimb, răspunderea penală se bazează pe principiul legalității incriminării, ea putându-se angaja numai în cazul săvârșirii cu vinovăție a unei fapte prevăzute și sancționate de legea penală, potrivit adagiilor „*nullum crimen sine lege*” (legalitatea incriminărilor) și „*nulla poena sine lege*” (legalitatea pedepselor).

Așadar, în toate situațiile în care instanța penală a dispus achitarea sau încetarea procesului penal, instanța civilă este liberă să cerceteze și să constate dacă sunt sau nu întrunite condițiile răspunderii civile și să oblige sau nu pe pârât la repararea prejudiciului injust suferit de reclamant.

Trebuie reținut că atunci când achitarea inculpatului în procesul penal s-a pronunțat pentru că fapta nu există ori există dar nu a fost săvârșită de inculpat, instanța civilă va respinge acțiunea în reparație promovată de reclamant, întrucât hotărârea penală de achitare sau de încetare a procesului penal nu are autoritate de lucru judecat decât în ceea ce privește existența prejudiciului ori vinovăției autorului, iar din interpretarea acestor dispoziții se deduce faptul că autoritatea de lucru judecat subzistă cu privire la existența sau inexistența faptei.

Pe bună dreptate s-a arătat în literatura de specialitate¹ că în toate celelalte cazuri de achitare sau dacă procesul a încetat, hotărârea instanței penale nu are autoritate de lucru judecat în civil, deoarece în asemenea ipoteze nu este exclusă întrunirea condițiilor de existență și angajare a răspunderii civile care pot fi constatate de instanța civilă. Astfel, instanța civilă va putea constata existența unei culpe civile a inculpatului, chiar dacă instanța penală nu a constatat existența unei culpe penale a acestuia.

Considerăm, totuși, că în prezent dispozițiile art. 1365 Cod civil nu își găsesc aplicabilitate întrucât art. 22 C. proc. pen. prevede că hotărârea definitivă a instanței penale are autoritate de lucru judecat în fața instanței civile care judecă acțiunea civilă, cu privire la existența faptei, a persoanei care a săvârșit-o și a vinovăției acesteia, nefăcând nicio distincție, pe de o parte, între hotărârea de condamnare ori de achitare sau de încetare a procesului penal, iar pe de altă parte, referitor la vinovăția stabilită de instanța penală.

Pentru identitate de rațiune cu dispozițiile art. 1365 Cod civil, art. 28 din Noul Cod de procedură penală, arată că hotărârea definitivă a instanței penale are autoritate de lucru judecat în fața instanței civile care judecă acțiunea civilă, cu privire la existența faptei, a persoanei care a săvârșit-o. Instanța civilă nu este legată de hotărârea definitivă de achitare sau de încetare a procesului penal în ceea ce privește existența prejudiciului ori a vinovăției autorului faptei ilicite.

¹Liviu Pop, *op. cit.*, pag. 388.

A treia ipoteză vizează situația în care acțiunea civilă este rezolvată separat, dar înaintea acțiunii penale. Potrivit art. 22 alin. (2) C. proc. pen., „hotărârea definitivă a instanței civile prin care a fost soluționată acțiunea civilă nu are autoritate de lucru judecat în fața organelor de urmărire penală și a instanței penale cu privire la existența faptei, a persoanei care a săvârșit-o și a vinovăției acesteia”. Legiuitorul limitează efectele numai în ceea ce privește existența faptei, a persoanei care a săvârșit-o și a vinovăției acesteia. Cu privire la acest aspect, în literatura de specialitate¹ s-a apreciat că autoritatea de lucru judecat a instanței civile poate fi invocată în fața instanței penale, de exemplu, cu privire la quantumul prejudiciului.

Conform dispozițiilor art. 44 alin. (3) C. proc. Pen., hotărârea definitivă a instanței civile are autoritate de lucru judecat în fața instanței penale în cazul chestiunilor prealabile.

Chestiunile prealabile reprezintă acele aspecte de natură extrapenală care pot apărea pe parcursul procesului penal și care trebuie soluționate înainte de rezolvarea cauzei penale.

Poate constitui obiect al chestiunilor prealabile orice aspect care vizează soluționarea fondului cauzei, de exemplu, stabilirea condițiilor esențiale ale conținutului constitutiv al infracțiunii. De regulă, acestea sunt de natură extrapenală și sunt soluționate de instanța penală potrivit regulilor și mijloacelor de probă privitoare la materia căreia îi aparține acea chestiune.

Se pune problema de a stabili în ce măsură dispozițiile art. 440 Cod civil impiețează asupra soluționării chestiunilor prealabile de către instanța penală în cazul infracțiunilor a căror calificare presupune existența unui raport de filiație legal stabilit, întrucât acesta prevede că „în cazul infracțiunilor a căror calificare presupune existența unui raport de filiație care nu este legal stabilit, hotărârea penală nu poate fi pronunțată înainte de rămânerea definitivă a hotărârii civile privitoare la raportul de filiație”. Această problemă prezintă interes din punctul de vedere al operativității procesului penal, întrucât pentru un număr de 13 infracțiuni prevăzute în Codul Penal, raportul de filiație duce la schimbarea încadrării juridice (infracțiunea de omor săvârșită asupra unei rude apropiate atragere incidența art. 175, omorul calificat), a reținerii circumstanței agravante (lovirea sau alte violențe, vătămarea corporală, violul); de asemenea, raportul de filiație poate duce la determinarea încadrării juridice (incestul) sau poate constitui cauză de nepedepsire (nedenunțarea unor infracțiuni).

Considerăm că această dispoziție se referă exclusiv la situația în care pe rolul instanței civile se află deja în curs de soluționare cauza ce are ca obiect stabilirea filiației. În caz contrar, această chestiune prealabilă va fi soluționată de instanța penală potrivit dispozițiilor legii civile.

Problema raportului dintre acțiunea penală și acțiunea civilă se pune și în ipoteza exercitării celor două acțiuni concomitent, dar la instanțe diferite, una civilă și cealaltă penală, deoarece rezolvarea lor separată și în același timp, poate conduce la pronunțarea unor hotărâri contradictorii.² De aceea, legea interzice realizarea deodată a celor două acțiuni, indicând și o anumită preferință. Reglementarea raportului dintre cele două acțiuni este dată de art. 19 alin. (2) C. proc. pen. care precizează că judecata în fața instanței civile se suspendă până la rezolvarea definitivă a cauzei penale, această regulă fiind cunoscută în doctrină sub denumirea „penalul ține în loc civilul.”³

4. Concluzii

Având în vedere că ambele acțiuni sunt determinate de săvârșirea unei infracțiuni, iar rezolvarea acțiunii civile este condiționată de rezolvarea acțiunii penale, este firesc ca acțiunea penală să primeze față de acțiunea civilă, și pe cale de consecință, hotărârea definitivă a instanței penale să aibă autoritate de lucru judecat în fața instanței civile. Date fiind considerentele anterior menționate, apare ca firească întâietatea acțiunii penale, întrucât duce la realizarea raportului de drept penal material, în cadrul căreia se naște dreptul statului de a trage la răspundere penală și a pedepsi pe

¹Anastasiu Crișu, *op. cit.*, pag. 168.

²N. Volonciu, *op. cit.*, pag. 268.

³Mircea Damaschin, *op. cit.*, pag. 140.

inculpat, respectiv persoana care prin fapta sa a adus cea mai gravă încălcare a ordinii de drept prin vătămarea valorilor sociale ocrotite de normele penale.

Raportându-ne la eventualele dificultăți care ar putea apărea în practica judiciară datorită elementelor de noutate introduse prin dispozițiile noilor coduri civile, nu ne rămâne decât să așteptăm cu nerăbdare intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală pentru o reglementare în concordanță și o practică unitară.

Referințe bibliografice:

- Crișu Anastasiu, *Drept procesual penal. Ed. a II-a, revizuită și actualizată*, Editura Hamangiu, 2011
- Damaschin Mircea, *Drept procesual penal*, Editura Wolters Kluwer, 2010
- Dongoroz Vintilă, *Curs de procedură penală*, ed. a II-a, 1942
- Neagu Ion, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Editura Universul Juridic, București, 2010
- Neagu Ion, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010
- Pop Liviu, Popa Ionuț-Florin, Vidu Stelian Ioan, *Tratat elementar de drept civil, Obligațiile*, Universul Juridic, București, 2012
- Theodoru Grigore Gr., *Drept procesual penal. Partea generală*, Ed. Fundația „Chemarea”, Iași, 1996
- Theodoru Grigore Gr., *Tratat de drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, București, 2007
- Volonciu Nicolae, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, vol. I, Ed. Paideia, București 1999
- www.just.ro

INTERCEPTAREA ȘI ÎNREGISTRĂRILE AUDIO SAU VIDEO

BOTA Alexandru*
CRIZBOI Flavian**

Abstract

În cadrul lucrării am urmărit prezentarea și analizarea interceptărilor sau înregistrărilor audio-video ca mijloc probator în cadrul procesului penal și exprimarea unui punct de vedere în legătura cu moralitatea sau chiar legalitatea anumitor aspecte referitoare la acest subiect.

Complexitatea abordării acestui subiect derivă tocmai din contradicția aparentă în care se afla aceste mijloace de probă cu anumite tratate/convenții ce proclama în mod expres dreptul la respectarea vieții private, a secretului corespondentei sau alte drepturi inviolabile, garantate individului.

Să explicăm motivul pentru care am folosit sintagma contradicție aparentă. Interceptarea și înregistrările audio sau video sau fotografiile se afla reglementate în Codul de Procedura Penal Roman la TITLUL III al părții generale: Probele și Mijloacele de Probă. Deci ele sunt mijloace de probă putând fi folosite doar în cazul săvârșirii unor infracțiuni, și acestea dintre cele reglementate la art 91¹ alin.2

Cuvinte cheie: *Interceptări audio-video, Cod Procedură Penală, viața privată, CEDO, Legea Siguranței Naționale ;*

Introducere

Odată cu evoluția societății și transformarea rapidă a acesteia într-una de consum, tehnologia a evoluat și ea iar odată cu creșterea volumului vânzărilor a venit în mod natural scăderea costurilor de producție, rezultând un produs finit la un preț acceptabil aproape oricărui individ, căci în ziua de azi până și păstorul unei stani de la munte cunoaște în detaliu oferta oricărei firme de telefonie mobilă sau fixa.

Acesta este bineînțeles un aspect favorabil ca și extinderea rețelelor de internet, facilitând comunicarea și corespondența oamenilor, lucru ce constituie de altfel unul dintre drepturile inviolabile ale individului.

Din păcate, dezvoltarea societății și a tehnologiei de comunicație la distanță vine, la pachet" cu dezvoltarea criminalității complexe și organizate, lucru ce a împins la evoluție și legile penale, în sensul în care interceptarea și înregistrările audio sau video sau fotografiile constituie mijloace de probă reglementate în Codul de Procedura Penală roman la articolul 91.

Complexitatea abordării acestui subiect derivă tocmai din contradicția aparentă în care se afla aceste mijloace de probă cu anumite tratate/convenții ce proclama în mod expres dreptul la respectarea vieții private, a secretului corespondentei sau alte drepturi inviolabile, garantate individului.

Să explicăm motivul pentru care am folosit sintagma contradicție aparentă. Interceptarea și înregistrările audio sau video sau fotografiile se afla reglementate în Codul de Procedura Penal Roman la TITLUL III al părții generale: Probele și Mijloacele de Probă. Deci ele sunt mijloace de probă putând fi folosite doar în cazul săvârșirii unor infracțiuni, și acestea dintre cele reglementate la art 91¹ alin.2

În consecință, Constituția României deși consacră Secretul scrisorilor, al telegramelor, al altor trimiteri poștale, al convorbirilor telefonice și al celorlalte mijloace legale de comunicare ca fiind inviolabil deroga prin art.53 alin. (1) din Constituție, potrivit căruia: „exercițiul unor drepturi sau al

unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav”.

Cu toate acestea și aici se pot isca unele probleme. Textul art 91¹ CPP presupune interceptarea înregistrarea convorbirilor sau comunicărilor în timpul urmăririi penale. Aici sunt anumite discuții pornite pe latura necesității declanșării urmăririi penale sau nu, pentru a se putea dispune măsura interceptării sau înregistrării. Deși datele ori indiciile temeinice privind săvârșirea unei infracțiuni sunt la prima vedere îndestulătoare pentru a se dispune măsura, trebuie observată deopotrivă și sintagma, se realizează cu autorizarea motivată a judecătorului, la cererea procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală “, ori legea penală fiind de strictă interpretare am putea concluziona că este nevoie de o urmărire penală declanșată pe care procurorul să o efectueze sau să o supravegheze, nefiind rezonabil să considerăm că se referă la procurorul ce ar urma să efectueze urmărirea penală sau să o supravegheze. În acest sens s-au pronunțat atât Curtea Constituțională, cât și Înalta Curte de Casație și Justiție. Analizând rațional, normal ar fi să se poate dispune măsurile de interceptare, înregistrare audio-video, însă analizând strict litera legii nu se va permite o asemenea măsură. Deasemenea o altă problemă ridicată în acest sens, este aceea ca înregistrările efectuate într-o cauză, dispuse înaintea declanșării urmăririi penale vor fi probe obținute în faza actelor premergătoare ori acestea, efectuându-se conform art. 224 C. Proc. Pen. în vederea începerii urmăririi penale, sunt limitate la îndeplinirea scopului lor, de a completa informațiile organului de urmărire penală pentru a le aduce la nivelul unor constatări care să determine începerea urmăririi penale, de a verifica informațiile deținute, confirmând sau infirmând concordanța acestora cu realitățile factice ale cauzei și, după caz, de a fundamenta convingerea organului de urmărire penală referitoare la soluția de neurmărire penală conform 228 Cod Procedura Penală. Lipsa valorii probatorii a probelor obținute în faza actelor premergătoare se atrage deasemenea în lipsa certificării lor de către procuror printr-un proces verbal (de ex: exista un investigator sub acoperire care efectuează diverse acte, înregistrări în mediu ambiental sau altele, iar actele sale nu sunt certificate de către procurorul de caz) Astfel, valorificarea sub aspect probatoriu a actelor premergătoare presupune întocmirea unui proces-verbal prin care să se constate efectuarea acestora (Înalta Curte de Casație și Justiție, secția penală, Decizia nr 4481 din 12 iulie 2006 www.juris.ro)

Conținutul propriu-zis al lucrării

Secțiunea I

După cum știm urmărirea penală poate fi în personam sau în rem.

Dacă se realizează interceptările în personam nu ridică niciun fel de problemă. Însă dacă urmărirea penală se dispune în rem, se risca că dreptul fundamental al unor oameni, ce nu sunt încadrați nici că învinuți din moment ce urmărirea penală s-a dispus asupra faptei, să fie violat, și pare în opinia mea puțin injust, însă nespecificarea în cod a calității necesare (în speța cea de învinuit) pentru a se putea dispune măsura interceptării apăra statul de posibile îndreptări ale interceptațiilor împotriva sa.

Articolul 8 al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale prezintă în începutul său faptul că, orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului sau și a corespondentei sale”.

În viața privată intră în mod cert și conversațiile purtate la telefon, corespondența în orice formă, însă s-a ținut să se specifice în mod expres, și a corespondenței sale” spre a nu lăsa interpretarea să aibă un cuvânt prea mare de spus în cauze concrete, apte de a viola un drept fundamental, 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

democratic este necesară pentru securitatea națională siguranța publică bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale protejarea sănătății sau a morale ori protejarea drepturilor și libertății altora.”

Vedem că exigentele oricărui tratat, convenție etc. Conțin excepții în care bariera sensibilă a vieții private, a corespondentei etc poate fi ridicată spre a se preveni anumite fapte cu un pericol social ridicat, ori încălcarea unor drepturi și libertăți ale altora.

Astfel deși toate aceste tratate statuează în mod clar și concis normele de aplicare, excepțiile, cazurile speciale, interesele protejate și reglementează în sens restrictive momentele când se pot dispune măsurile în speță, creând efectul benefic de creștere a prudenței organelor de urmărire și cercetare penală cu respectarea riguroasă a textelor diferitelor convenții, eliminând în acest mod posibile abuzuri ale organelor statului, exista totuși cel puțin în statul roman anumite texte de lege neactualizate măcar, ce din păcate au atras până acum două condamnări ale României la Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

Secțiunea II – Referiri Legea Siguranței Naționale

Aici ne referim la Legea Siguranței Naționale (lege specială din 1991) care fiind lege specială face ca orice modificare din CPP să fie inutilă, potrivit principiului *lex specialis derogat lex generali*. Privind în primul rând prin prisma ariei largi de acțiune ale serviciilor secrete permise prin articolul 3 al Legii Siguranței Naționale, descoperim lipsa garanțiilor procedurale și posibilitatea abuzurilor, dar observăm și ușurința cu care putem ca statul să pierdă foarte ușor procese prin faptul că LSN nu este adusă la standarde europene, cum a fost adus CPP.

Deși au fost diverse propuneri de modificări ale legislației din zona siguranței naționale, inițiatorii nu au propus nicio modificare a articolului 3.

O precizare mai veche a Centrului de Resurse Juridice este cea referitoare la reglementarea controlului judiciar asupra activității de informații arătând ca în prezent actul de autorizare se face de către procurori (considerați imparțiali de către CEDO) desemnați de Procurorul General al României și nu de un magistrat de scaun cum dorește CEDO. - Proiectul de modificare arată ce trebuie să conțină propunerea de autorizare, solicitarea procurorului și ce trebuie să conțină încheierea motivată a judecătorului, însă în continuare are în alcătuirea sa sintagma de judecători, anume expres “

Intruziunile în viața privată a cetățeanului mai sunt generos permise de legislația actuală din zona LSN și privind din perspectiva întinderii în timp durata de valabilitate a autorizării fiind viața.

Secțiunea III – Scopul și rolul înregistrărilor audio video

Scopul și rolul interceptărilor și înregistrărilor audio-video sau al fotografiilor, reiese după părerea mea din unele din condițiile și cazurile de înregistrare sau interceptare a convorbirilor telefonice sau comunicărilor efectuate prin telefon sau orice alt mijloc electronic de comunicare și anume, iar interceptarea și înregistrarea se impun pentru stabilirea situației de fapt ori pentru ca identificarea sau localizarea participanților nu poate fi făcută prin alte mijloace ori cercetarea ar fi mult întârziată” raliindu-se în același timp principiului operativității în procesul interceptărilor.

Cu toate acestea, după cum spune Conf. Univ. Dr. Mircea Damaschin, operativitatea nu înseamnă rabat de la calitate” iar în interpretarea mea, în speța noastră calitatea se referă la garanțiile procedurale, la respectarea cazurilor când se poate dispune această măsură etc.

Secțiunea IV – Precizări INEC

În România, realizarea acestui mijloc de probă este posibil numai în strânsă concordanță cu activitatea INEC (Institutul Național de Expertiză Criminalistică)

I.N.E.C. își desfășoară activitatea în baza Hotărârii Guvernului nr. 368 din 3 iulie 1998 privind înființarea Institutului Național de Expertize Criminalistice - ÎNEC, modificată prin Hotărârea Guvernului nr. 458 din 15 aprilie 2009 și a Ordinului Ministrului Justiției nr. 441/C/1999.

Institutul are ca obiect de activitate efectuarea expertizelor criminalistice.

Expertiza criminalistică reprezintă actul procesual prin care se efectuează o cercetare științifică a probelor materiale destinată identificării persoanelor, obiectelor, substanțelor, fenomenelor sau evenimentelor, stabilirii anumitor proprietăți, modificări de formă, aspect, conținut ori structură, precum și a mecanismului producerii acestora. (www.inec.ro)

Astfel, spre exemplu, ulterior obținerii autorizării unui astfel de mijloc de probă cum ar fi de pildă, interceptările audio, mai concret, cele referitoare la interceptarea convorbirilor telefonice, ele capătă relevanță, putere juridică și de ce nu admisibilitate într-un proces penal decât în urma efectuării unei expertize de autenticitate din partea unui interpret ÎNEC.

Fiind un procedeu tehnic, este necesară întrunirea mai multor elemente pentru a putea declara autentică o înregistrare sau interceptare audio.

Experții sunt obligați să aplice instrucțiunile producătorului. În România exista un caz, care implica întocmai această problemă de nerespectare a instrucțiunilor, fiind folosită într-un proces o înregistrare audio a unei convorbiri telefonice, iar expertul desemnat, solicitat să declare autenticitatea sau dimpotrivă a înregistrării în momentul traducerii manualului de utilizare a programului, traduce cuvântul englezesc, „over” cu sintagmă, mai puțin de”

O înregistrare audio-video digitală prezentată spre examinare sub formă de copie sau transferare realizată cu acuratețe, deși este evident că nu poate fi originală, are exact același conținut ca și înregistrarea originală, constituindu-se în acest caz într-o dovadă că evenimentele conținute au avut loc în realitate.

Cele de mai sus sunt susținerile unui raport ÎNEC, în care expertul Cătălin Grigoras a completat ca acestea au valabilitate doar dacă expertul compara direct înregistrările originale cu copiile acestora, de unde deduce că în lipsa unei asemenea conjuncturi, lipsește fundamentul științific al expertizării.

Supravegherea prin intermediul agenților statului sau prin mijloace tehnice a activităților cotidiene ale persoanei constituie din punct de vedere legal cât și moral o ingerință în dreptul la viața privată și la corespondența.

Totuși, omul este prin esență o ființă socială, astfel comunicarea verbală este principalul mod de relaționare cu semenii săi. Tocmai din acest motiv este necesar ca pentru apărarea valorilor fundamentale în cadrul unui stat democratic să existe anumite derogări cu privire la viața intimă a individului, interceptările audio sau video în cadrul procesului penal fiind una dintre cele mai importante elemente de probă. Astfel articolul 8 paragraful 2 din Convenția Europeană permite autorităților să deroge, în anumite condiții, de la dreptul persoanei la viața privată.

Noțiunea de interceptare și înregistrare că procedeu probatoriu a suferit numeroase modificări în reglementarea penală de-a lungul timpului. Astfel inițial se face referire numai la convorbirile telefonice, însă în legislația actuală, doctrina este de opinie că interceptările cuprind toate categoriile de comunicări, indiferent că sunt efectuate prin telefon, sisteme de tip electronic, cu ajutorul serviciilor poștale ori nemijlocit în mediul ambiental.

În vederea garantării legalității în domeniul supravegherii Curtea de la Strasbourg a arătat prin hotărârea din 25 martie 1998, în cauză Kopp contra Elveției, cât și prin alte hotărâri, faptul că legea internă trebuie să fie suficient de clară, în scopul de a oferi cetățenilor o indicație adecvată cu privire la împrejurările în care autoritatea poate lua asemenea măsuri, pentru evitarea abuzurilor.

Astfel în cazul Khan contra Marii Britanii, Curtea Europeană a constatat încălcarea dispozițiilor art. 8 din Convenția Europeană, că urmare a înregistrării în lipsa unei baze legale a conversației reclamantului în care acesta admitea implicarea să în traficul de droguri, prin plasarea unor dispozitive de înregistrare audio la domiciliul interlocutorului său-

Legislația procesual penală română prevede posibilitatea organului de urmărire penală, în cazul unor infracțiuni cu un grad de pericol social ridicat, pentru soluționarea cu corectitudine a cazului să se folosească pe lângă alte metode și procedeul înregistrării de imagini (art. 91 C.proc. Pen)

Interceptările, înregistrările, nu sunt mijloace de probă, ci procedee probatorii, prin care sunt obținute date, informații, imagini ce sunt redată ulterior în procesele-verbale sau pe planșă foto, certificate de procuror.

Secțiunea V - Remedii și sancțiuni privind nerespectarea diverselor aspecte privind autorizarea interceptării și înregistrării de sunet și imagini

Având în vedere valoarea normelor susceptibile de a fi încălcate prin acest mijloc de probă, prezintă o deosebită importanță felul în care se pleacă în derularea operațiunilor, o eventuală cauză de nelegalitate sau de netemeinicie putând afecta procedura ulterioară.

Situații: a) încheierea de autorizare este acordată de către un organ judiciar necompetent ori nelegal desemnat sau cererea de autorizare este formulată de un organ necompetent.

În cazul unei sesizări sau pronunțări asupra cererii de către o instanță sesizată, necompetența din punct de vedere material sau după calitatea persoanei sancțiunea nu poate fi decât nulitatea absolută (art. 197 alin. (2) și (3) C.pr. pen).

În cazul în care instanța sesizată constata necompetența să în materia autorizării interceptărilor și înregistrărilor audio sau video, se va dispune respingerea cererii procurorului pe acest temei și nu declinarea competenței.

B) încheierea de autorizare vizează infracțiuni care nu fac parte dintre cele prevăzute de art. 91 ind.1 alin. (2) C. p. pen. sau situații care nu fac parte dintre acelea prevăzute de art. 20 din Legea nr .535/2004.

În ambele situații sancțiunea este nulitatea absolută pe care instanța o poate constata din oficiu în orice fază a procesului penal și înlăturarea din ansamblul probator a mijlocului de probă obținut ilegal.

Aceeași sancțiune a nulității absolute a încheierii și a înlăturării din probatoriu va fi aplicată și în cazul în care în temeiul hotărârii instanței luată nelegal datorită depășirii sferei licitului penal permis au fost obținute informații concludente și utile într-o altă cauză penală, în baza art. 91 ind.2 alin. (5) C. p. pen., deoarece mijlocul investigativ este unul viciat.

Cu privire la acest ultim aspect să facem mențiunea că noul Cod de procedura penală vine cu o dispoziție foarte importantă – și care apreciem că își va arăta potențialul de aplicare – în art. 102 care prevede următoarele: “Probele obținute prin tortură, precum și probele derivate din acestea nu pot fi folosite în cadrul procesului penal. Probele obținute în mod nelegal nu pot fi folosite în procesul penal.

În mod excepțional, dispozițiile alin. (2) nu se aplică dacă mijlocul de probă prezintă imperfecțiuni de formă sau există alte neregularități procedurale care nu produc o vătămare pentru înlăturarea căreia este necesară excluderea acestuia. Probele derivate se exclud dacă au fost obținute în mod direct din probele obținute în mod nelegal și nu puteai fi obținute în alt mod. Probele derivate din probele prevăzute la alin. (2) nu se exclud dacă probele obținute în mod nelegal sunt folosite în condițiile alin. (3) “.

C) încheierea de autorizare nu cuprinde mențiunile prevăzute de lege.

Prin acestea se înțelege obligativitatea motivării actului judiciar respectiv câtă vreme toate categoriile de acte emise în scopul permiterii efectuării interceptărilor și înregistrărilor de sunete și de imagini trebuie să cuprindă practic motivația demersului respectiv.

În ceea ce privește strict materia vizând siguranța națională, într-una dintre puținele lucrări de specialitate care au abordat critic mențiunile din Legea nr. 535/2004 care se referă la măsurile privind desfășurarea unor activități în scopul culegerii de informații (secțiunea a 2-a a capitolului 2 al legii),

s-a învederat îndreptățit că textul art 21. Alin. (9) din mai sus menționatul act normativ se afla, parțial, într-o evidentă necorelate cu dispozițiile art 21. Alin (1) și (5) din Legea nr 535/2004, în mandat indicându-se și procedeu investigativ care se autorizează din moment ce acesta este vizat atât prin cererea cu care judecătorul a fost sesizat, cât și prin cea inițial întocmită de serviciul de informații, fiind de neconceput emiterea unui act de autorizare în care să nu se precizeze tocmai măsură ce se autorizează și care, din acest motiv, nici nu ar putea fi pus în aplicare.

Urmările lipsei mențiunilor sau a unora dintre acestea sunt în primul rând de ordin imediat, atunci când se referă la alte aspecte decât nemotivarea actului de autorizare, fie ea și în situații de urgență, și conduc în principiu la imposibilitatea totală sau numai parțială de punere în aplicare a autorizației, în funcție de elementul concret care nu se regăsește deși ar fi trebuit să se regăsească în mod imperativ - printre acelea prevăzute de încheierea în cauză.

Dacă totuși se trece la punerea în executare a respectivului mandat, chiar și astfel viciat, încheierea respectivă, precum și toate interceptările efectuate în baza să vor fi excluse din ansamblul probator.

D) prin încheierea de autorizare nu se respectă termenele prevăzute de lege sau încheierea însăși se pronunță cu depășirea termenelor prevăzute de lege, acolo unde este cazul.

Într-o asemenea ipoteză, este limpede că acest aspect de nelegalitate echivalează cu o lipsă a autorizării pentru perioada care excede celor 30 de zile sau chiar a celor 120 de zile, în cazul procedurii penale sau chiar celor 6 luni sau 3 luni pentru care se dispune ori se prelungește măsură, în cazul prevederilor vizând siguranța națională.

E) Prin încheierea de autorizare se dă altceva decât ceea ce se solicită.

Acest aspect are în vedere emiterea actului de autorizare pentru alte persoane decât cele solicitate a fi supravegheate; pentru alte mijloace de comunicare decât cele identificate de către organul de anchetă sau pentru alt loc de supraveghere decât cel indicat de către procuror.

F) Încheierea de autorizare nu este dată în camera de consiliu.

În această situație potrivit prevederilor Codului de Procedura Penală cât și noului Cod de Procedura Penală, se apreciază că soluția este tot aceea a nulității absolute. Deși astfel specificate în cărți de specialitate, nu vedem sub ce aspect ar interveni nulitatea absolută, pentru că se precizează că autorizarea se dă în camera de consiliu dar nu se specifică că ședința în camera de consiliu este nepublică. În ambele coduri, atât în actualul Cod de Procedură Penală cât și în Noul Cod de Procedură Penală, nulitatea absolută intervine când ședința trebuia să fie publică și în fapt este nepublică, nu când trebuia să fie nepublică și în fapt, ea este publică.

G) Încheierea de autorizare este netemeinică.

Acesta ipoteza are în vedere aspectul de nefondare al încheierii respective, adică această n-ar fi trebuit să fie acordată întrucât nu existau suficiente indicii concrete sau fapte care să justifice măsură interceptării și înregistrării sunetelor și imaginilor. Și aici se ridică anumite probleme de drept, deoarece nu exista cale de atac împotriva încheierii de autorizare, iar competența instanței de fond cu privire la controlul asupra acestui aspect este și în acest caz discutabilă

H) Încheierea de autorizare s-a emis prin nerespectarea prevederilor nr. 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate. În cazul de față, situația se referă doar la interceptările menționate în Legea Siguranței Naționale, căci în procedura penală acest aspect nu se aplică.

Situația presupune că magistrații procurori sau judecători nu îndeplinesc condițiile impuse de lege pentru a avea acces la informații clasificate, mai exact fiind vorba de dispozițiile Secțiunii a 5-a din cadrul Capitolului II al Standardelor naționale de protecție a informațiilor clasificate în România aprobate prin H.G. nr 585/2002.

Secțiunea VI - Mijloace tehnice propriu-zise de interceptare și înregistrare audio-video

Spionajul electronic a făcut obiectul a multiple lucrări juridice, mai ales după afacerea Watergate din Statele Unite.

Legea penală franceza, americană și canadiană își bazează protecția intimității pe natura convorbirilor, ocrotind convorbirile și comunicările orale sau prin mijloace de telecomunicații în orice loc, chiar în locuri publice, dacă autorul se așteaptă ca respectiva convorbire să nu fie interceptată de o altă persoană decât de aceea căreia îi era destinată. Această soluție pare a fi preferabilă, deoarece mai mult decât locul convorbirii, natura să este mai importantă pentru a o caracteriza că ținând de intimitatea persoanei. Un număr mare de convorbiri intime având loc în cafenele, restaurante, cabine telefonice etc.. O asemenea soluție a fost consacrată și de jurisprudență americană (Katz vs. Statele Unite), în motivarea deciziei Curții Supreme arătându-se că la al patrulea amendament al Constituției americane, referitor la interceptarea convorbirilor, protejează pe oameni și nu locurile.

Pe de altă parte, legea engleză se situează pe poziția ca hotărâtor în caracterizarea că intimă a unei convorbiri sau comunicări este conceptul de “trespass” (încălcarea abuzivă a dreptului unei persoane) și conceptul de “prejudiciu” pentru a proteja intimitatea convorbirilor ca și când ar fi vorba de ocrotirea relațiilor de proprietate.

Ca un paradox apare faptul că, deși spionajul s-a dezvoltat vijelios în ultimii ani, plângerile împotriva ascultărilor clandestine formulate la autorități sunt foarte rare. Aceasta se explică prin extremă miniaturizare a aparatelor de ascultare, ceea ce creează mari dificultăți în descoperirea lor, dar chiar când ~~este~~ sunt descoperite este și mai dificil de identificat autorul faptei în cauză.

Acțiunea de interceptare a comunicațiilor se realizează în mod concret prin utilizarea unor mijloace și dispozitive tehnice, de la banalul microfon-emitator minuscul până la satelit, gama acestora fiind extrem de largă și din ce în ce mai sofisticată.

Punerea în executare a autorizațiilor de interceptare și înregistrare a convorbirilor sau comunicărilor efectuate prin telefon sau prin orice alt mijloc electronic de comunicare

Organele care efectuează interceptările și înregistrările

Punerea în executare (în aplicare) a autorizației echivalează cu executarea unei dispoziții emise de judecător sau procuror.

Înregistrările prevăzute de către art 91 ind.1. C.pr. Pen pot fi efectuate fie de către procuror care instrumentează cauza, personal, fie, din dispozițiile acestuia de către lucrătorii din cadrul poliției judiciare.

Se poate apela și concursul tehnic al altor persoane, specialiști, experți etc, având în vedere că această activitate poate presupune cunoștințe specializate, precum și echipamente și mijloace tehnice complexe în unele cazuri.

Aceste persoane, specialiștii, tehnicienii sau experții fac parte din cadrul altor instituții, de regulă servicii sau structuri specializate în culegerea sau prelucrarea informațiilor așa cum sunt descriși în cuprinsul articolului 14 din Legea nr 51/1991 privind siguranța națională a României. De regulă, la D.N.A spre exemplu, exista serviciul tehnic, compus din specialiști în interceptări care, fiind și ofițeri sau agenți de poliție judiciară, sunt delegate în cauze penale tocmai pentru a da concurs tehnic la interceptări. Se prevede că există titular sau categorii de persoane împuternicite care au dreptul de a deține și folosi mijloace adecvate în acest sens.

Sunt autorizate să dețină și să folosească mijloace adecvate pentru verificarea, prelucrarea și stocarea informațiilor, în condițiile legii, următoarele instituții: Serviciul Roman de Informații (articolul 8 din legea nr 14/1992) Ministerul Administrației și Internelor prin Direcția Generală de Informații și Protecție Internă (articolul 22 ind 1, alin. (1), din legea din 40/1990, care prevede că: Pentru îndeplinirea atribuțiilor prevăzute de art.17, lit b ind 1, și în limitele acestora, Ministerul Administrației și Internelor este autorizat să dețină și să utilizeze mijloacele tehnice specific pentru obținerea, prelucrarea, verificarea, stocarea și valorificarea de informații, deschis și/sau acoperit, în condițiile legii) Ministerul Apărării Naționale, prin Direcția Generală de Informații a Apărării și Direcția Națională Anticorupție (art. 15 ind.1 din O.U.G nr 43/2002)

Alegerea organului care va pune în executare autorizația de interceptare și înregistrare este efectuată de către instanță de judecată la propunerea procurorului, în funcție de mai mulți factori și anume:

Competența conferită prin legile de organizare și funcționare a organelor din care fac parte persoanele chemate să participe la concurs tehnic; competența inclusiv cea teritorială a diferitelor structuri organizatorice din cadrul acestor organe; posibilitățile tehnice ale acestora, mijloacele, echipamentele și specialiștii de care dispun; elementele care țin de natură și caracteristicile cauzei penale respective.

În unele situații, de obicei în cauzele complexe, se poate apela și la concursul a doua sau mai multe instituții sau structuri specializate, cu singura condiție de compartimentare strictă a activităților desfășurate.

Din cauze ce țin exclusiv de păstrarea secretului, dar și de tehnică legislativă Legea nr. 51/1991 nu enumeră mijloacele tehnice prin care se pot efectua interceptări și înregistrări, însă, în cuprinsul art. 16 alin (1) se prevede că mijloacele de obținere a informațiilor necesare siguranței naționale nu trebuie să lezeze în niciun fel, drepturile sau libertățile fundamentale ale cetățenilor, viața particulară, onoarea sau reputația lor, ori să îi supună la îngrădiri ilegale.

O altă cerință importantă este cea legată de obligația persoanelor chemate să dea concurs tehnic de a păstra secretul operațiunilor efectuate (art 91 ind 2, alin (1) CPP) Această obligație incumbă, de altfel, tuturor persoanelor implicate (judecători, procurori, ofițeri de poliție judiciară, tehnicieni și alții) fiind o condiție esențială pentru asigurarea eficienței acestor procedee probatorii, iar sancțiunile pentru nerespectarea acestei obligații sunt privative de libertate.

Potrivit legii, organele care efectuează interceptările și înregistrările sunt: Procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală, și organul de cercetare penală în urma dispoziției procurorului.

În anumite situații speciale, în caz de urgent așa cum prevede în Legea nr. 56/2006, dacă obținerea autorizației prevăzute de art 91 ind 1 alin (1)(2) și (8) ar aduce grave prejudicii activității de urmărire penală, dispune cu titlu provizoriu, prin ordonanța motivată, interceptarea și înregistrarea convorbirilor sau comunicărilor, pe o durată de cel mult 48 ore. Ordonanța motivată trebuie înscrisă în registrul special prevăzut în art 228 alin 1 ind 1 C.pr. Pen.

Deasemenea, în termen de 48 ore de la expirarea duratei pentru care a fost dată ordonanța, procurorul are obligația să o prezinte, împreună cu suportul pe care sunt fixate interceptările și înregistrările efectuate și un proces verbal de redare rezumativă a convorbirilor, în vederea confirmării, judecătorului de la instanță căreia i-ar reveni competent să judece cauza în prima instanță sau de la instanță corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se afla sediul parchetului din care face parte procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală. Examinarea legalității și temeiniciei ordonanței urmează să se facă de către judecător, care se pronunță prin încheiere motivată dată în camera de consiliu, în termen de 24 ore. Dacă ordonanța este confirmată și procurorul a solicitat prelungirea autorizării, judecătorul va dispune autorizarea pe mai departe a interceptării și înregistrării, în condițiile art 91 ind.1, alin 1-3 și 8.

În cazuri urgent și temeinic justificate, procurorul poate dispune, prin ordonanța, reținerea și predarea corespondentei, în temeiul art. 98 alin 1 ind 2 CPP. În aceste cazuri, procurorul are obligația de a informa de îndată instanța cu privire la dispunerea reținerii și predării corespondentei, iar nu obligația de a prezenta judecătorului ordonanța, în vederea confirmării, așa cum se prevede în art 91 ind 2, alin (3) CPP. Dispoziția în cauză este de altfel una criticabilă, datorită încălcării principiului *ubi idem ratio est, idem jus* (la situații identice, tratament juridic identic) referindu-se în cauza la rațiunea neunitară privitoare la situația interceptării provizorii a unei convorbiri telefonice pe bază de ordonanță supusă confirmării instanței conform legii, iar când intra în discuție interceptarea unei scrisori spre exemplu, instanța este informată cu privire la acest lucru, însă cea din urmă nu are la îndemână un procedeu juridic prin care să verifice temeinicia și legalitatea ordonanței procurorului. Ajungem în situația în care cenzurarea organului de urmărire penală devine imposibilă din cauza lipsei unei remedii procesuale afectate instanței. Se ajunge în acea situație descrisă de CEDO, în care suntem criticați pe legislația mai veche, în care procurorul interceptează scrisori sau procedează la deschiderea coletelor.

Secțiunea VII – Concluzii

În concluzie, aspectul privitor la interceptările și înregistrările audio-video au o importanță deosebită în legislația noastră penală, în prezent nemaexistând multe cauze de corupție sau trafic de droguri spre exemplu, care să nu conțină în materialul probator și astfel de măsuri. Disponerea acestor măsuri s-a făcut de multe ori contrar exigentelor legilor în vigoare, încălcându-se cu numeroase ocazii drepturile omului. Importanță care trebuie să fie acordată acestei legi rezidă în primul rând din însăși valoarea socială care risca să fie încălcată prin nerespectarea cu strictețe a normelor în materie, în speță dreptul la viața privată, intimă și de familie și dreptul la secretul corespondenței.

Faptul că legislația în vigoare are anumite lipsuri, ce pot isca controverse și se pot înfățișa ca subiecte de discuție separate de prezența analiza, este neîndoielnic, însă suntem obligați să îi acordăm legiuitorului beneficiul dubiului, și prezenta fiind un material ce detaliază un mijloc de proba din procedura penală, să acționăm în consecință și să aplicăm corect principiul prezumției de nevinovăție, iar orice dubiu să fie în favoarea legiuitorului.

Referințe bibliografice

Legea Siguranței Naționale

Codul Penal

Noul Cod Penal

Noul Cod de Procedura Penală

Drept Procesual Penal – Mircea Damaschin, editura Wolters Kluwer

Tehnici special de investigare în justiția penală – Radu Slavoiu, editura C.H Beck

www.inec.ro

www.scj.ro

www.juridice.ro

Teoria și practica interceptărilor și înregistrărilor audio și video judiciare – Tudoran Mihai Viorel, Editura Universul Juridic

Înregistrările audio și audio video - P. Adrian, C. Grigoras, Ed. CH Beck, 2010

CONDAMNATI DEOSEBIT DE PERICULOSI – POSIBILITATEA REEDUCARII SI A REINSERTIEI SOCIALE A ACESTORA

Ioana-Cristina DEDU¹

Abstract

Condamnații deosebit de periculoși constituie o provocare atât pentru legiuitor, fie el european sau român, cât și pentru persoanele însărcinate cu paza acestora. Prezenta lucrare dorește să detalieze problematica condamnaților periculoși în lumina prezentării unui caz de astfel de condamnat. Posibilitatea de reeducare și reinserție socială a acestei categorii de nișă este analizată tocmai prin observarea comportamentului și a modului de reflecție al condamnatului. Venim și arătăm de ce acești condamnați sunt un pericol pentru penitenciar și pentru ei înșiși, câteodată, precum și concluziile la care am ajuns în urma studiului efectuat asupra unui caz de astfel de condamnat deosebit de periculos.

Cuvinte-cheie: *periculos, reeducare, reinserție, risc, condamnat.*

INTRODUCERE

Condamnații deosebit de periculoși sunt una dintre categoriile care necesită o mai atentă îngrijire acordată de către cadre specializate în sensul cunoașterii tipologiei acestor deținuți. Condamnații periculoși sunt aceia care, în spiritul Regulilor europene, ar trebui cazați individual, având în vedere gradul de risc pe care îl induc locului de deținere. Aceștia prezintă, nu în puține rânduri, episoade sau stări permanente psihotice, dar nu îndeajuns încât să determine internarea acestora într-un institut specializat în acest sens. Cum este de așteptat, aceștia săvârșesc fapte reprobabile, fapte ce inspiră oroare în rândul populației, cum ar fi omoruri, violuri, tâlhării urmate de moartea victimei, acte de terorism, trafic de arme, de droguri sau de persoane și alte asemenea fapte ce incumbă un pericol social dintre cele mai ridicate. Faptele lor sunt săvârșite cu intenție, unele cu intenție premeditată, iar altele cu intenție repentină, "crime pasionale", cum sunt ele denumite în unele lucrări de specialitate. De aceea, lăsarea lor în libertate sau chiar cazarea în penitenciar în comun pot crea îndeajuns de multe prejudicii societății. Din păcate, însă, situația supraaglomerării din unele penitenciare nu permite tratarea acestui tip special de condamnați într-un mod adecvat necesității. În schimb, unele țări au încetat să repartizeze condamnații în secții sau penitenciare în funcție de gradul de risc pe care aceștia îl prezintă, considerând că sistemul de pază este potrivit pentru toate tipurile de deținuți, iar de cei violenți trebuie să se ocupe cu precădere medicii și psihologii.

Condamnații deosebit de periculoși crează probleme speciale în penitenciar, de unde și nevoia de o arecare reglementare specială. Astfel cum prevede Recomandarea (2003)²³ a Comitetului de Miniștri, denumită în continuare "Recomandarea", un principiu general pentru organizarea executării pedepsei celor cu condamnări pe viață sau condamnări lungi este considerat a fi clara distincție dintre riscul presupus de către condamnați pentru comunitatea externă închisorii, pentru ei înșiși, pentru alți deținuți și pentru cei care muncesc sau vizitează închisoarea. Condamnații deosebit de periculoși sunt aceia care nu arată nicio formă de respect pentru valorile sociale, morale, unanim acceptate, le este necunoscută supunerea în fața legii sau a altei persoane, motiv pentru care rezolvă orice conflict cu violența și nu recunosc autoritatea altei persoane, cu excepția liderilor negativi sub a căror protecție doresc să se afle.

¹ Studenta, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu", (ioanacristinadedu@yahoo.fr). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof. univ. dr. CHIS Ioan (profchisioan@yahoo.com).

Deseori, acești condamnați se supun ca urmare a resimțirii unei temeri cu privire la revenirea în penitenciar, loc deloc agreat de această categorie care nu vede rostul condamnării, nu de puține ori considerând că nu au greșit cu nimic, iar victimele i-au "provocat".

CUPRINS:

Deși dorința specialiștilor este de a-i trata ca o categorie de sine stătătoare, studiul singularităților pare a fi modalitatea cea mai adecvată de a înțelege în profunzime personalitatea acestor deținuți și devenirea lor pe parcursul vieții.¹

Un caz deosebit de interesant, prezentat și analizat de Gheorghe Florian² îl constituie așa-numitul N.I., autorul unui omor împotriva lui M.C. în clubul secției condamnaților pe viață din Penitenciarul București Rahova. Deținuții care executau pedeapsa cu detențiunea pe viață aveau la dispoziție, în afara programului de plimbare zilnică, două ore în clubul secției, loc unde puteau desfășura activități fizice, recreative, li se acorda asistență psihologică și beneficiau de programe terapeutice individuale. Cazul a fost prezentat în lucrarea amintită ca un studiu efectuat din punct de vedere psihologic și crimonologic, însă noi îl vom percepe din perspectiva educării și a reinserției sociale.

Deținutul N.I. nu crease probleme de la admitere, se integrase bine în grupul deținuților. Pe fondul unei vechi altercații, din cauza faptului că M.C. informase cadrele de la Spitalul-penitenciar Jilava cu privire la intenția lui N.I. de a evada, condamnatul N.I. îl omoară pe M.C.

Vom reda în continuare părți relevante din analiza efectuată asupra lui N.I., realizată pe baza studiului comportamentului, fișei medicale, amnezei, testelor psihologice și interviurilor multiple, analiză ce ne va ajuta în arătarea posibilei direcții de reeducare și resocializare a acestuia, dacă această direcție este într-adevăr cu putință.

Parinții lui N.I. s-au despărțit încă de la nașterea sa, prima copilărie fiindu-i împărțită între bunicii materni, până la 3 ani, și mama, împreună cu tatăl vitreg, după această vârstă. Relația dintre copil și tatăl vitreg a fost una rece și tensionată, motiv suficient pentru ca cel dintâi să caute alinare și învățăminte în următorul exemplu parental, unchiul matern. Acesta era un infractor notoriu, care nu s-a ferit de la a-i oferi băiatului la o vârstă extrem de fragedă o incursiune în viața infrațională, determinându-l să atace un coleg de grădiniță cu cuțitul, această faptă marcându-i începutul parcursului infrațional. Își petrece adolescența între spitalul de boli nervoase, un centru pentru minori, un centru de reeducare și penitenciar. Unchiul său este condamnat la moarte și îl obligă pe tânăr să îi promită că îl va răzbuna prin uciderea concubinei sale (**“când scapi, te duci în P. și o omori pe Eugenia, mă auzi ce-ți spun, jură-mi!”**), promisiune ce îl determină să aibă o mare aversiune față de “turnători”, ei fiind cauza prezumtivă pentru care unchiul său a fost executat. Din acel moment, se poate observa cu ușurință setea pentru săvârșirea de infracțiuni cu violență, omorând-o pe concubina unchiului, atacând un comandant de unitate, omorându-și partenera despre care consideră că l-a trădat, atacând cu un cuțit un coleg deținut, “tovarăș” care îl trădase, (**“norocul lui că am avut un cuțit prea mic și a scăpat”**) și omorându-l pe M.C.

N.I. prezintă serioase disfuncții de ordin afectiv, autorul atribuindu-i diagnosticul de tulburare de personalitate paranoidă.

Deținutul N.I. a fost rugat să realizeze o lucrare descriptivă de sine cu titlul “Cine sunt eu?”, lucrare din care ne-am permis să extragem câteva pasaje, expresii sau cuvinte care apar ca edificatoare din perspectiva posibilității reeducării acestuia.

“Nu am avut parte de prea multă copilărie, deoarece trăiam între oameni maturi, unchiul meu și prietenii lui, care nu duceau o viață prea ortodoxă”. De aici putem înțelege faptul că nu a avut parte de o educație, de stabilirea unor valori morale și sociale ce trebuie respectate în

¹ Gheorghe Florian- Fenomenologie penitenciara, ed. Oscar Print, București 2003, pag. 141.

² Informațiile referitoare la condamnat și confesiunea acestuia se regăsesc în opera mai sus citată, între pag.144-155.

orice societate de drept, ba din contră, i-a fost inoculată ideea că “dacă ești slab, te mănâncă lupii”, idee ce urmează a-l împiedica să aibă sentimente umane față de celelalte persoane.

O altă dovadă a lipsei educației convenite sunt vorbele unchiului, care atunci când a auzit că a fost agresat la grădiniță, “i-a pus cuțitul în mână” și l-a determinat să caute răzbunare împotriva băiețelului.

Ulterior, N.I. a fost cooptat de același unchi pentru a-i îndeplini planurile infracționale, “devenisem sursa lui de bani, **el și prietenii lui îmi dădeau ponturi iar eu le executam, mie îmi plăcea**”. Această afirmație relevă faptul că băiatul își însușise tendințele criminale ale unchiului și nu avea de gând să le abandoneze, chiar din adolescență fiind învățat cu câștiguri rapide și ușoare, cu petreceri, băuturi alcoolice și serviciile prostituatelor.

Toată perioada infracțională din copilărie și adolescență și-a pus amprenta asupra vieții sale de familie, lucru recunoscut chiar de el, “dar a venit vremea să mă căsătoresc, să am răspunderi și nu mai puteam să mă comport ca până atunci, **trebuia să mă schimb, dar am văzut că nu mai puteam**”. Aici se poate observa dorința lui pentru schimbare, însă această dorință este cu mult depășită de iubirea pentru unchi, iubire care îl împinge chiar și după moartea acestuia la fapte infracționale. Înțelege că nu este bine ce face, înțelege că este nevoie din partea lui de inițiativă într-o direcție sănătoasă, dar nu se poate dezvăța și, mai ales, nu poate rezista în fața îndemnurilor unchiului. N.I. începe să aibă halucinații în care unchiul “venea cu atâta vijelie și putere că nu pierdeam niciodată, **am tăiat pe foarte mulți în viața mea, dar niciunul pe mine, nu am nicio zgârietură de cuțit**”. Aceasta semnifică lipsa de remușcare, chiar mândria tânărului de atunci cu privire la viața sa infracțională și la lipsa sa de înfrângere, mândrie alimentată tot prin cuvintele unchiului: “te duci și îi bei sângele, altfel eu te omor cu mâna mea, **muiere ce ești**”. Copilul a înțeles în acel moment că dacă nu se dă bătut și luptă cu oricine i-ar sta în cale, va fi considerat bărbat demn de respect în ochii unchiului său, de altfel singura părere care contează pentru cel dintâi. De asemenea, continuă în săvârșirea faptelor pentru a nu-și dezamăgi “stâlpu, baza”, astfel cum îl denuște. În acest mod, așa cum mulți bărbați au fost învățați în copilărie să nu plângă atunci când dau de necazuri, “băieții mari nu plâng”, așa a pătruns și ideea în subconștientul lui N.I. de a nu permite nimănui să scape nevățat după ce l-a provocat.

După ce săvârșește o infracțiune de vătămare corporală împotriva cumnatului său, N.I. începe să se autoanalizeze și descoperă că nu poate să ducă o viață cinstită, după cum el însuși spune, “am divorțat deoarece **îmi dădeam seama că nu mă voi schimba** și voi face mai mult rău familiei și cred că bine am făcut, deoarece viitorul a demonstrat acest lucru”. El încearcă să se schimbe, încearcă să își găsească un rost în viață, se căsătorește și încearcă să ducă o viață familială armonioasă, însă “**primul scandal cu tăierea cumnatului meu mi l-a adus din nou în viața mea pe nea Gică**”.

N.I. afirmă că “**știu că m-am format singur, bineînțeles că au contribuit și alții la aducerea mea în stadiu în care am ajuns dar nu știu sigur dacă mă mai pot întoarce din drum**”. De aici reiese imposibilitatea de a fi educat, el recunoaște că are o formare negativă de care nu poate scăpa, “cred că atât de mult s-a inoculat răul în mine, pe care mi-l doream să-l am cu ardoare cu ani mulți înainte când eram mereu lovit, **încât acum nu mai pot scăpa de el, cel puțin nu singur**”. Spune că nu poate reuși singur, dar ulterior critică sistemul penitenciar, spunând că “nu se lucrează deloc unde trebuie și cu ce trebuie... aceste modalități sunt bune într-adevăr la cei slabi dar este suficient să fie câțiva inși mai puternici și **totul va exploda și dezastrul va fi mult mai mare**”. Se referă, credem, la faptul că modalitățile de constrângere sunt într-atât de nepotrivite, încât atunci când își vor atinge punctul maxim, nu vor mai funcționa la nivel optim, “lumea se obișnuiește cu tot ce-i dai”, iar pe de altă parte, lui N.I. îi este frică de momentul în care cineva îl va provoca. “**Cred și sunt aproape convins că dacă aș sta izolat singur mai mulți ani de restul lumii de aici, poate în acest fel nimeni nu ar mai avea de suferit**”. Aici observăm ca el însuși nu-și dorește reinsertia socială, dorește să stea singur, bănuiește că este mai atras de rău decât de bine.

Deși conștientizează că nu este bine ceea ce face, că nu ar trebui să facă rău și prin aceasta să aducă suferință familiei sale, nu se poate abține de la ascultarea îndemnurilor unchiului, chiar sub

forma unor halucinații. Individul însuși afirmă că “nu știu nici cine trebuie să moară, nici câți mai vrea, **eu nu i-am căutat niciodată** dar cred ca el îi conduce la mine, nu știu ce vrea, dar știu că el nu-mi dorește răul, mă conduce spre ceva, ceva care știe el mai bine, dar eu nu îl pot vedea sau percepe.” Pe de o parte, condamnatul spune că nu a căutat niciodată victimele, iar pe de altă parte, “la cutremur am evadat din nou... m-am dus în P. și am aruncat-o pe Eugenia de la et. 7, **ma ținusem de cuvânt**”. Apare o nepotrivire în monologul său, poate consideră că unele victime au meritat-o mai mult ca altele, sau pe unele nu dorea să le scape prin avertismente anterioare săvârșirii oricărei fapte, cert este faptul că nu recunoaște o altă autoritate în afară de cea a unchiului său, modelul existent în viața sa încă din copilărie. Se poate observa cu ușurință că iubirea față de unchi și promisiunea făcută acestuia sunt mai importante pentru N.I. decât propria voință de a rezista îndemmurilor criminale, decât propria percepție dezaprobatore asupra vieții sale infracționale. Oricât ar dori să se schimbe, influența unchiului înfrânge dorința sa de educare în spiritul unei conviețuiri pașnice cu persoanele care i-au făcut mai mult sau mai puțin rău, “**la primul impuls nervos, la început ca voce (omoaară-I)**, niciodată nu spune bate-l, cu vocea mă descurc, o pot alunga, dar când apare în persoană nu am nicio putere, el mă conduce cum vrea”.

Nu are regrete reale în legătura cu faptele săvârșite, afirmând că “știu că viața este un lucru prețios, nu știu de ce unii renunță atât de ușor la acest dar, pentru mine a-i lua acest dar înseamnă a-mi dărui mie o viață, pe care eu nu i-am cerut-o și **pentru acest lucru să-mi pară rău?**”.

Speră, totuși, la liberare, ceea ce ne arată o inconsecvență în relatere și în sentimentele sale, pe măsură ce scrie își schimbă părerea, “**eu totuși mă voi libera** și cred că așa va fi, nu știu cum să mă explic dar sunt aproape sigur și știu că timpul nu este prea îndepărtat, veți vedea că nu mă înșel, indiferent ce voi face în continuare aici cât voi fi închis”. Această inconsecvență ne poate arata o lipsă de sinceritate din partea sa, o dorință de a înșela persoana desemnată cu studiul fișei sale psihologice și cadrele din penitenciar în scopul obținerii unor facilități sau recompense, dar considerăm că acest lucru se datorează, mai degrabă, acelei tulburări psihice de care aminteam, ba chiar luptei interioare pe care o poartă cu sine împotriva influenței unchiului care îl afectează chiar și după moartea aceluia personaj.

O încercare de educare nu ar avea sorți de izbândă, N.I. se ghidează tot după codul moral sau amoral al unchiului și al prietenilor săi, pe el îl vede un adevărat model în viață și este singurul care are autoritate în fața lui, chiar dincolo de mormânt. Astfel de condamnați se agață de o persoană, de un lider negativ și își formează întreaga viață în jurul acestora, îi plasează pe un piedestal și încearcă să nu se abată de la normele impuse de acesta, fiindu-le chiar rușine de ei atunci când nu aduc la exactă îndeplinire “ordinele”. Orice încercare de a schimba viziunea unui astfel de condamnat nu poate fi decât sortită cu eșec, condamnatul nu înțelege valorile morale și sociale pe care societatea civilă le găsește normale, ci doar pe acelea care i-au fost servite drept exemplu în fragedă copilărie și adolescență, fie ele negative.

În pofida concluziilor cu privire la acest condamnat, credem într-o eventual reeducare și reinsertie sociala a altor condamnați, din aceeași categorie, însă mai puțin expusi la influențe nocive încă din sanul familiei.

“Il est facile de transformer l’homme en bête; il est terriblement difficile et incroyablement long de refaire de cette bête un home.” – Pavlov, Françoise Thom, *Le moment Gorbatchev*, Paris, Hachette, 1989, pag. 43.¹

¹ <http://mircea-stanescu.blogspot.ro/2007/12/reeducarea-total-eseu-asupra.html>

Există o întrebare pe care ne-am adresat-o încă de la începutul conceperii acestei lucrări, întrebare care solicită un răspuns nu tocmai ușor de dat: putem, oare, vorbi despre reeducare, o reeducare reală, în rândul condamnaților deosebit de periculoși?

Reeducarea oricărui tip de condamnat pentru infracțiuni intenționate sau praeterintenționate este dificilă din perspectiva încercării de a dezrădăcina tendințele infracționale deprinse de-a lungul timpului, dar situația condamnaților deosebit de periculoși pune cu atât mai multe probleme din cauza existenței unor tulburări psihice care împiedică rațiunea și simțul legii să intervină la timp, înainte de luarea rezoluției infracționale, în etapa internă a deliberării ce se produce în mintea individului. Reeducarea trebuie să pornească de la evaluarea stării psihice a deținutului, de la înțelegerea comportamentului patologic al acestuia. De aceea, persoanele care urmează a se ocupa de aceștia cunosc condiția specială încă din momentul admiterii în penitenciar, se studiază dosarul deținutului, se introduce în zona de carantină care are o durată de 21 de zile, perioadă în care "noul-venit" este investigat din punct de vedere medical, atât fizic, cât și psihic, i se impune un regim de executare a pedepsei, stabilindu-se, totodată, gradul său de pericolozitate pentru penitenciar și măsurile ce trebuie luate pentru evitarea oricărei situații neplăcute.

Reeducarea este o acțiune de formare, condamnatul este ajutat de cadre sau de personalul specializat să își formeze sau îndrepte o conduită caracterizată prin respect față de normele legale sau cele sociale, de conviețuire, în general.

Trăsături precum cinstea, onoarea, abilități de comunicare verbală și scrisă bine dezvoltate, respectul față de persoanele din jur sunt absolut necesare pentru accederea condamnatului în mediul social, familial, ocupațional.

Educarea și reeducarea în cazul acestui tip de condamnați nu poate fi văzută într-o lumină prea favorabilă, șansele ca aceștia să își schimbe conduita în realitate, iar nu să se prefacă pentru a obține diverse recompense sau facilități înclină mai mult spre zero. Bineînțeles că pot exista cazuri în care reeducarea să funcționeze, atunci când condamnatul însuși dorește să se schimbe în bine, să pornească pe ușa penitenciarului cu niște valori bine înrădăcinate, altele decât cele negative cu care a intrat.

Această "terapie" se aplică diferențiat, după cum vorbim de oameni de vârstă diferită, de sex diferit, cu o experiență de viață diferită și cu capacitate intelectuală diferită. De asemenea, trebuie avute în vedere și durata pedepsei și natura faptei care a atras condamnarea.

Punctul 33 din Recomandare ne spune că pentru a facilita depășirea de către deținuți a problemelor de trecere de la o încarcerare de lungă durată la o viață trăită cu respectarea legii în comunitate, liberarea lor trebuie pregătită cu mult în avans și că pentru aceasta trebuie să se țină cont de următoarele:

- nevoia de planificare a etapelor pre-liberare și post-liberare, cu riscurile și necesitățile aferente;
- posibilitatea obținerii liberării cu ajutorul programelor, intervențiilor și tratamentelor la care au participat deținuții, precum și posibilitatea continuării acestor activități după executarea pedepsei;
- nevoia de a atinge o strânsă colaborare între administrația penitenciară și autoritățile care se ocupă de foștii condamnați post-liberare, cu serviciile sociale și medicale.

Administrația Națională a Penitenciarelor realizează programe terapeutice pentru deținuții periculoși care sunt diagnosticați cu tulburări psihiatrice sau prezintă tendințe psihopatoide accentuate.¹

Reeducarea, care presupune ca situație premisă existența unei educații primordiale, acordate de părinți sau persoane însărcinate să exercite autoritatea părintească, este dificil de realizat în raport

¹ www.anp-just.ro/sinteze/reintegrare.htm

cu această tipologie de condamnați. Totuși, se consideră că o reeducare se realizează în mai bune condițiuni atunci când se întinde pe o perioadă de timp mai mare, acesta fiind cazul condamnaților cu pedepse lungi. Aceștia se identifică, nu de puține ori, cu condamnații deosebit de periculoși, care primesc pedepse de lungă durată: "În captivitate, conduitele ostile extreme sunt mai frecvente la deținuții cu pedepse mari, deoarece pentru ei "lumea" se reduce la secția de deținere iar acțiunile violente au și un efect de catharsis. Deseori, intenția primară a violențelor comise în penitenciar poate să nu fie cea de a face rău, ci de a se impune într-o comunitate apreciată ca degradantă."¹

CONCLUZII

În încheierea studiului dorim să evidențiem încă o dată poziția noastră cu privire la posibilitatea reală de reeducare și reinsertie socială a condamnaților deosebit de periculoși. Pot exista cazuri, rare, credem, în care reeducarea să funcționeze și în cazul acestei tipologii de condamnați și reinsertia să fie una încununată de succes. În schimb, cu siguranță există mai multe situații, și ne referim aici la majoritatea persoanelor private de libertate care prezintă acel mare risc pentru sine și pentru alții, suferind de tulburări psihice, care nu se pot, în mod obiectiv, reeduca. Deprinși de timpuriu cu activitatea infracțională, nu văd altă posibilitate decât cedarea în fața tentației, fie ea conștientă sau la nivelul subconștientului.

Există o rațiune a legiuitorului în spatele reglementării din articolul 117 din Codul de procedură penală care ne arată că expertiza psihiatrică este obligatorie în cazul omorului deosebit de grav și în situația în care organul de urmărire penală sau instanța de judecată are îndoială asupra stării psihice a învinutului sau inculpatului, persoanele care săvârșesc astfel de fapte făcând chiar obiectul studiului nostru. Însă, odată cu minimizarea rolului spitalelor psihiatrice, s-au mărit rândurile condamnaților la pedeapsa cu închisoarea care au discernământul diminuat până la limită, însă nu abolit, ceea ce le crează vocația de a executa pedeapsa în penitenciare, iar nu în instituții specializate în tratarea disfuncționalităților existente, așa cum ar trebui.

Acești oameni sunt bolnavi și trebuie tratați ca atare, motiv pentru care propunem ca, de lege ferenda, să se instituie o reglementare care să dea posibilitatea instanței de judecată să hotărască asupra trimerii în vederea însănătoșirii în instituții specializate în acest sens și a condamnaților care prezintă discernământ, dar nu unul complet, ci îndreptat spre limita inferioară a acestuia.

Terminăm incursiunea noastră în studiul posibilității de reeducare și reinsertie socială a condamnaților periculoși cu citarea devizei Penitenciarului de maximă siguranță Timișoara: "Libertatea se cucerește prin mari sacrificii și se păstrează în măsura în care ne opunem zi de zi încălcării ei."

BIBLIOGRAFIE:

- Gheorghe Florian- Fenomenologie penitenciara, ed. Oscar Print, București 2003.
- <http://mircea-stanescu.blogspot.com/2007/12/reeducarea-total-eseu-asupra.html>
- <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=75267&Site=CM>
- Ioan Chiș- Drept execuțional penal, ed. Wolters Kluwer, București, 2009.
- www.anp-just.ro

¹ Gh. Florian- op. cit., pag. 144.

CONDIȚIILE EXERCITĂRII ACȚIUNII CIVILE ÎN PROCESUL PENAL

Cristi Gabriel Cronț¹

Abstract

Modalitatea prin care o persoană, căreia i s-a cauzat un prejudiciu material sau moral, cere ca prejudiciul suferit să fie reparat, poartă numele de acțiune civilă. În literatura de specialitate, acțiunea civilă a fost definită ca fiind acel mijloc legal prin care o persoană cere instanței judecătorești, fie recunoașterea unui drept subiectiv preexistent, fie încetarea piedicilor puse în exercitarea dreptului său, ori plata unei despăgubiri corespunzătoare. Acest studiu are menirea de a analiza condițiile prin care acțiunea civilă poate fi pusă în mișcare în procesul penal, condițiile fiind: infracțiunea să fi cauzat un prejudiciu material sau moral; între infracțiunea săvârșită și prejudiciu, să existe raport de cauzalitate; prejudiciul să fie cert; prejudiciul să nu fi fost reparat; să existe manifestarea de voință din partea persoanei juridice sau a persoanei fizice cu capacitatea deplină de exercițiu de a fi despăgubită, condiție care se realizează prin constituirea de parte civilă.

Cuvinte cheie: acțiune civilă, condiții, prejudiciu, parte civilă, drept.

Introducere

Săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală poate avea în afară de urmarea cu caracter penal și unele consecințe de ordin extrapenal (civil, administrativ, disciplinar) astfel încât alături de conflictul de drept penal se poate ivi și un conflict de drept extrapenal. De multe ori săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală poate produce și unele pagube de ordin material pe care le suferă unele persoane. Aceste persoane pot cere repararea daunelor în fața instanței civile sau prin intermediul unui raport extrapenal. Când acest raport extrapenal are caracter civil el poate fi adus în fața organelor judiciare în vederea obținerii unei reparații pentru vătămarea suferită. Mijlocul juridic care servește la aducerea raportului de conflict civil în fața organelor judiciare este acțiunea în justiție care poartă numele de acțiune civilă.

Persoana vătămată poate cere repararea prejudiciului în fața instanței penale constituindu-se ca parte civilă sau poate opta pentru exercitarea pretențiilor sale în fața instanței civile, cel vătămat având un drept de opțiune.

Prezentul studiu se axează pe analiza condițiilor exercitării acțiunii civile ca instituție a dreptului procesual penal. În cele ce urmează vom analiza diferite opinii ce s-au format în doctrină în ceea ce privește obiectul acțiunii civile, pretențiile care se cer prin folosirea acestei acțiuni, particularitățile acestei acțiuni, dreptul de folosință al acestui mijloc procesual și nu în ultimul rând ajungând la condițiile necesare exercitării acestei acțiuni.

Noțiune

Acțiunea civilă reprezintă mijlocul juridic care servește la aducerea raportului de conflict civil în fața organelor judiciare în vederea obținerii unei reparații pentru vătămarea suferită².

Acțiunea civilă privește două aspecte: un aspect substanțial și unul procesual. Din punct de vedere substanțial, acțiunea civilă reprezintă expresia dreptului persoanei vătămate de a se adresa justiției pentru a obține repararea pagubei pricinuite. Acest drept la acțiune în justiție există

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: cristicronz@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Drd. Slăvoiu Radu.

² Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stănoiu, Explicații teoretice ale codului de procedură penală român, vol. I, p.74

impersonal și virtual ca un component al normei juridice, care prevede că persoana care cauzează altei persoane, prin fapta sa, o pagubă este obligat să repare acea pagubă, iar acest lucru implică dreptul celui pagubit de a pretinde repararea daunei.

Întrucât acțiunea civilă se alătură celei penale, acțiunea civilă are un caracter accesoriu, ceea ce înseamnă că, în măsura în care nu există acțiune penală declanșată, sau ulterior se constată că nu se poate pune în mișcare datorită unui impediment, acțiunea civilă rămâne fără suportul necesar care ar fi permis persoanei vătămate opțiunea inițială și constituirea de parte civilă¹. În asemenea cazuri, instanța chiar dacă este sesizată cu o acțiune civilă, aceasta nu are dreptul să o soluționeze.

Totuși în cazul în care partea vătămată poate, și alege să se constituie ca parte civilă, aceasta va beneficia de anumite avantaje. În cadrul procesului penal acțiunea civilă este scutită de taxa de timbru, și va fi soluționată cu celeritate, partea vătămată urmând a obține repararea prejudiciului mult mai repede.

Momentul în care se produce fapta păgubitoare reprezintă momentul în care dreptul la acțiune devine personal, iar acțiunea civilă devine folosibilă.

Acțiunea civilă capătă aspect procesual prin folosirea sa, și își găsește reglementarea în legea de procedură. Potrivit naturii sale, acțiunea civilă este în principal reglementată de legea de procedură civilă, însă în cazul în care vătămarea civilă provine din săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, această acțiune își găsește o reglementare și în legea de procedură penală.²

1. Particularități

Acțiunea civilă pusă în mișcare și exercitată în procesul penal prezintă următoarele particularități:

1.1 *Izvoarește dintr-un prejudiciu cauzat de o infracțiune.* Este vorba de aceeași infracțiune, ca entitate materială și juridică, din care izvorăște și acțiunea penală³. Datorită acestui aspect în fața instanței penale nu pot fi deduse pe calea acțiunii civile aște raporturi juridice decât cele născute din paguba cauzată prin infracțiune⁴.

1.2 *Se pune în mișcare și se exercită în fața organelor judiciare penale.* Este vorba despre organele de urmărire penală în faza de urmărire penală și de instanțele de judecată în faza de judecată. Această regulă particulară se explică prin aceea că acțiunea civilă nu este o acțiune simplă în răspundere civilă delictuală, așa cum este cunoscută în materia dreptului civil, nefiind o acțiune în repararea oricărui prejudiciu, ci în principiu, numai a prejudiciului care își are sursa într-o infracțiune. Originea infracțională a prejudiciului care trebuie reparat îi conferă acestei acțiuni o fitionomie particulară care, în multe privințe, o separă de acțiunea în responsabilitate civilă delictuală⁵.

1.3 *Se exercită, de regulă, la cerere, fiind divizibilă și disponibilă.* Din această particularitate înțelegem că acțiunea poate fi exercitată numai împotriva unora din cei care răspund civil, iar partea civilă are dreptul de a introduce sau nu acțiunea civilă, în baza regulii *nemo invitus agere cogitus*, de a-i stabili limitele, de a renunța la calitatea sa, atrăgând stingerea acțiunii civile ori de a stinge litigiul printr-o tranzacție⁶. Totodată, spre deosebire de acțiunea penală, care nu poate fi

¹ Nicolae Volonciu, *Tratat de procedură penală, parte generală*, vol. I, p. 255

² *ibidem*

³ Trib. Suprem, secția penală, decizia penală nr. 2914/1969, R.R.D. nr. 11/1969, p. 155-157

⁴ Trib. reg. Suceava, decizia penală nr. 169/1967, R.R.D. nr. 12/1967, p. 153 (Instanța a decis, în mod just că într-un proces penal de viol acțiunea civilă nu poate avea ca obiect stabilirea paternității copilului născut din săvârșirea faptei).

⁵ În dreptul francez, acțiunea civilă, atunci când este adusă în fața unui tribunal represiv, pune în mișcare și acțiunea penală, dacă aceasta din urmă nu a fost declanșată de Ministerul Public, chiar dacă tribunalul represiv nu este competent pentru a statua asupra acțiunii civile și deci, nu poate acorda o reparație victimei (G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloç, *Procedure penale*, p. 186).

⁶ În practica judiciară, s-a decis că litigiul nu mai poate forma obiectul judecății în caile de atac, dacă inculpatul a achiesat la obligația de dezdăunare stabilită de prima instanță (Trib. Suprem, completul de 7 judecători, decizia nr.

exercitată decât împotriva inculpatului (autor, coautori, complici, instigatori ai infracțiunii), acțiunea civilă, care tinde la constatarea unei datorii civile de reparație, poate fi exercitată nu numai contra autorului și complicelui sau instigatorului, ci și contra moștenitorilor sau contra persoanei responsabile civilmente pentru prejudiciile cauzate de autor, de complice sau de instigator, după caz¹.

3.4. *Este facultativă.* Persoana vătămată are latitudinea de a cere repararea pagubei. Această trăsătură face ca ea să nu fie indispensabilă procesului penal și să depindă, practic de atitudinea persoanei vătămate, indiferent că este o persoană fizică sau o persoană juridică. De la această regulă există o singură excepție. Este vorba de cazul în care persoana vătămată este o persoană fitică fără capacitatea de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, când acțiunea civilă devine obligatorie, putând fi exercitată din oficiu de jurisdicția penală, dacă cel interesat renunță la exercițiul ei².

3.5 *Are ca titular persoana prejudiciată prin infracțiune.* Aceasta își exercită dreptul de a obține repararea pagubei ca parte civilă fie personal, fie prein reprezentant. Prin urmare, nu este legală soluția instanței de rejudecare a acțiunii civile în vederea acordării de despăgubiri altei persoane, care n-a figurat ca parte în proces³, ori de extindere a raporturilor juridice din proces, stabilite între inculpat și persoana vătămată constituită parte civilă, și cu privire la alte persoane, față de care partea civilă poate folosi calea unei acțiuni civile separate⁴.

3.6 *Are uneori trăsături de oficialitate pe care le împrumută de la acțiunea penală.* Astfel, în cazurile prevăzute de art. 17 Cod procedură penală, acțiunea civilă se exercită din oficiu în momentul în care persoana cătămată este o persoană lipsită de capacitate de exercițiu sau cu capacitate restrânsă de exercițiu. De asemenea, în cazurile în care repararea pagubei se face în natură, organele judiciare penale au obligația ca din oficiu să restituie lucrurile sau să dispună restabilirea situației anterioare ori desființarea totală sau parțială a unui înscris.

3.7 *Are caracter accesoriu față de acțiunea penală, desfășurându-se potrivit normelor procedurii penale.* Acest caracter rezultă din faptul că în procesul penal, acțiunea civilă se alătură acțiunii penale. Acestă trăsătură produce două consecințe: acțiunea civilă nu poate fi pusă în mișcare și exercitată în absența unei acțiuni penale fie nedeclanșată fie stinsă ulterior, ca urmare a prezenței vreunei cauze de împiedicare a punerii în mișcare sau a exercitării acțiunii penale (de exemplu instanța a dispus achitarea pe motiv că fapta nu este prevăzută de legea penală); acțiunea civilă nu se poate exercita decât față de persoanele care au calitatea de inculpat sau parte responsabilă civilmente ori față de moștenitorii acestora⁵.

4 Obiectul acțiunii civile.

Obiectul acțiunii civile îl reprezintă tragerea la răspundere civilă a inculpatului și a părții responsabile civilmente, iar scopul constă în repararea prejudiciului provocat prin infracțiune. Repararea pagubei se face potrivit dispozițiilor civile, în natură sau prin plata unui echivalent bănesc⁶. Articolul 14 din Codul de procedură penală prevede modalitățile în care are loc repararea în natură, precizând că aceasta se face prin:

21/1980, C.D. 1980, p. 316-318). La fel, achiesarea inculpatului la pretențiile părții civile înlătură consecințele culpei comune în cazul provocării și permite obligarea inculpatului la suportarea integrală a pagubei (Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 84/1981, p. 328).

¹ G. Stefani, G. L'asseur, B. Bouloc, ibidem, p. 232

² Gheorghită Mateuț, Tratat de procedură penală, parte generală, vol.II, p. 730

³ V. Papadopol, notă la decizia nr. 48/1998 a Curții de Apel București, secția a II a penală.

⁴ Curtea de Apel București, secția a doua penală, decizia nr. 224/1998, Culegere de practică judiciară pe anul 1998, p. 8-9

⁵ Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 3784/1972, R.R.D. nr 5/1973, p. 127-129 (Instanța a decis că un complice care prin fapta sa a adus un prejudiciu nu poate fi obligat la despăgubiri în procesul penal dacă, datorită intervenirii amnistiei în cursul urmăririi penale, nu a fost trimis în judecată).

⁶ Nicolae Volonciu, ibidem, p. 263-264

- a. în natură, prin restituirea lucrului, prin restabilirea situației anterioare săvârșirii infracțiunii, prin desființarea totală ori parțială a unui înscris și prin orice alt mijloc de reparare;
- b. prin plata unei despăgubiri bănești, în măsura în care repararea în natură nu este cu putință.

Din conținutul normei și din modul de redactare rezultă că despăgubirea bănească este un mijloc subsidiar de reparare. Însă sub aspectul frecvenței cel mai adesea în practica judiciară întâlnim această modalitate. Despăgubirea constă dintr-o sumă de bani, ce reprezintă valoarea pagubei cauzate, atât a pierderii suferite (*damnum emergens*) cât și a folosului de care partea civilă a fost lipsită (*lucrum cessans*)¹.

Modalitatea de reparare a prejudiciului prin repararea în natură, constituie regula, pentru că repunând lucrurile în starea anterioară săvârșirii faptei păgubitoare, prejudiciul se va șterge.

Restituirea lucrurilor, ca mijloc de reparare în natură a pagubei, se face în ipoteza în care lucrurile aparținând părții civile au fost ridicate de la învinuit sau inculpat ori de la o altă persoană căreia învinuitul sau inculpatul le-a încredințat. Această decizie poate fi dispusă atât de către organele de urmărire penală, cât și de către instanța judecătorească. Potrivit art. 169 Cod de procedură penală, dacă organul de urmărire penală sau instanța judecătorească stabilesc că lucrurile ridicate de la învinuit sau inculpat, ori de la orice altă persoană care le-a primit spre a le păstra, sunt proprietatea persoanei vătămate ori au fost luate pe nedrept din posesia sau detenția acestei persoane, dispune restituirea acestor lucruri persoanei vătămate².

Restituirea lucrurilor are loc, numai dacă prin aceasta nu se stingherește aflarea adevărului și justa soluționare a cauzei, cu obligația pentru cel căruia îi sunt restituite bunurile, de a nu le înstrăina până la rămânerea definitivă a hotărârii instanței judecătorești. Astfel, restituirea poate fi: vremelnică, atunci când este dispusă ca măsură provizorie în cursul urmăririi penale, urmând ca aceasta să rămână definitivă prin hotărârea instanței judecătorești³; definitivă, atunci când procurorul dispune prin ordonanță încetarea urmăririi penale sau scoaterea de sub urmărire penală, în condițiile art. 245 lit. b) Cod procedură penală⁴.

Restabilirea situației anterioare săvârșirii infracțiunii, ca modalitate de reparare a pagubei se dispune în cazul în care săvârșirea infracțiunii atrage o schimbare a situației de fapt anterioare, care cauzează un prejudiciu părții civile.

De exemplu, în cazul comiterii infracțiunii de nerespectare a hotărârilor judecătorești prevăzută în articolul 271 alin. (2) Cod penal, constând în împiedicarea unei persoane de a folosi o locuință sau o parte dintr-o locuință sau imobil deținute în baza unei hotărâri judecătorești, în rezolvarea acțiunii civile, instanța trebuie să dispună, la cererea părții civile, restabilirea situației anterioare prin evacuarea inculpatului din imobilul pe care l-a ocupat fără drept.

Desființarea totală sau parțială a unui înscris, ca mijloc de reparare a pagubei se poate realiza numai prin hotărârea instanței judecătorești. De exemplu, în cazul în care există un înscris falsificat, repararea cauzei se face prin desființarea totală sau parțială a înscrisului falsificat. În același sens, a dispus și Înalta Curte de Casație și Justiție, pe calea unui recurs în interesul legii⁵. Astfel, în cauzele în care acțiunea penală s-a stins în faza urmăririi penale, prin încetarea urmăririi penale sau scoaterea de sub urmărire penală, în temeiul art. 245 alin. (1) lit. b) și c) și art. 249 alin. (2) Cod procedură penală, prin ordonanța de încetare a urmăririi penale sau prin cea de scoatere de sub urmărire penală, procurorul dispune asupra restituirii lucrurilor care, potrivit art. 118 Cod penal, nu sunt supuse

¹ Grigore Theodoru, Lucia Moldovan, Drept Procesual Penal, p. 86

² Gheorghită Mateuț, ibidem, p. 743

³ I. A. Man, notă la Ordonanța nr. 320/1994 a Parchetului de pe lângă Curtea Supremă de Justiție, secția de urmărire penală și criminalistică, Dreptul nr. 7/1994, p. 72-73

⁴ Gheorghită Mateuț, ibidem

⁵ I.C.C.J., S.U., decizia nr. XV/2005 (M. Of. nr. 119 din 8 februarie 2006).

confiscării speciale și asupra restabilirii situației anterioare săvârșirii infracțiunii. Din prevederile textelor de lege mai sus menționate, precum și din prevederile art. 169 și 170 Cod procedură penală, rezultă că procurorul are competența de a dispune cu privire la repararea pagubei în natură numai prin restituirea lucrurilor și restabilirea situației anterioare săvârșirii infracțiunii. Prin urmare, ori de câte ori repararea pagubei în natură nu se face prin restituirea lucrurilor sau prin restabilirea situației anterioare săvârșirii infracțiunii, ci prin desființarea totală sau parțială a unui înscris sau prin orice alt mijloc de reparare, competența de a dispune repararea în natura aparține instanței de judecată. Instanța penală are competența de a dispune cu privire la repararea pagubei în natură, inclusiv prin desființarea totală sau parțială a unui înscris falsificat, dacă acțiunea civilă este alăturată acțiunii penale în cadrul procesului penal, fie prin constituirea persoanei vătămate ca parte civilă, potrivit art. 14 alin. (2) Cod procedură penală, fie prin exercitarea din oficiu a acțiunii civile, în cazurile prevăzute în art. 17 alin. (1) din același cod, iar instanța penală este sesizată atât cu soluționarea acțiunii penale, cât și cu soluționarea acțiunii civile, rezolvarea acțiunii civile de către instanța penală fiind strâns legată de rezolvarea acțiunii penale, așa cum rezultă din prevederile art. 346 Cod procedură penală¹.

Pentru cauzele în care acțiunea penală s-a stins în faza de urmărire penală, instanța penală nefiind deci sesizată cu soluționarea acțiunii penale, nicio normă de procedură penală nu prevede competența acestei instanțe de a se pronunța cu privire la acțiunea civilă și de a dispune repararea pagubei în natură, prin desființarea totală sau parțială a unui înscris sau prin orice alt mijloc de reparare. Ca atare, în lipsa unei norme de procedură care să prevadă competența instanței penale de a soluționa acțiunea civilă în cauzele în care procurorul a adoptat o soluție de netrimiteră în judecată și în raport cu prevederile art. 184 cod procedură civilă, potrivit cărora, când nu este caz de judecată sau dacă acțiunea publică s-a stins sau s-a prescris, falsul se va cerceta de către instanța civilă, prin orice mijloace de probă, competența de a dispune desființarea totală sau parțială a unui înscris falsificat aparține instanței civile. În privința dreptului la acțiune pentru desființarea totală sau parțială a unui înscris falsificat, exercitată în fața instanței civile, întrucât art. 45 alin. (1) Cod procedură civilă prevede că Ministerul Public poate porni acțiunea civilă ori de câte ori este necesar pentru apărarea persoanelor puse sub interdicție și ale dispăruților, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege, iar normele de procedură sunt de strictă interpretare, procurorul are calitatea procesuală activă numai în limitele stabilite prin acest text de lege. Așadar procurorul poate exercita în fața instanței civile acțiunea pentru desființarea totală sau parțială a unui înscris falsificat, numai în cazurile prevăzute de art. 45. alin. (1) Cod procedură civilă. În celelalte cazuri, având în vedere principiul disponibilității, ca principiu general al desfășurării procesului civil, acțiunea pentru desființarea totală sau parțială a unui înscris falsificat aparține părților.

5. Subiecții acțiunii civile.

În situațiile în care prin săvârșirea unei infracțiuni, s-a produs și un prejudiciu material sau moral în paguba unei persoane fizice sau juridice, în mod normal ia naștere un raport de conflict civil.

Subiectul activ al acțiunii civile este persoana căruia i s-a adus un prejudiciu, iar aceasta exercitând acțiunea civilă în cadrul procesului penal, poartă denumirea de parte civilă. În cazul în care acțiunea civilă este exercitată din oficiu, în baza art. 17 Cod procedură penală, calitatea de subiect activ al acțiunii civile o are după caz, persoana lipsită de capacitate de exercițiu respectiv persoana cu capacitate restrânsă. De asemenea subiecți activi ai acțiunii civile pot fi și moștenitorii părții civile. Aceștia pot exercita acțiunea civilă în două moduri: *nomine et iure proprio*, atunci când infracțiunea a cauzat moartea părții civile, și *iure hereditatis*, care se exercită atunci când moartea părții civile s-a datorat altei cauze decât infracțiunea.

¹ Gheorghită Mateuț, *ibidem*, p. 744-745

În acțiunea civilă din procesul penal, subiecți pasivi sunt: învinuitul sau inculpatul, precum și partea responsabilă civilmente, care potrivit legii civile răspunde de pagubele cauzate de cei aflați în îngrijirea sau supravegherea sa¹. Ca și succesorii părții civile, succesorii învinuitului sau inculpatului, precum și ai părții responsabile civilmente pot să apară ca subiecți în latura civilă a procesului penal. Succesorii unei persoane învinuite de săvârșirea unei infracțiuni pot primi calitatea de subiecți pasivi ai acțiunii civile exercitate în fața instanței penale numai în cazul în care decesul s-a produs după sesizarea instanței cu judecarea acțiunii penale.

În cazul în care inculpatul a decedat în cursul procesului penal, instanța, introducând în cauză succesorii acestuia, nu îi poate obliga la plata despăgubirilor civile, dacă nu există dovada acceptării succesiunii de către aceștia și a limitelor în care succesiunea este acceptată².

6. Condițiile exercitării acțiunii civile.

Pentru ca acțiunea civilă să poată fi exercitată în cadrul procesului penal, aceasta trebuie să îndeplinească, cumulativ anumite condiții:

- Infracțiunea să fi cauzat un prejudiciu material sau moral;
- Între fapta păgubitoare și prejudicial cerut a fi acoperit să existe o legătură de cauzalitate;
- Prejudiciul trebuie să fie cert;
- Prejudicial să nu fi fost reparat;
- Să existe o manifestare de voință din partea celui vătămat în legătură cu dezdăunarea sa.

6.1. Infracțiunea trebuie să fi cauzat un prejudiciu.

Această condiție face ca nu în orice proces penal, să asistăm și la constituirea părții civile, deoarece anumite infracțiuni, prin urmările pe care le produc, nu pot genera prejudicii materiale sau morale, și în consecință este exclusă posibilitatea exercitării acțiunii civile³. De aceea săvârșirea unei infracțiuni de pericol, nu constituie un suport pentru o constituire de parte civilă, oferind însă numai posibilitatea despăgubirii pe cale civilă separată pentru celelalte eventuale fapte păgubitoare⁴. În acest sens s-a decis că dacă inculpatul a fost judecat în procesul penal pentru infracțiunea de fals intelectual (art. 289 Cod penal), acesta nu poate fi obligat la plata de despăgubiri, pentru că instanța penală nu a fost sesizată cu judecarea unei fapte penale producătoare de pagube materiale⁵. La fel s-a hotărât că întrucât infracțiunele conducere a unui autovehicul fără permisul corespunzător categoriei respective nu generează prin obiectul ei daune material, constituirea de parte civilă nu este posibilă, eventualele prejudicii putând fi recuperate de cel vătămat numai pe calea unei acțiuni în fața instanței civile⁶.

Prejudicial cauzat prin săvârșirea faptei prevăzută de legea penală poate fi material sau moral. Prejudicial material poate fi definit ca fiind un prejudiciu obiectiv, aducând atingere patrimoniului și sesceptibil de a fi direct evaluat în bani, de unde și calificativul de prejudiciu pecuniar, care îi este câteodată atribuit. Acesta îmbracă diferite forme ce pot consta fie într-o pierdere (*damnum emergens*), fie dintr-o lipsă de câștig (*lucrum cesans*). De exemplu, în cazul distrugerii unui autoturism, prejudiciul constă atât în valoarea acestuia, cât și în beneficiul pe care persoana vătămată l-ar fi putut obține din utilizarea autoturismului (pierderile de exploatare). Prejudiciul material poate decurge fie dintr-o atingere a bunurilor (furt, înșelăciune) sau a persoanelor (cheltuieli medicale, chirurgicale, incapacitatea de a munci), precum și a anumitor drepturi (concuranța neloială, campania de denigrare, etc.).

Prejudicial moral este un prejudiciu subiectiv, acesta neputând aduce atingere patrimoniului și care nu se pretează, în general, la o evaluare în bani. Acesta rezultă din atingerea

¹ Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stănoiu, p.76

² Ion Neagu, Tratat de procedură penală, partea generală, p. 333

³ Ion Neagu, ibidem, p.313

⁴ Nicolae Volonciu, ibidem, p. 249

⁵ Trib. Jud. Timiș, dec. pen. Nr. 438/1975, R.R.D., nr 1/1976, p. 50

⁶ Trib. Suprem, secția penală, dec. nr. 1264/1983, C.D., 1983, p. 260

adusă unui drept extrapatrimonial, ca de exemplu, onoarei, dreptului la nume, la imagine sau la viața private, ori dintr-o atingere adusă integrității sale corporale (durerea fizică sau psihică) sau, cel mai adesea întâlnit, dintr-o atingere a sentimentelor de afecțiune (deces accidental al unei finite dragi). Datorită caracterului indecvat al îndemnizării pecuniare a durerii, jurisprudența și doctrina s-au arătat multă vreme ostile reparației în bani a unui asemenea prejudiciu¹.

Principiul reparației prejudiciului moral a fost realizat, în cele din urmă, în fața juridicțiilor penale, considerându-se, în general, că banul, dacă nu șterge prejudicial, constituie totuși o satisfacție de replasare pentru victimă și un fel de amendă pentru autor².

6.2. *Între fapta păgubitoare și prejudicial cerut a fi acoperit să existe o legătură de cauzalitate.*

Este vorba despre infracțiunea pentru care învinuitul sau inculpatul este urmărit și judecat. Așteapta exprimă cerința ca prejudiciul să reprezinte consecința directă a infracțiunii urmărite, adică să fie un prejudiciu direct.

În practica instanțelor judecătorești, s-a stabilit că despăgubirile acordate în urma unui accident de circulație nu pot cuprinde și contravaloarea pieselor autoturismului avariat, dispărute la locul faptei³. De asemenea când partea vătămată a nesocotit repetat tratamentul și recomandările medicale, ceea ce a avut drept consecință producerea unor complicații în starea sănătății sale, inculpatul nu poate fi obligat la acoperirea prejudiciului creat⁴.

6.3. *Prejudiciul trebuie să fie cert*

Acest lucru înseamnă că paguba trebuie să fie sigură atât sub aspectul existenței sale cât și al posibilităților de evaluare. Sub primul aspect, în practica judiciară română din ultimele decenii s-a statuat constant și de multă vreme neadmiterea cererilor de despăgubiri simbolice. Ca urmare s-a decis că cererea părții civile de a i se acorda cu titlu de despăgubire suma de un leu are un asemenea caracter, și reprezentând echivalentul real al pagubei trebuie respinsă⁵, însă faptul că suma la care se ridică prejudiciul este doar una simbolică, acest lucru nu înseamnă că partea civilă nu merită o justă rezolvare a cauzei sale. Unele prejudicii nu pot fi exprimate valoric, însă satisfacția faptului ca sistemul juridic nu deosebește o cauză în care se cere repararea pagubei cu o sumă simbolică, de cea în care partea civilă cere daune consistente, simbolizează ideea de dreptate. O suferință psihică, cum ar fi moartea unei rude apropiate nu poate fi convertită sau redusă la expresia valorii de schimb. Totuși acest lucru nu înseamnă că justiția ar trebui să impună un plafon minim, o sumă prin care se repară demnitatea sau șocul simțit în urma morții unei rude apropiate, pentru că în acest mod, se pierde ideea de justiție în schimbul banilor.

Prejudiciul poate fi actual sau viitor. Cel actual este cert întotdeauna întrucât s-a produs deja. Acestuia i se opune prejudiciul eventual. În timp ce prejudiciul eventual depinde de evenimente incerte, prejudiciul actual există din momentul punerii în mișcare a acțiunii civile, or un prejudiciu susceptibil de a se realiza, dar nerealizat încă, nu se crede că ar putea servi drept bază unei acțiuni

¹ Plenul fostului Trib. Suprem, prin decizia de îndrumare nr. VII/1952 (C.D. 1952-1954, vol. I, p. 25-26) a considerat că acordarea de despăgubiri bănești pentru prejudicii de ordin moral este vădit nelegală cu moticarea că "izvorul principal de venit este munca și. Deci nu se concepe plaa unei sume de bani ca echivalent pentru suferința morală provocată omului", iar "specularea unui prejudiciu moral nu poate deveni un mijloc de îmbogățire". De aceea, plecând de la această decizie pusă în aplicare, începând din anul 1953, s-a făcut distincție, sub aspectul admisibilității acordării de despăgubiri bănești pentru daune morale, între "etapa interzicerii reparării bănești a daunelor morale (1952-1989)" și "etapa admiterii reparării bănești a daunelor morale (1865-1952)" (I. Albu, V. Ursa, Răspunderea civilă pentru daunele morale, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1979, p. 243; C. Turianu, Răspunderea civilă pentru daunele morale, Dreptul nr. 4/1993, p. 21-24; I. Albu, Considerații în legătură cu revenirea jurisprudenței române la practica reparării bănești a daunelor morale, Dreptul nr. 8/1996, p. 13-19).

² Gheorghită Mateuț, ibidem, p. 733

³ Trib. Jud. Timiș, dec. pen. Nr 396/1978, nr. 17/1978, p. 63

⁴ Trib. Jud. Ilfov, dec. pen. Nr 648/1977, R.R.D., nr. 7/1978, p. 52

⁵ Nicolae Volonciu, ibidem, p. 250

civile. Însă și prejudiciul viitor poate fi cert, în cazul în care este sigur și susceptibil de evaluare. În practică s-a respins obligarea inculpatului la plata unei despăgubiri întemeiate pe un fapt viitor și nesigur; în speță se solicitau daune în favoarea victimei minore, legate de faptul că prin accidentarea acesteia i se prelungește ciclul total de școlarizare până la obținerea unei calificări superioare și deci o întârziere a dobândirii unui câștig decurgând din încadrarea în muncă¹.

Totuși distincția dintre un prejudiciu viitor reparabil și un prejudiciu eventual, care nu este reparabil, se poate sesiza în cadrul prejudiciilor care sunt rezultatul pierderii unei șanse. Un aspect care ar putea pune probleme în practica judiciară îl reprezintă repararea prejudiciului ca urmare a pierderii șansei obținerii unui avantaj. Face parte din această categorie prejudiciile care sunt urmarea pierderii de către o persoană a posibilității de a realiza un câștig sau de a evita o pagubă. În sistemul de drept francez, acest aspect a generat o bogată jurisprudență și discuții doctrinale deosebit de aprinse și interesante. Deși tema este încă destul de controversată în doctrină, jurisprudența franceză a statuat constant că “pierderea unei șanse poate prezenta prin ea însăși caracter direct și cert în toate cazurile în care se constată dispariția posibilității reale ca un eveniment favorabil, prin definiție, să ducă la realizarea acelei șanse”. Exemple clasice în acest sens ar fi: accidentul suferit de o persoană care o pune în imposibilitate de a se prezenta la un concurs sau examen pentru ocuparea unui anumit post; neglijența avocatului de a îndeplini în termen un anumit act de procedură care a compromis șansa clientului său de a câștiga procesul etc. După cum se poate vedea, jurisprudența franceză admite ca repararea prejudiciilor de acest fel, în principiu, este justificată și admisibilă, ele fiind prejudicii reale și certe în anumite condiții.

Până de curând, în sistemul de drept românesc nu a fost pusă în discuție repararea prejudiciilor rezultate din pierderea unei șanse, în cel mai fericit caz, a fost amintită doar în treacăt și de aceea a rămas neobservată. Noul Cod civil, în contextul reglementării întinderii reparației, în art. 1385 alin. (4), prevede expres posibilitatea de a se acorda o reparație și pentru un prejudiciu rezultat din pierderea unei șanse de a obține un avantaj ori, după caz, de a evita o pagubă, dacă pierderea în cauză a fost determinată de o faptă ilicită. După adoptarea noului Cod civil, această problemă a intrat în atenția și preocupările unor doctrinari ai dreptului nostru civil.

Pentru ca un prejudiciu rezultat din pierderea unei șanse să aibă caracter cert și reparabil trebuie îndeplinite următoarele condiții: șansa să fie reală și serioasă; pierderea șansei să fie consecința directă a faptei ilicite sau a altei împrejurări pentru care se angajează răspunderea delictuală; la stabilirea reparației să se țină cont în mod obligatoriu de marja de incertitudine sau de faptul “alea” care afectează posibilitatea realizării șansei de câștig sau evitării riscului de pierdere.

În ceea ce privește prima condiție, nu orice șansă pierdută, indiferent de gradul său de probabilitate, duce la angajarea răspunderii civile. Pentru aceasta ea trebuie să fie reală și serioasă, ceea ce se apreciază în mod diferit, după cum victim era sau nu era în curs de a încerca șansa la momentul în care a intervenit faptul ce a compromis posibilitatea ei de a se realiza. Șansa este reală și serioasă dacă faptul care compromite realizarea ei intervine chiar în cursul încercării sau exercitarea realizării sale.

Cea de a doua condiție se obiectivează în existent legăturii de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu, în sensul că, prin intervenția faptei ilicite, a fost împiedicată producerea unui eveniment viitor de natură a-i² crea victimei un avantaj sau de a-i ocaziona evitarea unei pierderi.

În ceea ce privește reparația, aceasta va fi proporțională cu probabilitatea obținerii avantajului ori, după caz, a evitării pagubei, ținând cont de împrejurări și de situația concretă a victimei³.

6.4. Prejudiciul să nu fi fost reparat.

În literatura de specialitate s.a remarcat situația în care altcineva decât inculpatul sau partea responsabilă civilmente să repare prejudiciul în locul acestora, cum sunt cazurile în care persoana

¹ Trib. Jud. Bihor, dec. pen. Nr. 186/1980, R.R.D., nr 1/1981, p. 68.

² Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil, Obligațiile*, p. 417-418

³ Gabriel Boroi, Liviu Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea noului cod civil*, p. 242

vătămată primește o pensie din sistemul Asigurărilor Sociale, o despăgubire în baza unui contract de asigurare, sau despăgubiri de la terțe persoane, care nu au obligația de a plăti aceste reparații¹. În cazul primelor două aspecte, studiul lor se face în cadrul altor materii de drept.

În ceea ce privește cel de-al treilea aspect, trebuie făcută distincția între situația în care plățile s-au făcut ca o liberalitate la adresa inculpatului sau pur și simplu titlu de împrumut în favoarea acestuia și cea în care s-a intervenit în ajutorul victimei infracțiunii (de exemplu, primirea de către partea civilă într-o cauză de omor, a unor sume de bani de la colegii victimei cu titlu de ajutor). În cazul în care plățile au fost făcute de terți ca o liberalitate la adresa inculpatului sau cu titlu de împrumut, partea civilă nu mai poate urmări pe autorul prejudiciului, decât eventual pentru a acoperi diferența de pagubă neacoperită².

6.5. *Să existe o manifestare de voință din partea celui vătămat în legătură cu dezdăunarea sa*

Această condiție se realizează prin constituirea de parte civilă în procesul penal. Îndeplinirea acestei condiții nu este necesară în cazurile în care acțiunea penală se exercită din oficiu, întrucât legea prevede că instanța este obligată să se pronunțe asupra reparării pagubei, chiar dacă nu s-a făcut constituirea de parte civilă.

Constituire de parte civilă reprezintă opțiunea cea mai întâlnită a persoanei vătămate care alături de acțiunile penale și acțiunea civilă. Prin aceasta, acțiunea civilă devine o instituție importantă a dreptului procesual penal.

7. Concluzii

În concluzie am observat că deși are caracter accesoriu, acțiunea civilă este o instituție importantă a dreptului procesual penal, având menirea de a ajuta persoanele ale căror interese au fost vătămate prin acțiuni prejudicioase, prin repararea în măsura în care se mai poate a vătămarilor suferite.

Prin analizarea condițiilor necesare exercitării acțiunii civile am observat cum o instituție ce are fundamentul în dreptul procesual civil, capătă un aspect procesual penal.

Trecând prin analiza obiectului, subiecților și particularitățile acestui instrument procesual penal și oprindu-ne la condițiile acestuia am constatat necesitățile ce se cer a fi îndeplinite, prin ce modalități se poate folosi această acțiune și care este rolul ei în decursul procesului penal.

Referințe bibliografice:

- Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, George Antoniu, Constantin Bulai, Nicoleta Iliescu, Rodica Stănoiu, Explicații teoretice ale codului de procedură penală român, vol. I, Editura Academiei R.S.R.;
- Nicolae Volonciu, Tratat de procedură penală, parte generală, vol. I, Editura Paideia, 1993;
- G. Stefani, G. Lasseur, B. Bouloc, Procedure penale;
- Gheorghită Mateuț, Tratat de procedură penală, parte generală, vol.II, Editura C.H. Beck, 2012;
- Grigore Theodoru, Lucia Moldovan, Drept Procesual Penal, Editura Didactică și pedagogică, 1979;
- Ion Neagu, Tratat de procedură penală, partea generală, Editura Universul Juridic, 2010;
- Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, Tratat elementar de drept civil, Obligațiile, Editura Universul Juridic, 2012;
- Gabriel Boroș, Liviu Stănculescu, Instituții de drept civil în reglementarea noului cod civil, Editura Hamagiu, 2012;

¹ Gheorghită Mateuț, ibidem, p. 742

² Nicolae Volonciu, ibidem, p. 251

ANALIZA CONCEPTULUI DE RECIDIVA DIN DREPTUL PENAL ȘI DE RECIDIVISM DIN CRIMINOLOGIE

Alexandra MATEESCU¹

Abstract

În timp ce dreptul penal studiază conținutul abstract al normei penale pentru a-i asigura concordanța față de relațiile sociale care trebuie apărute, criminologia abordează criminalitatea în complexitatea sa, precum și modalitățile prin care acest fenomen poate fi prevenit. Modificările bruște ale orientărilor valorice ale populației la care se adaugă multitudinea de factori negativi precum: micșorarea ajutorului social acordat cetățenilor, instabilitatea politică și economică, diminuarea nivelului de trai, creșterea ratei șomajului etc., au dus la multiplicarea numărului de cetățeni care încearcă să-și satisfacă necesitățile vitale, utilizând diverse mijloace ilegale. Acest lucru este îngrijorător în condițiile în care ne confruntăm cu o rată a criminalității cu mult sporită și în continuă creștere, îndeosebi a numărului persoanelor care au comis anterior alte infracțiuni, și anume "recidiviștii". Din acest motiv, scopul studierii diferitelor tipuri de recidiva și efectuarea unor cercetări amănunțite ale acestora este acela de a favoriza elaborarea unor concepții, a unor programe moderne și eficiente de estompare a acestui fenomen.

Amplificarea recidivismului, ca partea cea mai nocivă a fenomenului criminalității, evidențiază deficiențele în abordarea luptei împotriva lui ca expresie a unei anumite politici penale. Orice repetare a infracțiunilor reprezintă un pericol real, însă dacă aceasta are loc după aplicarea normelor și măsurilor juridice existente în dreptul penal, are loc o creștere îngrijorătoare a gradului de pericolozitate. Obiectivele temei alese sunt date de necesitatea perfecționării legislației naționale în ceea ce privește reglementarea recidivei și combaterea acestui tip de criminalitate prin diverse metode, începând de la sistematizarea informației cuprinse în evidență centrală pe genul de infracțiuni săvârșite, ocupația făptuitorului, nivelul de educație, sex, și vârstă, precum și alte elemente de referință pentru cercetările criminologice.

De asemenea, rezultate bune în acest sens pot fi obținute prin cunoașterea și înțelegerea fenomenului de recidivism, bazele apariției acestuia și tendințele sale evolutive, analizând și comparând abordarea acestuia în dreptul penal și în criminologie.

Cuvinte cheie: *recidiva, recidivism, norma juridică, lege penală, fenomenul criminalității.*

Introducere

Tematica studiului acoperă domeniul științelor penale și cel al științelor criminologice.

Studiul propus are o importanță deosebită în sensul acumulării de cunoștințe atât despre recidiva și recidivism cât și despre diferențele existente între cele două. Ca obiective punctam perfecționarea legislației noastre în domeniu, combaterea criminalității prin metodele cele mai eficiente, reducerea procentului de recidiviști prin identificarea prematură a acestora și luarea unor măsuri de precauție benefice atât pentru infractorul privit ca un potențial recidivist, cât și pentru societate și sistemul său de valori.

Pentru a răspunde obiectivelor sus menționate am ales o abordare obiectivă în ceea ce privește semnificația celor două noțiuni – recidiva\recidivism – și modul în care acestea sunt

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: alexandra.mateescu@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf.univ.dr Paun Costica și Prof.univ.dr. Dima Traian.

percepute în domeniile aferente fiecăreia. Dacă dreptul penal alege să studieze conținutul abstract al normei penale și să vegheze la respectarea acesteia, criminologia abordează criminalitatea în complexitatea sa, precum și metodele prin care aceasta poate fi prevenită.

Până în prezent mulți autori precum Bulai C., Mitrache C-tin., Boroi Al., Mateut Gh., Nistoreanu Gh., Dongoroz V. au ales să abordeze tematica recidivei în lucrările lor, astfel încât putem afirma că stadiul cunoașterii este destul de ridicat.

În România, în pofida unei literaturi sociologice și criminologice bogate cu privire la etiologia fenomenului de delincvență și infraționalitate, un accent mai redus a fost pus de către specialiștii din domeniu asupra identificării profilului recidiviștilor și a factorilor care îi determină pe aceștia să se abată în mod repetat de la lege. Datorită acestor lacune ale cercetării, nici măsurile de prevenire ale fenomenului nu au avut eficiența scontată, astfel încât ponderea recidiviștilor în totalul populației încarcerate a crescut, din anul 1990 până în anul 2010, de peste trei ori, de la 14% la 45%.

Amplificarea recidivismului, ca partea cea mai nocivă a fenomenului criminalității, evidențiază deficiențele în abordarea luptei împotriva lui ca expresie a unei anumite politici penale, motiv pentru care problema recidivei și a recidiviștilor a fost în mod constant o problemă viu discutată de specialiști cu prilejul unor congrese internaționale de criminologie organizate periodic sub egida O.N.U. Problema recidiviștilor și a recidivismului a format, desigur, și obiectul atenției organelor de poliție, dar mai ales, ca manifestare și în insuficiență măsură în planul investigării cauzelor care generează fenomenul ca atare.

CAPITOLUL I – Analiza teoretică și practică a conceptului de recidiva

Sectiunea I – Recidiva - noțiune și termeni;

După unii autori, recidiva vine de la “re” și “cădere”, însă arata că acest cuvânt nu este de origine latină. Alți autori considera că denumirea de recidiva vine de la verbul latin “recid-ere”. Oricare ar fi originea cuvântului, autorii arata ca noțiunea de revidiva înseamnă „a cădea din nou” subînțelegându-se în infrațiune. Cu alte cuvinte, așa cum se exprima alți autori „recidiva este recăderea în criminalitate (infrațiune)”.

Profesorul Traian Pop, precizează că „prin recidivă în sensul cel mai larg și în general înțelegem recăderea în criminalitate după o condamnare anterioară”.

Recidivă a fost definită în general sub diferite forme. Profesorul Buzea arata că „recidiva consta în situația juridică excepțională, a unui infractor, care, după ce săvârșește una sau mai multe infrațiuni pentru care nu este condamnat definitiv, și, uneori a, executat pedeapsa, mai comite o nouă infrațiune”.

Starea de recidiva poate fi definită ca: „starea sau situația în care se afla infractorul care a săvârșit una sau mai multe infrațiuni de o anumită gravitate, după condamnarea penală definitivă, stare ce face să se nască prezumția de perseverare a infractorului pe calea activității antisociale și poate atrage de aceea, o agravare a pedepsei pentru infrațiunile săvârșite în această stare”. Sau „recidiva este o situație juridică care constă în aceea ca un infractor, după ce a săvârșit una sau mai multe infrațiuni pentru care a fost condamnat la una sau mai multe pedepse private de libertate, comite o nouă infrațiune după rămânerea definitivă a hotărârii, în timpul executării, după executarea, grațierea sau prescripția pedepsei”.¹

Profesorul Oancea, având în vedere diferitele forme de recidiva, din acestea deduce că, recidiva, ca noțiune generală, consta în aceea că, „după o condamnare definitivă sau după executarea unei pedepse pentru o infrațiune, aceeași perosana săvârșește din nou o infrațiune”.

¹ Gh. Mateut, Recidiva în teoria și practica dreptului penal, Ed. Lumina Lex, București 1997.

În literatura de specialitate s-a apreciat ca reluarea activității infracționale după ce a fost condamnat definitiv pentru o alta infracțiune săvârșită anterior reprezintă un indice de incorigibilitate.¹

Starea de recidiva se determina prin cazierul judiciar. Ținând cont de aspectele de diferențiere fata de celelalte forme ale pluralității, *recidiva poate fi definită ca o stare, situație, împrejurare în care se găsește o persoană ce săvârșește din nou o infracțiune după ce anterior a fost condamnată sau a și executat o pedeapsă pentru o infracțiune.*

Potrivit **art.37 din Codul penal**, „Exista recidivă în următoarele cazuri:

a) Când după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare la pedeapsă închisorii mai mare de 6 luni, cel condamnat săvârșește din nou o infracțiune cu intenție, înainte de începerea executării pedepsei, în timpul executării acesteia sau în stare de evadare, iar pedeapsa prevăzută de lege pentru a doua infracțiune este mai mare de un an;

b) Când după executarea unei pedepse cu închisoare mai mare de 6 luni, după grațierea totală sau a restului de pedeapsă, ori după împlinirea termenului de prescripție a executării unei asemenea pedepse, cel condamnat săvârșește din nou o infracțiune cu intenție pentru care legea prevede pedeapsa închisorii mai mare de un an;

c) Când după condamnarea la cel puțin trei pedepse cu închisoare până la 6 luni sau după executare, după grațierea totală sau a restului de pedeapsă, ori după prescrierea executării a cel puțin trei asemenea pedepse, cel condamnat săvârșește din nou o infracțiune cu intenție pentru care legea prevede pedeapsa închisorii mai mare de un an.

Exista recidiva și în cazurile în care una dintre pedepsele prevăzute în alin.(1) este detențiunea pe viață sau atunci când se săvârșește din nou o infracțiune intenționată sau praeterintentionată² de o anumită gravitate.

Pentru stabilirea stării de recidivă în cazurile prevăzute în alin.(1) lit.a) și b) și alin.(2), se poate ține seama și de hotărârea de condamnare pronunțată în străinătate, pentru o faptă prevăzută și de legea română, dacă hotărârea de condamnare a fost recunoscută potrivit dispozițiilor legii.”

Prin **termeni ai recidivei** se înțeleg, în general, elementele constitutive ale stării de recidiva (structura recidivei) și care au un rol important în reglementarea juridică a recidivei. Aceste elemente sunt:

- O condamnare definitivă la pedeapsă închisorii de o anumită durată (peste 6 luni sau 3 condamnări de până la 6 luni) precum și detențiunea pe viață;
- Săvârșirea din nou a unei infracțiuni intenționate de o anumită gravitate după o condamnare definitivă.

În literatura de specialitate au fost formulate mai multe criterii de clasificare a recidivei, unele căpătând o consacrare expresă sau implicită în legislațiile penale³. În raport de aceste criterii au fost definite și diferitele modalități sau forme ale recidivei.⁴

Secțiunea II – Clasificarea recidivei

A. După natura infracțiunilor:

1) Recidiva generală se reține indiferent dacă prima și a doua infracțiune sunt sau nu de același fel. Deci existența ei nu este condiționată de natura infracțiunilor comise, putând fi de natura diferențiată ori de aceeași natură.

2) Recidiva specială se reține doar în măsura în care cele două infracțiuni sunt îndreptate împotriva aceluiași obiect juridic.

¹ V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 350; C. Bulai, *op. cit.*, p. 226; P. Bouzat, J. Pintel, *op. cit.*, p. 282

² Zolyneak M., „Unele aspecte teoretice și practice ale recidivei”, „Revista română de drept”, nr. 6/1983

³ Mateuț Gh., „Recidiva în teoria și practica dreptului penal”, Editura Lumina Lex, București, 1997 p. 173.

⁴ Cocaină A., „Recidiva în dreptul penal”, Editura Lumina Lex, București, 1995., p. 50-56.

B. După timpul scurs între executarea pedepsei pentru infracțiunea anterioară și săvârșirea noii infracțiuni:

1) Recidiva perpetua sau permanentă atrage reținerea stării de recidiva indiferent care e intervalul de timp scurs între cele două condamnări.

2) Recidiva temporară când starea de recidiva se reține doar dacă infracțiunea este săvârșită într-un anumit interval de timp calculat de la condamnarea pentru prima infracțiune (la crima recidiva e întotdeauna perpetua)

C. După gravitatea condamnării pentru prima infracțiune:

1) Recidiva absolută apare când existența ei nu e condiționată de gravitatea primei condamnări.

2) Recidiva relativă apare când existența ei e condiționată de o anumită gravitate a condamnării pronunțate pentru infracțiunea anterioară.

D. După locul unde s-a aplicat pedeapsa definitivă ce formează primul termen al recidivei:

1) Recidiva națională sau teritorială apare când prima condamnare a fost pronunțată de o instanță română.

2) Recidiva internațională apare când prima condamnare a fost pronunțată de o instanță străină.

E. După tratamentul sancționar:

1) Recidiva cu efect unic presupune aplicarea aceluiași tratament penal atât pentru infractorul la prima recidiva, cât și pentru cel care a perseverat în recidiva (multirecidivist)

2) Recidiva cu efecte progresive presupune agravarea pedepsei recidivistului cu fiecare nouă recidiva.

3) Recidiva cu regim sancționar uniform presupune același regim de sancționare pentru toate modalitățile recidivei.

4) Recidiva cu regim sancționar diferențiat presupune un regim de sancționare diferit pentru modalitățile recidivei.

F. După momentul săvârșirii celei de-a doua infracțiuni:

1) Recidiva postcondamnatorie

2) Recidiva postexecutorie

G. După condamnările care formează primul termen al recidivei:

1) Recidiva mare

2) Recidiva mică

Aceste ultime două tipuri de clasificare sunt reglementate și de Codul penal roman. Ele se pot combina între ele, obținându-se patru forme de recidiva:

1. Recidiva mare postcondamnatorie

2. Recidiva mică postcondamnatorie

3. Recidiva mare postexecutorie

4. Recidiva mică postexecutorie

Secțiunea III – Condiții de existență a recidivei

Recidiva mare postcondamnatorie

Din examinarea dispozițiilor art. 37 al. 1 lit. a și al. 2 Cp., reies condițiile de existență ale recidivei mari postcondamnatorii:

Condiții cu privire la primul termen. Primul termen al recidivei mari postcondamnatorii îl formează o condamnare definitivă la pedeapsă închisorii ori detențiunii pe viață. Condamnarea definitivă să privească o pedeapsă cu închisoarea mai mare de 6 luni ori pedeapsa detențiunii pe viață. Este îndeplinită această condiție când pedeapsa a fost pronunțată pentru o singură infracțiune ori ca pedeapsă rezultantă pentru un concurs de infracțiuni. Pedeapsa poate fi pronunțată și de o

instanță judecătorească străină, dacă această hotărâre a fost recunoscută potrivit dispozițiilor codului de procedură penală (art. 519-524 C.p.p.). Condamnarea definitivă să fie pronunțată pentru o infracțiune intenționată. O astfel de condiție se degajă din dispozițiile art. 38 lit. A Cp. - potrivit căreia la stabilirea stării de recidivă nu se ține seama de condamnările privitoare la infracțiunile săvârșite din culpă. Este îndeplinită condiția pentru primul termen al recidivei și atunci când condamnarea privește o infracțiune săvârșită cu praeterintenție. Nu poate constitui un prim termen al recidivei o condamnare definitivă la pedeapsă amenzii.¹

Condiții cu privire la cel de al doilea termen. Cel de al doilea termen al recidivei mari postcondamnatorii constă, ca de altfel la toate modalitățile recidivei, în săvârșirea unei noi infracțiuni intenționate, pentru care legea prevede pedeapsa închisorii mai mare de un an. Condițiile celui de al doilea termen al recidivei privesc deci:

- Săvârșirea unei noi infracțiuni
- Noua infracțiune să fie săvârșită cu intenție
- Pedeapsa prevăzută de lege pentru noua infracțiune să fie mai mare de un an
- Noua infracțiune trebuie să fie săvârșită în intervalul de timp după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare pentru infracțiunea anterioară și până la executarea sau considerarea că executată a pedepsei

. Momentele în care noua infracțiune se poate comite pentru a da naștere unei recidive postcondamnatorii sunt delimitate în art. 37 lit. a Cp. ca fiind:

- a) înainte de începerea executării pedepsei
- b) în timpul executării pedepsei
- c) în stare de evadare

d) Deși nu reprezintă momente ale executării pedepsei, menționăm situațiile în care comiterea unei noi infracțiuni conduce la reținerea stării de recidivă postcondamnatorie, pe bună seamă cu îndeplinirea și a celorlalte condiții prevăzute de art. 37 și 38 Cp. Astfel, comiterea unei noi infracțiuni în termenul de încercare al suspendării condiționate a executării pedepsei sau în termenul de încercare al suspendării executării pedepsei sub supra veghere, ori în termenul de încercare al grațierii condiționate, va da naștere unei recidive postcondamnatorii

Nu interesează, la stabilirea recidivei, dacă infracțiunea comisă din nou este prevăzută de Codul penal sau de o lege specială, după cum nici dacă infracțiunea este de aceeași natură sau de natură diferită cu prima infracțiune, deoarece Codul penal român a adoptat așa-numita recidivă generală.²

Al doilea termen al recidivei poate fi, atât o infracțiune intenționată, cât și praeterintenționată. Datorită faptului că „primum delictum” din alcătuirea infracțiunii praeterintenționate este comis cu intenție, el stă la baza rezultatului mai grav, deși acesta este produs din culpă. În acest sens, s-a pronunțat, atât literatura juridică³, cât și practica judiciară.

Recidiva postexecutorie

Recidiva postexecutorie sau recidiva mare după executare există potrivit art. 37 alin. (1) lit.b) C.pen. atunci „când după executarea unei pedepse mai mari de 6 luni, după grațierea totală sau a restului de pedeapsă, ori după împlinirea termenului de prescripție a executării unei asemenea pedepse, cel condamnat săvârșește din nou o infracțiune cu intenție pentru care legea prevede pedeapsa închisorii mai mare de un an”.

¹ Boroi Al., Nistoreanu Gh., Drept penal. Partea generală, ediția a IV-a, Editura All Beck, București, 2004, p. 246

² Bulai C., op. cit., p. 231.

³ Pavel D., Codul penal comentat și adnotat. Partea specială, vol. II, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 574.

Condiții cu privire la primul termen

Pentru existent primului termen al acestei modalități a recidivei trebuie întrunite următoarele condiții:

a) executarea intergala a unei pedepse cu închisoarea mai mare de 5 luni pentru infracțiunea săvârșită anterior;

b) pedeapsă mai mare de 6 luni închisoare ce urma să fie executată s-a stins prin grațierea totală sau a restului de pedeapsă, ori pentru care s-a împlinit termenul de prescriptive a executării pedepsei;

c) pedeapsa închisorii de 6 luni executată sau considerate ca executată trebuie să fi fost pronunțată pentru o infracțiune care sub aspect subiectiv a fost săvârșită cu intenție sau praeterintentie;

d) condamnarea care formează primul termen al recidivei postexecutorii să nu fie din acelea de care se ține seama la stabilirea stării de recidiva, în conformitate cu prevederile art.38 C.pen.

La stabilirea stării de recidiva nu se va ține seama de condamnările pentru care a intervenit reabilitarea sau în privința cărora s-a împlinit termenul de reabilitare.¹

Condiții cu privire la cel de-al doilea termen

Al doilea termen al recidiverii mari postexecutorii este dat de săvârșirea unei noi infracțiuni intenționate pentru care legea prevede pedeapsa închisorii mai mare de un an. În ipoteza în care, ulterior realizării primului termen al recidivei postexecutorii, făptuitorul comite două sau mai multe infracțiuni concurente (fiecare fiind săvârșită cu intenție și, în parte, sancționată de lege cu pedeapsa închisorii mai mare de un an) fiecare infracțiune concurentă ulterioară formează al doilea termen al unei recidive postexecutorii separate, într-un asemenea caz făptuitorul devenind multirecidivist.²

Mica recidiva postcondamnatoreCondiții privind primul termen

În cazul micii recidive postcondamnatore primul termen este compus din trei condamnări definitive la pedeapsă închisorii de până la 6 luni.

O a doua condiție constă în faptul că cele trei condamnări definitive care formează primul termen trebuie să fie pronunțate pentru infracțiuni intenționate. În fine, o a treia condiție constă în aceea că, pentru niciuna din cele trei condamnări să nu fie incidente dispozițiile art. 38 C. pen.³

Condiții privind cel de-al doilea termen

Cel de-al doilea termen al micii recidive postcondamnatore constă în săvârșirea din nou cu intenție a unei infracțiuni pentru care legea prevede pedeapsa închisorii mai mare de un an. Momentul în care se săvârșește noua infracțiune, în raport cu primul termen al recidivei poate fi înainte de începerea executării pedepselor contopite (iar rezultanta este de cel mult 6 luni), în timpul executării acesteia, ori în starea de evadare.⁴

Mica recidiva postexecutorieCondiții cu privire la primul termen

Potrivit legii, primul termen este format din trei condamnări la pedeapsă închisorii de până la 6 luni, pedepse care au fost executate ori pentru care a intervenit grațierea totală sau a restului de pedeapsă pentru care s-a împlinit termenul de prescriptive al executării pedepsei. Cele trei condamnări trebuie să fie pronunțate pentru infracțiuni intenționate și pentru niciuna din ele să nu fie incidenta vreoaia situație prevăzută în art. 38 C.pen.

¹ Dima Traian, "Drept penal partea generală" Editura Hamangiu, 2007

² A. Dincu, "Drept penal..." op.cit., p. 334

³ Dima Traian, "Drept penal partea generală" Editura Hamangiu, 2007, op.cit., p. 303

⁴ C. Mitache, "Drept penal" op.cit. p. 230

Condiții privind cel de-al doilea termen

Cel de-al doilea termen al micii recidive postexecutorii îl constituie săvârșirea unei noi infracțiuni intenționate, sancționată de lege cu pedeapsa închisorii mai mare de un an. Noua infracțiune se săvârșește ulterior executării efective a celor trei condamnări sau stingerea executării acestora prin grațierea totală sau a restului de pedeapsă ori după prescrierea executării celor trei pedepse.

Recidiva internațională

În dispozițiile alin. 3 al art. 41 din noul C.pen. este reglementată recidiva internațională, legea prevăzând că, pentru stabilirea stării de recidivă se va ține seama și de hotărârea de condamnare pronunțată în străinătate pentru o faptă prevăzută și de legea penală română, dacă hotărârea de condamnare a fost recunoscută potrivit legii¹. Prin recidiva internațională se înțelege situația când primul termen al recidivei este o hotărâre de condamnare pronunțată în străinătate.

CAPITOLUL II – Delimitare între recidiva și recidivism

Secțiunea I – Noțiunea de recidivism. Recidiva ca fenomen criminologic

În "Tratatul" său de criminologie, J.Pinatel arată că distincția dintre dreptul penal și criminologie este atât de evidentă, încât s-a impus să fie atestată și prin existența a două mari societăți științifice internaționale: Asociația Internațională de Drept Penal și Societatea Internațională de Criminologie. Această deosebire organizatorică este un răspuns la faptul că dreptul penal este o știință normativă, în timp ce criminologia este o știință a fenomenologiei penale. Altfel spus, **în timp ce dreptul penal studiază conținutul abstract al normei penale, pentru a-i asigura concordanța față de relațiile sociale care trebuie apărute, criminologia abordează criminalitatea în complexitatea sa, precum și modalitățile prin care acest fenomen poate fi prevenit.**¹

Din cele mai vechi timpuri s-a simțit nevoia de a pedepsi mai aspru pe recidiviști. Herodot spunea că la vechii persi se acordă o mare însemnătate purtării trecute a infractorului. Aristotel arăta că recidiviștii trebuie pedepsiți mai grav, iar Platon propunea să li se dubleze pedeapsa. Romanii de asemenea, țineau seama de recidivă și agravau pedepsele.

Analiza descriptivă a recidivismului, ca fenomen social, poate să fie aprofundată prin adoptarea unor criterii de organizare a informației la nivelul de ansamblu al evidenței. Astfel informația cuprinsă în evidența centrală poate fi sistematizată pe genul de infracțiuni săvârșite, ocupația făptuitorului, nivelul de educație, sex, și vârstă, precum și alte elemente de referință pentru cercetările criminologice.

Problematica educației, a formării cunoștinței sociale și morale evidențiază, uneori, contradicții cu efecte negative ce își găsesc expresia în tipuri de socializare, discordantă sau ambivalentă a personalității unor indivizi. La rândul lor, aceste contradicții sunt conexe unor disfuncționalități de ordin mai general, că pot apărea în plan social, economic, cultural etc.

Secțiunea II – Tipologia criminalilor

În istoria criminologiei s-au înregistrat mai multe încercări de tipologie criminală. Îi amintim pe unii psihiatrii – Lauvergne, Maudsely- care au vorbit de criminalul alienat, criminalul degenerat; pe Lombroso, care a menționat tipul criminalului înscut, criminalul nebun etc; pe E. Ferri, care a reținut criminalul înscut, criminalul de ocazie etc; pe G. Tarde, care a reținut mai cu seamă criminalul profesional și alții. În criminologia contemporană trebuie amintit E. Sellig și J. Pinatel, cu mai multe

¹ Paun Costica, op. cit., p 20

tipuri de criminali (tipul pervers, timpul caracterial, tipul ocazional etc.). Întrucât aceste ultime forme tipologice sunt mai complete, în cele ce urmează vom invoca aceste scheme de tipuri de criminali.

1. Criminalul agresiv (violent), un tip de criminal despre care în criminologie s-a scris și se scrie mult, autor de crime violente, brutale și cu consecințe individuale și sociale multiple (de exemplu, omoruri simple sau calificate, lovituri auzatoare de moarte, vătămări corporale simple sau grave etc.). Aparțin acestei categorii și faptele de distrugere de bunuri, cauzatoare de pagube materiale și morale grave (incendii, inundări intenționate, calomnii grave, unele violente morale continue care împing victima la sinucidere etc.). Criminalul agresiv, după Seelig, este criminalul caracterizat prin emotivitate puternică, însoțită de descărcări reactive, motrice la fel de puternice, prin acte de violență, vătămări corporale de același fel.

2. Criminalul achizitiv. Toți acești criminali se aseamănă și formează un tip de criminal, caracterizat prin tendința de luare, adunare, însușire de bunuri de tot felul în scop personal, de câștig, de întreținere, îmbogățire etc.

3. Criminalul caracterial. Când discutăm despre acest tip de criminali, ne referim în primul rând la caracterul psihologic și apoi la caracterul moral; aici ne interesează acei criminali care prezintă structuri și tulburări ale vieții afective, pe scurt, tulburări ale caracterului. Exemple de structuri dificile de instabilitate caracterială sunt cele exprimate în comportările omului încăpățânat, ale omului plin de agresivitate, ale omului stăpânit de anumite temeri (angoasa) ori de anumite pasiuni, pe care omul nu le poate ține sub control.

4. Criminalul lipsit de frane sexuale. Criminalii care aparțin acestui tip sunt numai aceia care comit acte legate de viața sexuală, de exemplu un act de viol, de incest, de sadism etc. Nu aparține acestei categorii criminalul care comite un omor din gelozie sau un ultraj contra bunelor moravuri.

5. Criminalul profesional; se regăsește în persoana care este refractara muncii într-un cardu legal, care săvârșește infracțiuni într-un mod sistematic în scopul câștigării resurselor de trai. Criminalii profesionali sunt de două feluri: criminalul profesional pasiv (parazit social) și criminalul profesional activ (dinamic și organizat)

6. Criminalul ocazional. E. Ferri spunea că este criminal ocazional cel care, fără a prezenta o tendință înăscută spre delict, comite crime sub influența tentațiilor provocate de factori profesionali sau de mediu exterior.

7. Criminalul debil mintal. O trăsătură specifică a debilului consta în limitele restrânse de a ține seama de alți oameni și de reacțiile acestora; o altă caracteristică este lipsa capacității de prevedere asupra săvârșirii și urmărilor săvârșirii crimei, lipsa ce izvorăște și din lipsa noțiunii de durată în timp a faptei, noțiune care la el este restrânsă. Văzut mai de aproape, el are o gândire infantilă, concretă, se descurca greu în activitatea sa și are nevoie de sprijin; viața lui afectivă, de asemenea, este restrânsă, limitată.

8. Criminalul recidivist; este caracterizat, în general, prin faptul că acesta comite în mod repetat crime. După comiterea unei crime, descoperit și pedepsit, comite din nou alte crime. El devine un fel de profesionist în criminalitate.

9. Criminalul ideologic (politice); este persoana care, având anumite idei și convingeri politice, științifice ori religioase, comite, datorită acestora, fapte care aduc atingere legilor existente într-un stat, inclusiv legilor penale și I se aplică pedeapsa penală.

10. Criminalul alienat; se caracterizează în general prin tulburări grave, care cuprind întreaga lor viața psihică, începând cu viața lor emotiv-activă, continuând cu funcțiile de cunoaștere-memorie, gândire etc. - și terminând cu acțiunile, activitatea și conduita socială. Criminalul alienat este stăpânit de temere ori mânie pronunțată, de emoții și alte stări afective tulburi și nestăpânite, de gândire haotică, stăpânită de idei fixe ori lipsa de gândire, de impulsuri și acțiuni straine de realitatea în care trăiește.

Cesare Lombroso* este considerat drept creatorul criminologiei antropologice.

După terminarea studiilor de medicină la Padova, Viena și Pavia, Lombroso a efectuat unele cercetări în domeniul patologiei craniului și psihiatriei. După ce a fost angajat ca medic militar, el a

efectuat studii antropometrice asupra a 3000 de militari în scopul stabilirii unor diferențe fizice între locuitorii diferitelor regiuni din Italia. În anul 1874 a devenit lector la Catedra de medicină legală și igienă publică a Universității din Torino, iar în anul 1876 a publicat cea mai cunoscută lucrare o să, "L'uomo delinvente" (Omul delincent).¹

În urma efectuării unor examene antropometrice, medicale și psihologice asupra a 5907 delinvenți, el a formulat ipoteza *atavismului evoluționist*, potrivit căreia, caracterele omului primitiv pot apărea la anumite persoane sub forma unor "stigmatice anatomice" (malformații ale scheletului și cutiei craniene, asimetrie bilaterală, dezvoltarea masivă a maxilarelor, anumite anomalii ale urechilor, ochilor, nasului, mâinilor și picioarelor).

În lucrarea "Physique and Character" (Fizic și caracter), Kretschmer și-a propus să analizeze relațiile complexe existente între diferitele tipuri biologice și anormalitatea mentală și a caracterului. Pornind de la conformația fizică a individului, el a stabilit următoarele tipuri:

- a. leptosom sau astenic, caracterizat prin trăsături longiline, umeri înguști și musculatură subdezvoltată; este tipul rece, rezervat, nesociabil;
- b. athletic, cu musculatură puternică, robust, prezintă o bună stabilitate psihologică dar ocazional poate deveni exploziv;
- c. picnic, scund și rotund, cu tendințe spre îngrășare; este prietenos și sociabil.

Autorul apreciază că tipurile mixte au o mare frecvență. Între acestea, el a acordat atenție tipului displastic, particularizat prin anumite disfuncționalități glandulare.

Concluziile lui Kretschmer cu privire la relația dintre aceste tipuri și criminalitate sunt următoarele:

- există o distribuție relativ egală a tipurilor identificate, în câmp infracțional;
- există o anumită corelație între tipul constituțional și tipul de infracțiune, astenicul fiind asociat cu infracțiunile contra proprietății, athleticul cu infracțiunile contra persoanei, picnicul cu fraudele, escrocheriile, displasticul cu infracțiunile sexuale.

Un prim pas în cunoașterea criminalului consta în cunoașterea aspectelor generale ale acestuia, cum sunt aspectele fizice (anatomice și fiziologice), aspectele psihologice și cele sociologice. Prin descrierea și specificarea acestor aspecte generale se delimitează criminalii ca o categorie specială proprie și, totodată, se pot face comparații și delimitări față de necriminali. După cunoașterea aspectelor generale, se pot face pași mai departe în cunoașterea aprofundată a diferitelor aspecte speciale, cum sunt tipurile de criminali, factorii care influențează și împing pe criminal la comiterea de crime (factori ereditari, factori psihologici, sociali etc).²

Aspecte fizice și fiziologice

Aceste aspecte, la rândul lor, sunt de mai multe feluri: Aspecte generale, aspecte anatomice, aspecte fiziologice. În cele ce urmează, vom reda succint, unele cercetări privind aceste aspecte și concluzii reținute de criminologia contemporană. Menționăm, în treacăt, că aceste aspecte au fost primele cercetate, iar în etapa antropologiei criminale-Lombriso și alții - au subliniat mai mult aspectele fizice negative-malformații, stigmatice de degenerescență, atavism etc.

O trăsătură de bază, caracteristică criminalului, este nivelul scăzut de inteligență. În cercetările psihologice privind criminalul se subliniază în mod constant nivelul mintal redus.

Lombriso clasifică criminalii în:

- a. Criminali născuți;
- b. Nebuni morali
- c. Criminali epileptici (epileptoizi)
- d. Criminali pasionali

¹ Paun Costica, op. cit

² Paun Costica, op. cit.

- e. Criminali nebuni (la această categorie mai anexează și criminali alcoolici, criminalii isterici și criminalii seminebuni sau matoizi)
- f. Criminali de ocazie
- g. Criminali de obicei
- h. Criminali latenți.

Secțiunea III – Influența mediului penitenciar asupra criminalității

Închisoarea și societatea sunt două lumi diferite aproape în toate privințele și nu este realist să credem că un individ format la școala celei dintâi poate supraviețui celei de-a doua.

Din desfășurarea unor programe de educație civică în mai multe penitenciare din România se poate observa incapacitatea mării majorități a deținuților de a enumera libertățile fundamentale ale omului și drepturile din care decurg acestea. Libertatea este înțeleasă de ei ca un drept al fiecăruia de a face ceea ce dorește, în timp ce legile un simplu obstacol ale pornirilor lor firești, pe care îl pot ignora sau depăși prin orice mod.

În cazul deținuților cu pedepse pe termen lung se observa un proces de acomodare la spațiul carceral, sinonim cu o adevărată desocializare în raport cu normele de conviețuire din cadrul societății. Se instalează de cele mai multe ori un sentiment de resemnare, de lipsă de preocupare cu privire la momentul reînțoarcerii în societate.

Penitenciarul, în prima fază, impune adaptarea și integrarea la un anumit model de viață, acționat de legi cu totul aparte. Stabilirea de relații interumane se face după alte considerente și în alte condiții aici, ierarhia valorică capătă o altă față, trecând prin succesive deformări față de modelul axiologic social normal, unanim acceptat. Sunt acumulate tensiuni adaptative inerente, iar de multe ori persoana condamnată nu va avea cunoștința culpabilității faptei făcute, în sens existențial. Culpabilitatea disimulată, exterioară, este axul central al modificărilor caracteriale ce se produc în timpul detenției. Noțiunea de libertate se goleşte de conținut, dispărând total sentimentul apartenenței la social, al dorinței de integrare activă. Societatea care blamează, este blamată la rândul ei prin negare. Iată deci cum se obțin conduite opuse scopului urmărit prin detenție.

Ar mai fi multe de spus despre viața oamenilor care populează închisorile: despre reacția la cutremure a celor închiși care vor să-și vadă familia, dar nu pot trece de ziduri; despre deținutul care a plecat singur după un altul evadat și l-a adus înapoi (“pentru că nu merita să fie liber”); despre minorii care după ace se liberează vor să urmeze școală sau cursurile de calificare tot în pușcărie; despre un deținut bătrân care se libera după 23 de ani de închisoare și care stătea în poarta închisorii neștiind unde să se ducă (“sunt singur pe lume, nu mai am nicio rudă”); despre deținutul care, liberându-se, a cerut colegilor de cameră să nu-l ocupe patul pentru că va veni săptămâna viitoare înapoi (și a venit!); despre deținuta care a omorât un copil fără motiv și cerea să fie lămurită de ce a făcut-o; despre deținuta ce era convinsă că a comis crima fiind hipnotizată și, ca urmare, cerea să fie liberată; despre deținutul care și-a bătut soția timp de o săptămână, deși ea murise din prima zi; despre minorul închiriat între bandele de răufăcători din toată țara pentru a da lovituri de milioane, lui dându-i-se de fiecare dată câteva sute de lei; despre cei 500 de deținuți de recidiviști cu care s-a organizat o “dezbatere” privind cauzele recidivei, în urma căreia după ore și ore de discuții, deținuții au spus: “...pentru că nu ne place să muncim, pentru că ne e frică să avem o familie, pentru că e mai ușor să stai în pușcărie, pentru că e mai comod să fii nimeni”¹.

Prin urmare, mediul carceral se dovedește a fi o cauză de sporire a numărului de persoane antrenate în activități ilicite, ducând deci la o creștere a numărului de persoane recidiviste, respectiv a criminalității.

Izolarea celulară sau în camere comune în penitenciar afectează psihicul individului, împingându-l spre izolare morală. Se declanșează o stare de permanentă tensiune psihică cu dorința

¹ Florian Gh., “Psihologie penitenciara”, Editura Oscar print, bucuresti, 2001, p 19

puternică de evadare. Supraaglomerarea și condițiile precare din unitățile de detenție afectează în mod direct starea psihică a deținutului, fiind adesea asimilate de către CEDO tratamentelor inumane și degradante.

Nu în ultimul rând, o altă cauză care duce la înăsprirea caracterului deținuților este existența unor conflicte între deținuți și personalul penitenciarului; s-a observat că principalul motiv este chiar comportamentul neadecvat al deținuților. Totodată se pot înregistra cazuri de abuzuri din partea personalului, care țin de folosirea excesivă sau disproporționată a forței, modul de aplicare a procedurii disciplinare, modul jignitor de adresare, încălcarea drepturilor, modul de rezolvare a problemelor sau mutarea nejustificată a persoanei private de libertate dintr-o secție în alta.

CAPITOLUL III – Recidivă în noul Cod penal

În reglementarea recidivei în cazul persoanei fizice, în noul Cod penal, întâlnim elemente noi față de reglementarea existentă în Codul penal anterior, atât în ce privește definiția și termenii recidivei, cât și tratamentul penal.

Astfel, prin noul Cod penal se modifică termenii recidivei în sensul că limitele acestora au crescut, clasificând drept recidivist numai acea persoană condamnată care a săvârșit noi infracțiuni de un anumit grad de pericol. De asemenea, noul Cod penal, prin definiția pe care o da recidivei în art.41, consacră în legislația noastră penala recidiva temporară.

Art.41, noul Cod penal:

- alin.(1) “Există recidiva când, după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare la pedeapsă închisorii mai mare de un an și până la reabilitare sau împlinirea termenului de reabilitare, condamnatul săvârșește din nou o infracțiune cu intenție sau cu intenție depășită, pentru care legea prevede pedeapsă închisorii de un an sau mai mare.

- alin.(2) “Există revidiva și în cazul în care una dintre pedepsele prevăzute în alin (1) este detențiunea pe viață.”

- alin.(3) “Pentru stabilirea stării de recidiva se ține seama și de hotărârea de condamnare pronunțată în străinătate, pentru o faptă prevăzută și de legea penală română, dacă hotărârea de condamnare a fost recunoscută potrivit legii.”

La stabilirea stării de revidiva, art.42 spune că ”nu se ține seama de hotărârile de condamnare privitoare la :

- a) faptele care nu mai sunt prevăzute de legea penală;
- b) infracțiunile amnistiate;
- c) infracțiunile săvârșite din culpă.”

Pedeapsa în caz de revidiva este reglementată în art.43:

(1) “Dacă înainte ca pedeapsa anterioară să fi fost executată sau considerată ca executată se săvârșește o nouă infracțiune în stare de recidiva, pedeapsa stabilită pentru aceasta se adaugă la pedeapsă anterioară neexecutată ori la restul rămas neexecutat din această.

(2) Când înainte ca pedeapsa anterioară să fi fost executată sunt săvârșite mai multe infracțiuni concurente, dintre care cel puțin una se afla în stare de recidiva, pedepsele stabilite se contopesc potrivit dispozițiilor referitoare la concursul de infracțiuni, iar pedeapsa rezultată se adaugă la pedeapsă anterioară neexecutată ori la restul rămas neexecutat din această.

(3) Dacă prin însumarea pedepselor în condițiile alin. (1) și alin. (2) s-ar depăși cu mai mult de 10 ani maximul general al pedepsei închisorii, iar pentru cel puțin una din infracțiunile săvârșite pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de 20 ani sau mai mare, în locul pedepselor cu închisoarea se poate aplica pedeapsa detențiunii pe viață.

(4) Când pedeapsa anterioară sau pedeapsa stabilită pentru infracțiunea săvârșită în stare de recidiva este detențiunea pe viață, se va executa pedeapsa detențiunii pe viață.

(5) Dacă după ce pedeapsă anterioară a fost executată sau considerată ca executată, se săvârșește o nouă infracțiune în stare de recidivă, limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege pentru noua infracțiune se majorează cu jumătate.

(6) Dacă după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare pentru noua infracțiune și mai înainte ca pedeapsa să fi fost executată sau considerată ca executată se descoperă că cel condamnat se afla în stare de recidivă, instanța aplica dispozițiile alin. (1)-(5).

(7) Dispozițiile alin.(6) se aplică și în cazul în care condamnarea la pedeapsă detentivă pe viață a fost comutată sau înlocuită cu pedeapsa închisorii.

Un alt element de noutate pe care îl aduce art.41 este prevederea expresă a faptului că cel de-al doilea termen al recidivei îl poate constitui și săvârșirea unei infracțiuni cu intenție depășită.

Dacă în reglementarea existentă în vechiul Cod penal, pentru instanță de judecată era facultativ să țină seama de o hotărâre judecătorească de condamnare pronunțată în străinătate, atunci când urma să se stabilească starea de recidivă, în baza reglementării din noul Cod penal, instanța penală romană este obligată să țină seama, la stabilirea stării de recidivă, de hotărârea de condamnare pronunțată în străinătate.

De asemenea, noul Cod penal nu mai reglementează mica recidivă, care era consacrată în Codul penal anterior.

Despre modalitățile recidivei putem spune că prin ele se înțelege felul în care se prezintă recidivă în raport cu variațiile la care sunt supuși cei doi termeni ai săi.¹

a) Recidivă relativă; existența recidivei este condiționată de o anumită gravitate a condamnării, pronunțată pentru o infracțiune anterioară;²

b) Recidivă postcondamnatorie;

c) Recidivă internațională;

d) Recidivă internațională;

e) Recidivă temporară;

f) Recidivă generală;

g) Recidivă cu efect unic; presupune aplicarea aceluiași tratament penal atât pentru infractorul aflat la prima recidivă, cât și pentru cel care a perseverat în recidivă (multirecidivist).

Ca o concluzie, menționăm că în noul Cod penal, instituția recidivei este mai amplu reglementată decât a fost în Codul penal anterior.

Concluzii

Diminuarea frecvenței cu care recidiviștii comit acte infracționale este în mod cert o necesitate de ordin social. Pentru aceasta sunt necesare îmbunătățiri ale cadrului instituțional și legislativ în domeniu. O dată întorși în societate, este puțin probabil ca foștii condamnați să se poată descurca singuri, nereușind să găsească o modalitate eficientă de a evita situațiile care au determinat încarcerarea lor. În momentul de față, Serviciul de Probațiune nu are atribuțiile legale în ceea ce privește reinserția socială a celor care se eliberează din penitenciare. Abia în

Proiectul de Lege al Noului Cod Penal se stipulează că aceștia să intre în supravegherea Serviciului. Pentru a-și dovedi însă eficiența în ceea ce privește reducerea fenomenului de recidivă, această instituție are nevoie să îi fie alocate resursele optime, umane, financiare și logistice, care să îi permită să îi sprijine pe foștii deținuți în demersul lor de reintegrare socială. Alături de acesta, autoritățile locale pot să se implice în procesul de reintegrare socială a celor care se eliberează. Mai

¹ C.Bulai, B.N.Bulai, "Manual de drept penal..." op.cit., pg.536

² C.Mitrache și Cr.Mitrache, "Drept penal roman", partea generală, Casa de editură și presa Sansa, București, 2002, p.260

mult, autoritățile locale, pot acorda, în baza unui referat de evaluare realizat de asistenții sociali din penitenciare ori de consilierii de probațiune, dar și a unei anchete sociale proprii efectuate la domiciliul individului care urmează să se elibereze, condiționat sau la termen, celor eligibili, ajutoare sociale, masă la cantina de ajutor social a municipalității, alocație de susținere pentru membrii familiei, sprijin în vederea întocmirii dosarului de solicitare a unei locuințe sociale etc.

Pe de altă parte, este important ca Ministerul de Justiție și Administrația Națională a Penitenciarelor, în particular, să aloce suficiente resurse financiare pentru a stimula angajarea, în penitenciare, a specialiștilor calificați în domeniul psihologiei, sociologiei, asistenței sociale și pedagogiei.

Este necesar ca societatea să înțeleagă că recidiva nu este exclusiv problema Ministerului de Justiție, ci problema întregului guvern și că oferindu-le celor care se eliberează din penitenciare oportunitatea reinsertiei sociale, comunitățile devin mai sigure, iar calitatea vieții indivizilor va crește în mod vizibil.

În mod cert, consider că ar trebui acordată o doză de atenție și modernizării sistemului penitenciar prin orientarea șederii deținuților pe perioada condamnării spre activități cu puternice influențe psihologice, în aceste fel infractorul putând fi ajutat să înțeleagă sensul ocrotirii valorilor sociale, modul în care aceasta trebuie făcută, limitele democrației și respectarea perimetrului fizic și psihic al celor din jur. Pentru ca oamenii problematici să poată înțelege, se cere o mare înțelegere pentru ei din partea celor capabili să înțeleagă și să ajute, motiv pentru care studierea psihologiei infractorului este un domeniu ce poate fi aprofundat în scopul eficientizării metodelor de prevenire a recidivei.

Referințe bibliografice

- Gh. Mateut, Recidivă în teoria și practica dreptului penal, Ed. Lumina Lex, București 1997.
- Zolyneak M., „Unele aspecte teoretice și practice ale recidivei”, “Revista română de drept”, nr. 6/1983
- Cocaină A., „Recidivă în dreptul penal”, Editura Lumina Lex, București, 1995
- Boroi Al., Nistoreanu Gh., Drept penal. Partea generală, ediția a IV-a, Editura All Beck, București, 2004
- Bulai C., Manual de drept penal. Partea generală, vol. ÎI, Editura All, București, 1997
- Pavel D., Codul penal comentat și adnotat. Partea specială, vol. ÎI, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1977
- Dima Traian, „Drept penal partea generală”, Editura hamangiu, 2007
- Mitache C., Drept penal român, partea generală, Casa de editură și presă “Șansa” S.R.L., București, 2002

UCIDEREA LA CEREREA VICTIMEI

Anca – Georgiana BARBU¹

Abstract

According to the new Criminal Code and following the tradition existing in the Criminal Code of Carol the Second, "killing at the request of the victim" will be punished. The new Criminal Code, in article 190, stipulates that „Killing a person at the explicit, serious, conscious and repeated request of the victim, who was suffering from an incurable disease or a grave disability, medically proven and causative of permanent and unbearable suffering is being punished with imprisonment from 1 to 5 years. The topic I have chosen for my presentation refers to a new concept – euthanasia – that arouses blazing medical, juridical, religious and moral debates, discussing the limit to which the protection of the right to live should be exerted. It is known that this practice is deprecated by religion (in the Divine Commands – “Do not kill!”), by medicine in Codes of Conduct, providing that the doctors` purpose is to heal and ease, and not to intentionally cause a patient`s death, placing itself at the border between moral and immoral. In this paper I will define the concept of euthanasia, I will present the juridical, moral and medical interpretations, analyze the legal text and compare the new regulation with the old one trying to provide a complete analyze of the offense.

Key words: *killing at the request of the victim, New Penal Code, euthanasia, offense, right to life.*

1. Considerații introductive

O noutate adusă de Noul Cod Penal este încriminarea faptei de a ucide la cererea victimei. Astfel, potrivit textului legal, “Uciderea săvârșită la cererea explicită, serioasă, conștientă și repetată a victimei care suferă de o boală incurabilă sau de o infirmitate gravă atestată medical, cauzatoare de suferințe permanente și greu de suportat se pedepsește cu închisoare de la 1 la 5 ani.”

Am ales să dezbăt în această lucrare infracțiunea de ucidere la cererea victimei întrucât problematica eutanasiilor se numără printre cele mai sensibile chestiuni, care ar reclama o examinare atentă și o dezbateră mai largă, inclusiv în opinia publică, fiind vizat unul din drepturile fundamentale ale omului, dreptul la viață, precum și faptul că eutanasia - ca noțiune și metodă - a suscitat din antichitate și până în zilele noastre numeroase discuții cu implicații filozofice, psihologice, medicale, juridice, morale, religioase.

În spațiul public discursul este polarizat între cei care consideră că dacă omul are dreptul la viață, are și dreptul la moarte și cei care consideră viața ca fiind un dat care transcende controlul uman. De multe ori argumentele sunt distorsionate fie de opțiunile ideologice ale combatanților, fie de maniera în care acestea sunt exprimate.

De aceea am ales să realizez o analiză obiectivă a infracțiunii din proiectul Noului Cod Penal și a implicațiilor acesteia, având în vedere și reglementările anterioare, precum și modul de reglementare în codurile penale ale altor state.

1.1. Conceptul de sinucidere asistată

Prin eutanasiie, care în grecește înseamnă “moarte frumoasă sau ușoară”, se înțelege ajutorul medicului în curmarea vieții pacientului ce suferă de o boală incurabilă.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; anca_barbu90@yahoo.com.
Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. Univ. drd. Mircea Constantin Sinescu

Eutanasia sau crima înfaptuită în numele compasiunii înseamnă provocarea morții unei persoane, având consimțământul acesteia. Problema se pune în cazul bolnavilor aflați în stadiile terminale ale unor boli incurabile (cum ar fi de exemplu cancerul), aceștia suportând suferințe constante și intolerabile, fără speranța de a obține o ameliorare a stării lor.

Eutanasia poate fi de doua feluri: activă și pasivă. Eutanasia activă reprezintă comiterea unor acte în vederea provocării morții (cum ar fi: scoaterea din funcțiune a unui aparat, administrarea unui medicament într-o doza capabilă să antreneze moartea, administrarea unei injecții letale, etc.), în urma unei cereri repetate și a unei reflecții îndelungate a unui pacient.

Eutanasia pasivă constă în neacordarea sau întreruperea unui tratament, știind că astfel urmează să se producă moartea pacientului în cauză, în special în cazul în care "soluția" ar consta în încercarea de menținere în viață a unui pacient printr-un tratament agresiv și inutil - practică de altfel condamnată de etica medicală, cu atât mai mult cu cât persoana în cauză a refuzat acest tratament.¹

Eutanasia este însă distinctă de sinuciderea asistată, în cazul din urmă medicul sau un alt membru al personalului medical îl ajută să se sinucidă, la cererea repetată și bine analizată a acestuia (de exemplu, pacientului i se prescrie o rețetă cu o substanță letală, i se indică cum să oprească singur aparatele de resuscitare sau i se oferă o mască și un tub cu un gaz ce provoacă moartea). Totuși, în pofida acestei distincții, mai ales din motive practice, diferența dintre eutanasiile și sinuciderea asistată a fost ștersă, cele două acțiuni fiind asimilate deseori într-o singură noțiune, cea de eutanasiile.²

Momentul în care începe viața unei persoane – au fost formulate două teorii:

Prima teorie: acest moment este cel al începerii procesului nașterii și al desprinderii fătului de uterul mamei (chiar dacă desprinderea nu s-a realizat integral).

Argumentele invocate sunt bazate pe unele concluzii desprinse din lucrări de medicină legală³, în conformitate cu care, uneori, între expulzare și prima respirație, ca semnul cel mai frecvent de viață extrauterină poate fi un interval mai lung, mai ales atunci când cordonul ombilical nu s-a secționat imediat și fătul continuă să trăiască pe seama respirației fetoplacentare.

Cea mai largă și acceptată soluție, însușită de legiuitorul român este cea în care momentul apariției persoanei în viață este cel al desprinderii totale a fătului de cordonul ombilical al mamei, adică atunci când produsul concepției nu mai este făt, ci copil, începând să ducă o viață independentă de cea a mamei. În consecință, putem afirma că de existența dreptului la viață nu se poate vorbi din momentul începerii procesului fiziologic al nașterii naturale, ci abia din momentul când acest proces a luat sfârșit, copilul este expulzat și începe viața sa extrauterină.⁴

Momentul final al vieții unei persoane

Pentru a stabili acest moment, cercetarea medicală ia în considerare două situații⁵:

Prima se referă la moartea clinică, determinată de funcțiile aparatului respirator și ale aparatului circulator; a doua este reprezentată de moartea cerebrală sau biologică, atunci când încetează activitatea cerebrală.

Odată cu instalarea morții cerebrale se poate afirma că s-a produs rezultatul cerut de norma care încredințează omorul.

În literatura de specialitate s-a pus problema care trebuie să fie soluția juridică împotriva persoanelor care determină sau ajută în orice mod o persoană să se sinucidă sau a medicului care, cu consimțământul bolnavului, îi administrează substanțe letale sau îl asistă pe bolnav când își administrează asemenea substanțe.

¹ Cristina Rotaru, "Considerații privind euthanasia" „Analele Universității București. Drept. Nr. 4/2005 octombrie-decembrie, ed.All Beck, pag 71

² Mona-Maria Pivniceru, Florin Dorian Dăscălescu, "Eutanasia: unde se sfârșește dreptul la viață" Revista Română de Bioetică; vol II, Nr. 27 aprilie-iunie 2004

³ Gh. Scripcaru, M. Terbanca – Patologie medico –legală, Edit. Didactica și Pedagogica, București, 1983, pag.300

⁴ Ilie Pascu, Mirela Gorunescu – Drept Penal. Partea specială – Editura Hamangiu, București, pag.85

⁵ Idem

Legea penală romană în vigoare, ca și multe legislații penale străine, a adoptat soluția sancționării persoanei care ar îndemna sau ajuta pe bolnav să-și curme viața, ca și pe cei care, la cererea ori cu consimțământul bolnavului, i-ar lua viața, chiar dacă moartea, în acest caz, ar deveni o soluție mai bună pentru bolnav decât continuarea vieții.¹

1.2. Valențe/interpretări religioase, medicale, morale

Așa cum am afirmat anterior, eutanasia ca noțiune și metodă, a suscitat din antichitate și până în zilele noastre numeroase discuții cu implicații filozofice, psihologice, medicale, juridice, morale, religioase etc.

Din punct de vedere religios, pentru creștini (catolici, ortodocși, etc) nu există nicio urmă de îndoială: eutanasia este inacceptabilă, fiind vorba despre uciderea unei ființe umane. Un creștin adevărat crede în Dumnezeu și în momentul morții.²

Biserica Ortodoxă Română, a comunicat, în data de 07.06.2005, poziția Sfântului Sinod cu privire la problema eutanasiilor, considerând că eutanasia nu poate avea justificare nici medicală, nici economică, iar medicul care face acest lucru și-a încălcat menirea și comite un păcat grav, condamnat de Dumnezeu și detestat de Biserică.

Un punct de vedere interesant relativ la această problemă a fost formulat în anul 2000 de către Biserica Ortodoxă Rusă, care afirmă următoarele: „Recunoscând valoarea vieții fiecărui om, clerul ortodox consideră inadmisibilă orice formă specială de a legaliza eutanasia, considerând-o o formă specială de omucidere sau sinucidere sau combinarea uneia și a alteia. Sfântul Sinod este împotriva oricărei forme de eutanasiile”. Din punct de vedere religios, nici medicul, nici altcineva nu are dreptul să ia viața unei persoane, iar cel care nu poate da cuiva viața nu i-o poate lua. În cazul în care o persoană se confruntă cu o boală incurabilă, Biserica recomandă folosirea tuturor mijloacelor în vederea ușurării durerii provocate de boală. Ca de exemplu, consiliere duhovnicească și rugăciune sau, din punct de vedere medical, administrarea unor tratamente normale. Chiar dacă eutanasia înseamnă curmarea suferinței bolnavului, pentru Biserică „suferința poate fi un moment de întărire întru credință și, totodată, încercarea de a ne apropia de Dumnezeu.

Papa Ioan Paul al-II-lea, în lucrarea „Evangelium Vitae” parafrazând Adunarea Consiliului Vatican II, arată că „tot ce se opune vieții, ca și omorurile de orice gen, genocidurile, avortul, eutanasia și chiar suicidul voluntar (...)dezonorează mai mult pe cine le practică decât pe cei care suferă această in Justiție și sunt întru-totul contrare respectului datorat Creatorului”³.

Fie că este activă sau pasivă, eutanasia rămâne un act împotriva lui Dumnezeu. Omul nu poate atenta nici la viața lui, nici la viața vreunui semen de-al său pentru că, în ultimă instanță, aceasta înseamnă atentat la suveranitatea lui Dumnezeu.⁴

În toate Codurile Deontologice Medicale din istorie, se indică faptul că menirea medicului este de a vindeca și de a alina, și nicidecum de a provoca intenționat moartea pacientului.

Din punct de vedere medical, consider oportună prezentarea prevederilor Recomandării Consiliului Europei nr. 1418/1999 vizând protecția drepturilor omului și demnității bolnavilor incurabili și muribunzilor, adresată guvernelor statelor membre.⁵

Recomandarea pune accentul pe lărgirea accesului bolnavilor incurabili la tratamentele paliative. Tratamentele paliative reprezintă ansamblul îngrijirilor active oferite bolnavilor a căror boală nu răspunde la tratamentele curative; lupta contra durerii și luarea în considerare a

¹ Idem

² www.muertedigna.org/

³ Papa Ioan Paul al-II-lea, *Evangelium Vitae*, <http://www.vatican.va/edocs/ESL0080.HTM>

⁴ Șinca Radu Teodor, *Eutanasia (lucrare de licență)*, Universitatea “Babeș-Bolyai” - Facultatea de Drept, 2006

⁵ Mona-Maria Pivniceru, Florin Dorian Dăscălescu, “Eutanasia: unde se sfârșește dreptul la viață”

Revista Română de Bioetică; vol II, Nr. 27 aprilie-iunie 2004

problemelor psihologice, sociale și spirituale sunt primordiale. Scopul îngrijirilor paliative este de a obține cea mai bună calitate posibilă a vieții pentru bolnavi și familiile lor.

Constatând că accesul bolnavilor incurabili la tratamente paliative adecvate este încă nesatisfăcător, Recomandarea nr. 1418/1999 propune o serie de măsuri destinate să protejeze demnitatea bolnavilor incurabili și a muribunzilor:

- a. consacarea pe cale legală a dreptului la un acces echitabil la îngrijiri paliative;
- b. asigurarea dotării tehnice corespunzătoare, mai ales echipe și rețele specializate, pentru ca tratamentele paliative să fie accesibile și la domiciliul bolnavilor, atunci când tratamentul ambulatoriu este posibil;
- c. acordarea, la cererea bolnavilor incurabili sau muribunzilor, a unor tratamente paliative și anti-durere adecvate, chiar dacă tratamentul aplicat ar putea avea ca efect secundar diminuarea duratei de viață pentru cel în cauză;
- d. consacarea dreptului pacienților de a beneficia de o informare reală și completă cu privire la starea sănătății lor, respectând în același timp și dreptul unei persoane de a nu dori să fie informată;
- e. recunoașterea dreptului de a consulta și alți medici;
- f. pregătirea personalului medical în vederea acordării de îngrijiri medicale la cele mai înalte standarde posibile;
- g. crearea și dezvoltarea unor centre de cercetare și formare în domeniile medicinei și îngrijirilor paliative;
- h. aducerea la cunoștința publicului larg că tratamentele paliative reprezintă unul din obiectivele principale ale medicinei.

Recomandarea recunoaște ca fiind legală eutanasia pasivă (întreruperea sau neacordarea unui tratament, la cererea pacientului), dar atrage atenția ca dorința de întrerupere a tratamentului să nu fie luată la presiunile terților și nici ca urmare a motivelor de ordin economic (costul ridicat al tratamentului).

Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei recomandă guvernelor statelor membre prin acest document menținerea interdicției de a practica eutanasia activă, invocând trei argumente.

În primul rând, dreptul la viață este garantat în toate statele membre, legislațiile interne trebuind să fie conforme cu articolului 2 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, care stipulează în alin. 1: "Dreptul la viață al oricărei persoane este protejat prin lege. Moartea nu poate fi cauzată cuiva în mod intenționat".

Al doilea argument se referă la faptul că dorința de a muri exprimată de un bolnav incurabil sau de un muribund nu poate niciodată să constituie un fundament juridic al morții sale, provocate de un terț.

În sfârșit, Recomandarea 1418/1999 invocă faptul că dorința de a muri exprimată de un bolnav incurabil sau de un muribund nu poate prin ea însăși să servească drept o justificare legală pentru executarea unor acțiuni destinate să provoace moartea.

În sprijinul poziției de interzicere a eutanasiilor active pot fi citate o serie de argumente. Cel mai important dintre ele ar fi reprezentat de incompatibilitatea între dreptul fundamental al omului la viață și întreruperea voluntară a cursului acestuia. Acest argument este sprijinit și de formularea amintită din Recomandarea 1418 din 1999. Interzicerea de a provoca intenționat moartea este văzută ca un fundament al oricărei relații sociale, care se întemeiază pe respectarea dreptului la viață.

Cei care se opun legalizării eutanasiilor se folosesc și de argumentul că ar fi contradictoriu să se militeze pentru abolirea completă a pedepsei cu moartea și totodată pentru acceptarea eutanasiilor.

Din punct de vedere religios se susține că eutanasia este contrară voinței lui Dumnezeu, așa cum este ea exprimată într-una din cele zece porunci: "să nu uciți". Pentru cei care refuză să se servească de argumentul religios, dar doresc să aducă în discuție problemele de etică, eutanasia este contrară deontologiei specifice medicinei, mai exact principiului "primum non nocere" și jurământului lui Hippocrate.

Tot ca argument se mai poate susține că relația de încredere care trebuie să existe între pacient și medic ar fi atinsă dacă cel din urmă ar putea în mod legal să pună capăt vieții primului. Interzicerea eutanasiei ar trebui menținută și pentru faptul că majoritatea medicilor nu au beneficiat de niciun fel de specializare pentru a pune capăt vieții pacientului.

Din perspectiva bolnavilor incurabili se mai ridică o problemă: unii dintre ei nu sunt afectați numai fizic, ci și pe plan mental, suferind de depresii. În acest caz nu am putea ști sigur dacă decizia lor de a solicita eutanasierea este într-adevar rațională.

În sfârșit, cei care se opun eutanasiei susțin că nu s-ar putea găsi niciun cadru legal exonerator de abuzuri. Astfel, sub masca eutanasiei sau "ucidării din compasiune" s-ar putea săvârși crime veritabile, mobilul lor fiind reprezentat de anumite interese ale membrilor familiei, perspectiva unor câștiguri financiare, lipsa spațiilor din spitalele sau chiar motive politice.

Din punct de vedere moral, eutanasia ar putea fi acceptată în măsura în care noi am dispune de propria viață și am deține dreptul de a renunța la ea. Acest concept ar fi unul foarte libertin, ar spune mulți, dar spre exemplu, din punct de vedere religios această hotărâre ar fi total greșită deoarece se consideră că nu nouă ne aparține propria viață, ci Lui Dumnezeu, care ne-a creat și ne-a dat viață. Deci din acest unghi de a privi lucrurile, această acțiune ar fi total greșită și imorală. Totuși, eu susțin faptul că nu este nici corect dar nici greșit, fiind niște circumstanțe atenuante demne de luat în seamă. Poate părea că această hotărâre ia naștere din slăbiciunea morală a pacientului în cauză, din egoism sau din lașitate, din neputința de a îndura suferința, dar după o perioadă de timp în care a suportat acest calvar și a cântărit toate posibilitățile și toate perspectivele pe care i le mai putea oferi viața, și a ajuns la concluzia că nu o așteaptă nimic bun, ci dimpotrivă, numai ceva rău care se va augmenta pe măsură ce va trece timpul. Iar moartea este privită în acest moment ca o eliberare. Dar oare avem dreptul să alegem momentul morții? Nu ar fi asta o joacă de-a Dumnezeu? Sunt întrebări care apar inevitabil la analiza mai atentă oricărui caz standard de eutanasiere (sau chiar de sinucidere, deoarece această hotărâre de a fi eutanasiat se aseamănă foarte mult cu sinuciderea, adică cu moartea voită).

Concluzionez că hotărârea de a apela la eutanasiere, nu poate fi acceptată din punct de vedere moral, aflându-se undeva la limita dintre moral și imoral, cu precizarea că circumstanțele joacă un rol foarte important.

2. Evoluția istorică a infracțiunii prevăzute la art. 190 din noul Cod Penal

Pornind de la originile poporului român, geto-dacii au beneficiat de legi scrise, dar acestea nu s-au păstrat. Ele sunt amintite de Iordanes. Puterea judecătorească era încredințată preoților, care o exercitau asemenea druizilor din Galia. După înfrângerea dacilor de către romani, regulile dreptului roman au fost extinse și în noua provincie a Imperiului Roman. Locuitorii erau judecați de guvernator sau de locuitorul său. El avea ius gladii (dreptul de a pedepsi cu moartea). În timpul năvălirii populațiilor migratoare a continuat aplicarea dreptului roman, însă numai parțial, prioritate având obiceiul sau normele juridice proprii formate în decursul secolelor în rândul populației autohtone.

În perioada stăpânirii bizantine (secolele X-XII) se aplicau Bazilicalele, o colecție de legi civile și penale elaborate treptat în capitala Imperiului Roman de Răsărit. Sancțiunile prevăzute pentru infracțiunile de omor erau moartea și mutilarea făptuitorului. Atunci a apărut dispoziția privind diferența între tentativă și infracțiunea consumată.

În perioada de cristalizare a statelor feudale române a continuat să aibă aplicare dreptul cutumiar sau nescris. El a fost consemnat de documentele timpului sub denumirea de ius Valachio sau Valachorum antique lex et consuetudo.

Primele legiuri românești au fost Cartea românească de învățătură de la pravilele românești (1646), tipărită la mănăstirea Trei Ierarhi din Iași și Îndreptarea legii (1652), tipărită la Târgoviște. Potrivit lor, uciderea unei persoane era pedepsită cu moartea prin spânzurare sau decapitare. Tentativa era mai blând pedepsită. Erau reglementate cauze care apără de pedeapsă (nebulia, vârsta,

ordinul superiorului, legitima apărare) și cauzele care micșorează pedeapsa (mânia, beția, somnambulismul etc).

Tot atunci s-a realizat o distincție clară între omorul intenționat și cel fără voie (“cel ce ucide cu greșală și fără voia lui, să nu se cerceteze ca un ucigătoriu”) și între actul spontan de ucidere (“moartea grabnică”) și actul premeditat (“moartea vașnică”).

Ultima legiuire feudală a fost Legiuirea Caragea (1 septembrie 1818 – 1 decembrie 1865). Potrivit acestei legi omorul “iaste mai înainte cugetat sau necugetat”. Cine va omorî “cugetat, singur sau dimpreună cu altul, să se omoare”. “Cine va omorî apărându-și viața de primejdie, nevinovat iaste; cine fiind copil mic sau nebun sau smintit la minte, va omorî, nevinovat iaste; cine asvârlind ceva și cu nebagare de seamă, va omorî, să răscumpere cu bani omorul de la rudele celui omorât”. Codul penal din 1865 reglementa omorul săvârșit cu voință pentru care pedeapsa era munca silnică pe timp mărginit, omorul calificat, “când se va săvârși mai înainte, sau deodată, sau în urma altei crime”, precum și atunci când “va fi avut drept scop, ori a prepara, ori a înlesni, ori a executa un delict sau de a ajuta dosirea sau a asigura nepedepsirea autorilor sau a complicilor acelu delict”, pentru care pedeapsa era munca silnică pe viață; omorul cu premeditare, pedepsit de asemenea cu munca silnică pe viață; omorul rudei în linie ascendentă, soțului sau soției, pedepsit cu temniță grea pe viață; pruncuciderea copilului nelegitim, pedepsit cu reclusiune; omorul involuntar, pedepsit cu închisoare de la 3 luni până la un an și jumătate și amendă.

În ceea ce privește reglementarea legală a eutanasiei în România din perioada interbelică, relevant este Codul penal „Regele Carol al II-lea” adoptat în 1936, care în art. 468 prevede că: ”Acela care ucide un om, în urma rugămintei staruitoare și repetate a acestuia, comite crima de omor la rugămintea și se pedepsește cu temnița grea de la 3 la 8 ani.

Pedeapsa este închisoarea corecțională de la 1 la 5 ani, atunci când a fost săvârșită sub impulsul unui sentiment de mila, pentru a curma chinurile fizice ale unei persoane care suferea de o boală incurabilă și a cărei moarte era inevitabilă din această cauză.”

3. Conținutul constitutiv al infracțiunii de ucidere la cererea victimei

Încriminarea infracțiunii de „ucidere la cererea victimei” ca o formă atenuată a omorului, se înscrie pe linia tradiției existente în dreptul nostru (art.468 C.pen. 1936).

Reintroducerea acestui text se impunea însă, înainte de toate, ca urmare a noului regim al circumstanțelor atenuate consacrat de partea generală. Într-adevăr, dacă în precedenta reglementare, împrejurarea avută în vedere în articolul 190 putea fi valorificată ca o circumstanță atenuantă judiciară ducând astfel aplicarea unei pedepse sub minimul special, în noua reglementare, chiar reținând o atenuantă judiciară, pedeapsa aplicată nu se va mai situa obligatoriu sub acest minim.

De aceea, pentru a permite aplicarea unei pedepse care să corespundă gradului de pericol social al acestei fapte, era necesară o reglementare legală distinctă. Denumirea marginală de „ucidere la cererea victimei” a fost preferată pentru a exclude această faptă dintre antecedentele omorului calificat prevăzut de articolul 189 lit. e).

În alte legislații penale e încriminată ca variantă atenuantă a omorului infracțiunea de ucidere la cererea victimei (art.216 C. Pen. german, art. 77 C. Pen. austriac, art.143 alin 4 C. Pen. spaniol, art. 134 C. Pen. portughez, art. 114 C. Pen. elvetian, art. 235 C. Pen. norvegian).

În anumite împrejurări specifice fapta nu constituie infracțiune (asa-zisa eutanasiie, curmarea vieții unui om din milă). Astfel legislațiile penale olandeză, belgiană au legiferat eutanasiia, în condiții stricte și dacă e săvârșită de către sau cu asistența medicului.

De asemenea, s-a dorit întărirea prevederii exprese a faptului că în materie de omucidere consimțământul victimei este inoperant, neputând constitui o cauză justificativă (art.22, alin. 2 C. Pen.). Ar putea săvârși această faptă o persoană care, din milă față de suferințele tatălui său bolnav de cancer în faza terminală și la rugămintele repetate ale acestuia, îi administrează o doză letală de somnifere.

Conditii preexistente:

A.Obiectul infracțiunii

a) *obiectul juridic special* al infracțiunii reprezintă relațiile sociale referitoare la dreptul la viață
b) *obiectul material* este corpul în viață al victimei.

B.Subiecții infracțiunii

a) *Subiectul activ nemijlocit* poate fi orice persoană fizică responsabilă penal. Participația penală este posibilă sub toate formele: coautorat, instigare, complicitate; b) *Subiectul pasiv* este determinat în cazul acestei infracțiuni, neputând fi decât o persoană care suferă de o boală incurabilă sau de o infirmitate gravă atestată medical, cauzatoare de suferințe permanente și greu de suportat. Spre deosebire de codul penal din 1936, care nu impune nicio condiție referitoare la calitatea persoanei, astfel că nu conta cauza pentru care victima stăruia să fie ucisă (boala incurabilă, cauze privind onoarea, cauze sentimentale etc), codul penal din 2009 limitează sfera subiecților pasivi numai la persoanele suferind de o boală incurabilă (de exemplu SIDA) ori de o infirmitate gravă (paralizie completă). Acestea trebuie atestate medical, pentru a se certifica caracterul incurabil sau ireversibil al acestora, astfel încât să nu mai existe speranțe de remediere sau însănătoșire. De asemenea, boala sau infirmitatea trebuie să cauzeze suferințe permanente și greu de suportat. Acestea sunt de natură să pună la grea încercare din punct de vedere fizic și psihic atât victima, cât și pe cei din anturajul acesteia.

Nu contează dacă victima era sau nu în stare să-și suprimă singură viața, deoarece această posibilitate depinde nu numai de condiția fizică, dar și de starea psihică a persoanei (există persoane care doresc cu orice preț să moară, dar care nu au tăria de a se sinucide).

În situația în care motivul pentru care victima cere făptuitorului să o omoare este altul decât cel prevăzut mai sus (deznădejde sentimentală sau incapacitatea de a se sinucide), fapta va constitui infracțiunea de omor, la care se pot reține însă circumstanțe atenuante judiciare determinate de cererea explicită a victimei (art.75 alin 2 lit b) Codul Penal Român).

Conținutul constitutiv:

A.Latura obiectivă

a) *Elementul material.* Sub acest aspect, al elementului material, infracțiunea implică o acțiune de ucidere. Pentru existența infracțiunii este necesară săvârșirea faptei la cererea explicită, serioasă, conștientă și repetată a victimei. Cererea trebuie făcută de o persoană aflată în deplinătatea facultăților sale mintale și care își dă seama de ceea ce cere. De asemenea, cererea trebuie să fie explicită, expresă, iar nu subînțeleasă. Rugămintea trebuie să fie nu numai serioasă, făcută cu insistență și ca urmare a unei hotărâri ferme, dar și repetată, hotărârea trebuie să persiste, ceea ce exclude ideea unei hotărâri luate în grabă, într-un moment de enervare, deprimare sau deznădejde.

Nu trebuie ca rugămintele pretinse serioase și repetate să constituie în realitate un apel la îngăduință sau milă, în acest caz nefiind vorba de o ucidere la cererea victimei, ci de infracțiunea de omor (un parinte bătrân, bolnav și neputincios, deznădăjduit de felul neomenos în care îl trata fiul său, îl roagă insistent pe acesta să îl omoare). Nu există condiții de timp sau de loc privind comiterea infracțiunii.

b) *Urmarea imediată* constă în decesul persoanei.

c) *Raportul de cauzalitate.* Pentru existența infracțiunii pe care o analizăm este necesar a se stabili legătura de cauzalitate dintre activitatea subiectului activ, acțiunea de ucidere și rezultatul produs, moartea victimei.

Dacă moartea victimei s-a datorat altor cauze, altor evenimente și acțiunea întreprinsă de făptuitor a ramas infructuoasă, neexistând raport de cauzalitate nu va exista infracțiune.

B.Latura subiectivă.

Infracțiunea se comite cu intenție care, poate fi directă sau indirectă, după cum autorul a prevăzut urmarea periculoasă și a urmărit sau a acceptat producerea rezultatului. Această urmărire sau acceptare a rezultatului trebuie însă îmbinată cu prevederea faptului că victima dorește stăruitor acest lucru. Dacă se stabilește că făptuitorul cunoștea faptul că cererea victimei constituie numai o

manieră de a-și exprima deznădejdea dar nu o dorință reală de a fi ucisă, atunci ar exista infracțiunea de omor, iar nu cea de ucidere la cererea victimei.

Fapta va constitui omor chiar în condițiile unei cereri explicite, serioase, conștiente și repetate a victimei, dar care nu a ajuns la cunoștința făptuitorului, care a luat hotărârea de a ucide victima din alte motive (interes material, pentru a o moșteni).

Dacă însă cererea a ajuns la cunoștința făptuitorului, nu reprezintă importanță și nici nu interesează pentru existența infracțiunii de ucidere la cererea victimei scopul în care a fost săvârșită fapta și nici mobilul ce l-a determinat pe autor (dorința de a obține foloase, milă față de unele suferințe ale victimei). Acestea (mobilul și scopul) pot însă servi la individualizarea pedepsei.

Forme. Uciderea la cererea victimei se consumă în momentul morții persoanei. Deși fapta este susceptibilă de acte de pregătire și de tentativă, aceste forme imperfecte ale infracțiunii nu se pedepsesc.

Sanțiuni. Închisoarea de la 1 la 5 ani.

Aspecte procesuale. Acțiunea se pune în mișcare din oficiu.

4.Aspecte teoretice și practică de drept comparat referitoare la eutanasi

Dreptul la viață este cel mai important drept al omului; acesta este un drept absolut, opozabil erga omnes, toți membri societății fiind obligați să-l respecte și să se abțină de la orice acțiune care ar aduce atingere ori ar pune în pericol această valoare socială supremă. Acest drept a fost ocrotit în toate timpurile și în toate legislațiile.

În schimb, în ceea ce privește dreptul la moarte nu există nicio referire în legislație. Tranzacția asupra dreptului la viață este inadmisibilă și nu produce efecte, fiind vorba despre o atingere adusă unei valori fundamentale.

Astfel, suprimarea vieții unui bolnav la rugămintea acestuia având în vedere sentimentele de adâncă milă și compasiune pentru suferințele prelungite și inutile pe care le îndura acesta nu înlătură aplicarea legii penale.

În practica de judecată a Curții Europene a Drepturilor Omului și în doctrina penală a unor țări membre ale Consiliului Europei, s-a ridicat problema dacă provocarea morții în condițiile eutanasiei petrecute în spitalele particulare, iar nu în instituțiile sanitare de stat, ar putea justifica un recurs în baza Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Răspunsul a fost negativ deoarece potrivit dispozițiilor art. 34 al Convenției recursul individual este permis numai în cazul violării drepturilor omului de către Înaltele părți contractante, și nu de către o persoană fizică sau juridică particulară.

Totuși în 2002, în decizia pronunțată în cauza *Pretty contra Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, C.E.D.O.* a statuat cu valoare de principiu ca nu se poate deduce din art.2 al Convenției că ar exista un drept de a muri, fie cu ajutorul unui terț fie cu ajutorul unei autorități publice, astfel că prin refuzul lor de a autoriza imunitatea de urmarire penală a soțului în cazul în care acesta ar fi ajutat reclamanta – paralizată și suferind de o boală degenerativă progresivă incurabilă, fiind complet paralizată – să se sinucidă, autoritățile britanice nu au încălcat dispozițiile art.2 din Convenție, în opinia instanței europene fiind inadmisibilă interpretarea articolului respectiv în sensul garantării pentru resortisanții statelor membre a unui drept contrar celui la viață, respectiv, dreptul de a muri.

Discuțiile în legătură cu tematica eutanasiei au început în anii 1970 atunci când eutanasia a fost considerată crimă și a fost interzisă, fapt ce nu corespundea pe deplin opiniilor societății și nici realității din practica medicală curentă.

Pentru prima dată în istoria omenirii eutanasia a fost legiferată în 1906 în statul Ohio.

A fost practică și în Germania hitleristă, unde erau omorâți copiii nou-născuți cu neajunsuri fizice, bolnavii incurabili și invalizii. Mai târziu în unele state, eutanasia a devenit ceva normal. Numai în Olanda în anul 1995 au murit prin eutanasi 3% din cei decedați.

În anul 1997, Columbia a fost prima țară de pe continentul sud-american care a legalizat eutanasia. Chiar dacă legea a fost votată există unele aspecte neclarificate în ce privește constituționalitatea ei.

În Suedia ajutorul la suicid nu se pedepsește după lege. În cazuri excepționale medicii au dreptul să deconecteze aparatele pentru întreținerea funcțiilor vitale, dar cu îndeplinirea unor condiții strict determinate.

În Grecia eutanasia este interzisă sub orice formă, același lucru fiind valabil, în principiu și în Canada, dar acest stat manifestă practic o anumită toleranță față de cazurile de eutanasiie pasivă.¹

5. Argumente pro și contra eutanasiiei

Mult dezbătuta problemă a eutanasiiei nu a găsit încă o rezolvare în cele mai multe legislații, întrucât sunt multe argumente care din punct de vedere moral pledează pentru aceasta, dar și mai multe care pledează împotriva ei. Chiar și atunci când din punct de vedere moral s-ar ajunge la o concluzie favorabilă recurgerii la eutanasiie, rămân în continuare problemele legate de modalitatea de legiferare, de circumstanțele în care ar trebui aplicată.

Principalul argument pro ar fi cel umanitar, în sensul că societatea nu ar trebui să permită ca o ființă umană să treacă prin mari suferințe pentru satisfacerea simțului moral al terților sau să impună prelungirea vieții când aceasta nu mai poate fi trăită, făcând dintr-un om un caz clinic interesant. Acest argument este motivat juridic prin aceea că fiecare persoană are dreptul de a dispune de propria viață, iar dreptul de autodeterminare include și dreptul de a muri în demnitate.

Principalului argument contra, de ordin moral, acela că omul nu poate dispune de propria viață (argument susținut și de biserică așa cum am menționat mai sus), i se adaugă unul de ordin juridic, acela al elaborării unei legislații care să ofere suficiente garanții că nu se va recurge la eutanasiie și atunci când pacientul nu-și va dori acest lucru.

Dificultatea de reglementare apare în ceea ce privește consimțământul. Cererea de a-i fi aplicată eutanasiia înlătură temerea existenței unor abuzuri, dar conduce la inaplicabilitatea eutanasiiei ori de câte ori persoana este în imposibilitatea de a-și exprima acordul (de exemplu când pacientul se află de mai mult timp în comă din cauza unui accident de circulație).

Mai mult, ar putea exista cazuri de manipulare a consimțământului chiar atunci când pacientul este capabil să facă o asemenea cerere. În multe cazuri pacientul s-ar vedea forțat să solicite eutanasiia, deși nu aceasta ar fi dorința sa interioară, resemnându-se astfel în fața dificultăților pe care boala să le ocazionașă persoanelor ce-l înconjoară.

O altă problemă se regăsește în cazul persoanelor bolnave mintal în cazul cărora nu se pune problema de un consimțământ valabil exprimat. Suplinirea acestuia ar duce la o campanie de eliminare a acestora din societate, motivată de "ajutorul" ce s-ar oferi unor persoane pentru care viața reprezintă un chin.

Există așadar pericolul de a se trece de la o moarte dorită la una impusă în cazul bolnavilor incozi.

Legalizarea eutanasiiei reprezintă de asemenea un pericol din punct de vedere social; în societățile dezvoltate rata de îmbătrânire a populației este ridicată, costurile sociale pentru categoria pensionarilor sunt mai multe și de multe ori trebuie suportate de populația activă mai puțin numeroasă. De aceea eutanasiia ar putea fi văzută la un moment dat ca o soluție de echilibrare a acestei balanțe prin eliminarea bătrânilor care nu-și mai găsesc loc în societate.

Iată așadar că și atunci când se depășește problema moralității unei astfel de practici și se ia o decizie politică criminală pentru înlăturarea răspunderii penale în cazul eutanasiiei, nu se poate vorbi de o rezolvare. De aceea soluția învinării și pedepsirii acesteia este una mai bună. Complexitatea noțiunii nu trebuie scăpată din vedere atunci când se dorește o reglementare juridică, deoarece nu

¹ Adrian Milutin Truichici, Revista Dreptul, Nr. 11/2007 "Aspecte teoretice și practice de drept comparat referitoare la eutanasiie" pag 238

trebuie subevaluat pericolul de a se trece în practică de la o moarte la cerere la una impusă. Istoria ne-a demonstrat că bunele intenții pot fi folosite drept argument pentru legalizarea unor fapte monstruoase¹.

6. Concluzii

Cele relevate mai sus nu justifică admiterea eutanasiei, ci trebuie să se înțeleagă faptul că bolnavul are dreptul la o îngrijire adecvată, astfel încât suferințele percepute de el să fie cât mai mici.

Așadar, chiar dacă moartea ar deveni o soluție mai bună pentru bolnav în anumite situații (eutanasia) decât continuarea existenței, legea penală română sancționează pe cei care ar îndemna, determina înlesni un bolnav să-și curme viața, ca și pe cei care, la cererea sau cu consimțământul bolnavului, i-ar lua viața (uciderea la cererea victimei) în Noul Cod Penal.

De asemenea trebuie luată în considerare și corectitudinea tratamentului sancționator pentru cel care a ucis personal (cu mâinile sale) victima la cererea acesteia (pedepsibil cu închisoarea de la 1 an la 5 ani) față de cel care a înlesnit sinuciderea unei persoane aflată într-o situație similară medical cu victima (pedepsibil cu închisoarea de la 3 la 7 ani).

O altă controversă ce ar trebui luată în calcul pentru rezolvare este căreia situații i se dă prevalența atunci când faptuitorul are și un interes material în moartea victimei (spre exemplu este rudă moștenitoare) – în aceste condiții făpta este omor calificat sau ucidere la cererea victimei?

Eventualele beneficii ale introducerii acestei reglementări nu se ridică la nivelul riscurilor, nici din punct de vedere al frecvenței cazuisticii uciderea la cererea victimei/omor disimulat, dar nici din punct de vedere al gravității consecințelor.

Referințe bibliografice:

1. Vasile Dobrinioiu, Norel Neagu, *Drept penal . Partea specială. Teorie și practică judiciară conform Noului Cod Penal*; Bucuresti, ed. Universul Juridic 2011;
2. Vasile Dobrinioiu, I. Pascu , M. Hotca, I. Chiș, Costică Păun, Mirela Gorunescu, Norel Neagu, Mircea Constantin Sinescu , Maxim Dobrinioiu, *Noul Cod Penal Comentat vol II Partea Specială*; ed. Universul Juridic 2012;
3. Mihail Udrioiu, *Fișe de drept penal. Partea Specială*; ed. Universul Juridic 2012;
4. C. Rătescu, H. Aznavorian, T. Pop, I. Ionescu- Dolj, I. Gr. Periețeanu, M. Papadopolu, V. Dongoroz, N. Pavelescu, *Codul Penal Carol al II lea adnotat, vol III, partea specială* ed. Socec & Co , București 1937;
5. Mihai Adran Hotca, *Pandectele Române*, ed. Wolters Kluwer, Nr.10/2009 octombrie – Doctrină- “Comentariu privind Partea Specială a Noului Cod Penal (I)”, pag 18.
6. Jurisprudență CEDO – “Sinuciderea asistată. Dreptul de a muri. Dreptul la respectul vieții private. Acces la substanțe letale. Restricționare. Necesitate într-o societate democratică. Non-violare”, *Pandectele Române*, ed. Wolters Kluwer, Nr. 4/2011 aprilie –pag 249
7. Corneliu Bârsan, “Problema eutanasiei pe rolul curții de la Strasbourg: Recunoaște Convenția existența unui drept de a muri?”; pag 174-193 *Pandectele Române*, ed. Wolters Kluwer, Nr.4/2002 iulie-august
8. Petre Dungan “Infracțiunea de ucidere la cererea victimei” , *Revista de Drept Penal* Nr. 1/2010, pag 48;
9. Eliodor Tanislav “Dreptul la moarte”, *Revista de Drept Penal* Nr.1/2000, pag 98;
10. Dan Perju-Dumbravă, Silviu Morar, Iuliu Fulga, Adrian Avram, Doina Todea, Costel Siserman, “ Euanasia în dreptul penal românesc” *Revista Română de Bioetică*; vol VI, Nr.2/aprilie-iunie 2008;

¹ Cristina ROTARU, Consideratii privind eutanasia, Analele Universitatii Bucuresti. Drept. Nr. 4/2005, Ed. All Beck, pag.71

11. Mona-Maria Pivniceru, Florin Dorian Dăscălescu ,“ *Eutanasia: unde se sfârșește dreptul la viață*”
Revista Română de Bioetică; vol II, Nr.27aprilie-iunie 2004;
12. M.M. Pivniceru, F.D. Dascalescu, “*Limita inferioara a dreptului la viata: intre protectia fetusului uman, dreptul la avort si progresul stiintelor biomedicale*”*Revista Română de Bioetică*; vol I, Nr. 4/ octombrie-decembrie 2003, pag 114,
13. V. Astarastoiaie, O. Stoica,” *Impactul invatamantului bioetic asupra modului de perceptie a unor notiuni controversate: euthanasia*”, *Revista Romana de Bioetica*, vol. I, nr. 3, iulie-septembrie 2003, p. 101;
14. Cristina Rotaru, “*Considerații privind euthanasia*” *Analele Univesitații București. Drept.* Nr. 4/2005 octombrie-decembrie, ed.All Beck, pag 71
15. Luiza Dana Tămășanu, “*Eutanasia în dreptul penal român*” , *Revista Dreptul*; Nr. 5/2005 pag 163
16. Adrian-MilutinTruichici,” *Aspecte teoretice și practice de drept comparat referitoare la eutanasiie*” *Revista Dreptul*; Nr. 11/2007,pag 238
17. Gianina Anemona Cudrițescu, “*Discuții referitoare la dreptul la viață al persoanei*”
Revista Dreptul; Nr. 12/2007 pag 178
18. Teodor Viorel Gheorghe, “*Noul od Penal- elemente de noutate la infracțiunile contra vieții*”, *Revista Dreptul*; Nr. 11/2011, pag 100
19. Expunerea de motive privind Proiectul Legii privind Codul Penal. www.just.ro
20. Site-ul oficial al Bisericii Ortodoxe Române: http://www.patriarhia.ro/ro/opera_social_filantropica/bioetica_2.html

PREZUMȚIA DE NEVINOVĂȚIE ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNEASCĂ ȘI JURISPRUDENȚA C.E.D.O.

IORDACHE Anca¹

Abstract

Pentru ca orice stat, orice societate, să existe este nevoie de implementarea unor principii ce constituie idei dirigitoare și fundamentale potrivit cărora este organizat sistemul procesual și se desfășoară întreaga activitate procesual penală, în aceasta fiind cuprinse normele fundamentale pe care este clădită întreaga construcție a procesului penal. Prezumția de nevinovăție este un subiect comentat în multe lucrări de specialitate. Studiul de față își propune analizarea, în mare, sub toate aspectele, a acestei chestiuni, cât și a cazurilor C.E.D.O. legate de această problemă. Deoarece numai relativ recent i-a fost conferit prezumției de nevinovăție statutul de principiu de procedură penală, aceasta încetează să mai fie o simplă regulă privind administrarea probelor în procesele penale. Acționând în această calitate, de recent adoptat principiu, prezumția de nevinovăție nu pare să fi creat o atmosferă favorabilă în ceea ce privește aplicarea sa, aspect demonstrat prin aproximările frecvente asupra scopului și limitelor sale de aplicare de către participanții la un proces penal.

Cuvinte cheie: *prezumția de nevinovăție, C.E.D.O., jurisprudența, art. 6 parag. 2, cauze privind România*

1. Introducere

Pentru ca orice stat, orice societate, să existe este nevoie de implementarea unor principii, a unor reguli, ce constituie idei dirigitoare și fundamentale potrivit cărora este organizat sistemul procesual și se desfășoară întreaga activitate procesual penală, în aceasta fiind cuprinse normele fundamentale pe care este clădită întreaga construcție a procesului penal.

Lucrarea de față își propune o analizare în detaliu a principiului prezumției de nevinovăție în legislația românească, cât și în jurisprudența C.E.D.O. Se încearcă a se face o distincție între persoanele care sunt titulari ai prezumției de nevinovăție și persoanele care au îndatorirea respectării acestei prezumții de nevinovăție. Se consideră că este incidentă tuturor procedurilor penale, indiferent dacă acestea privesc o persoană fizică sau una juridică.

Se încearcă, de asemenea, și o analiză, prin raportare la standardele C.E.D.O., și realizarea standardelor de respectare a prezumției de nevinovăție de către organele judiciare, de către legiuitor, de către organele de urmărire penală, instanțele de judecată și organele de executare a pedepselor precum și de instituțiile de mass-media.

O analiză a relației dintre prezumția de nevinovăție și dreptul la tăcere și la neautoincriminare, la fel, este abordată. De fiecare dată se încearcă a se face ample și interesante trimiteri la doctrina contemporană, și mai ales la cea a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului care este analizată în detaliu.

În cuprinsul aceste lucrări mai sunt tratate, de asemenea, și conexiunile prezumției de nevinovăție cu alte garanții și instituții procesual penale precum dreptul la un proces echitabil sau implicațiile pe care unele măsuri procesuale privative de libertate sau cu caracter patrimonial le pot avea asupra prezumției de nevinovăție.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (email: emera_anca@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. Univ. Dr. Micu Bogdan Florin (bogdan.micu@mnpartners.ro)

2. Conținut

Capitolul I. Presumția de nevinovăție. Scurt istoric și reglementare

Istoric, deși s-a încercat, fără succes, indentificarea prezumției de nevinovăție în perioada antică a dreptului roman sau în perioada medievală, ori chiar a fost dedusă din actele engleze de protejare a unor drepturi fundamentale¹, prima consacrare juridică² modernă a prezumției de nevinovăție poate fi identificată în Declarația drepturilor omului și ale cetățeanului din 1789, ca o reacție împotriva folosirii excesive și abuzive a măsurii arestării preventive, care facilita folosirea torturii; nu în ultimul rând, textul Declarației era menit a preveni erorile judiciare, multe dintre acestea făcând mare vâlvă în epocă și provocând indignare națională.³ Declarația drepturilor omului și ale cetățeanului a constituit mai întâi o izbândă social-politică și și-a găsit consacarea juridică după primele reforme ale dreptului penal și a procedurii penale cuprinse în legile din 1791 adoptate de Adunarea Constituantă.⁴

Revoluția franceză a deschis câmp liber unui șir larg de reforme, opuse, pe planul dreptului sistemului inchiuzitorial. Reforma determinată de revoluția franceză a dat lovitură de grație, zice profesorul Manzini, sistemului probelor legale, punând în plină valoare principiul liberei convingeri.⁵

La baza acestor reforme au stat principiile cuprinse în Declarația drepturilor omului și ale cetățeanului. Legiuirile amintite au fost apoi modificate succesiv, iar în 1808 au fost adoptate noile coduri penale și de procedură penală și au intrat în vigoare la 1 ianuarie 1811. Codul de procedură penală, sub denumirea de “*Code d’instruction criminelle*”, alături de Codul Penal, au constituit modele pentru cele mai multe legislații din țările europene. Împotriva principiilor juridice cuprinse în reformele de după revoluția franceză de la 1789 s-au formulat critici și s-au emis concepții contrare prezumției de nevinovăție. Astfel, reprezentanții școlilor antropologică și pozitivistă pretindeau “*să se adopte, pentru infractorii înnașcuți și din obișnuință, prezumția de nevinovăție, luându-se împotriva lor măsuri de <<apărare socială>> chiar antedelictum.*”⁶

Asemenea concepții au fost preluate de unele legislații și susținute teoretic de anumiți juriști, cu deosebire în perioada de ascensiune a fascismului, fie că s-a întâmplat în Italia, Germania hitleristă, Spania lui Franco sau Portugalia lui Salazar, când s-a renunțat la acest principiu, aplicându-se și legislativ și practic prezumția de vinovăție.⁷

Revirimentul prezumției de nevinovăție a început odată cu sfârșitul celui de al doilea război mondial, când au fost adoptate instrumente juridice internaționale și regionale de protejare a acesteia. Respectul demnității umane și a drepturilor fundamentale materiale sau procesuale – inclusiv al

¹ *Magna Charta*, din 1215 ori *Habeas Corpus* din 1679 aveau ambele ca efect protejarea persoanei împotriva detenției arbitrare

² Pe alt plan, prezumția de nevinovăție făcuse obiectul unor lucrări ferme de poziție ale autorilor iluminiști (Voltaire, Montesquieu ș.a.) care vedeau în ea un remediu în fața unui sistem judiciar irațional, guvernare de pasiuni individuale și sociale tenebroase și de forme barbare de violență. Este o perioadă în care se afirmă ideea prevalenței drepturilor individuale și colective în defavoarea absolutismului statal. – G. Batia, A. Pizzo, “*La tutela dell’imputato, Saggio storico-concettuale*”, p. 9, la adresa <http://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>

³ S. Rials, *Declarația drepturilor omului și ale cetățeanului*, Ed. Polirom, Iași, 2002, p. 176. Art. 9 din acest act dispunea: “Orice om este presupus inocent, până în momentul în care a fost declarat vinovat; dacă se consideră indispensabil a-l aresta, orice act de constrângere în afara celor necesare pentru reținerea lui trebuie să fie aspru pedepsit de lege.”

⁴ Traian Pop, *Drept procesual penal*, Vol. I, partea introductivă, Tipografia națională, Cluj, pp. 87-89

⁵ Ion Diaconu, *Drepturile Omului, Institutul Român pentru Drepturile Omului*, București, 1993, pp.7-26

⁶ Grigore Theodoru, *Principiul procesual al prezumției de nevinovăție*, Studii și cercetări juridice, nr. 1/1979, pp. 33-43 (34)

⁷ În autoritarismul juridic fascist, actul de acuzare era în sine suficient pentru privarea și restrângerea drepturilor și libertăților, supremația magistratului inchiuzitor – care devenea depozitarul, tendențios, al tuturor intereselor, altminteri divergente, ale procesului penal – nelăsând niciun loc prezumției de nevinovăție, descrisă de un doctrinar al vremii ca “*Magna Charta delinquentului*” – G. Batia, A.Pizzo, *op. cit.*, pp. 22-23, la adresa <http://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>

prezumției de nevinovăție – revenea astfel în prim plan, ca reacție la abuzurile grosolane și la crasa nesocotire la care fusese supus.¹ Rațiunea din spatele acestui reviriment și a instrumentelor internaționale adoptate în perioada consecutivă finelui celui de al doilea război mondial este esențialmente aceea potrivit căreia protejarea drepturilor omului este nu doar un deziderat, ci un imperativ, o condiție indispensabilă a păcii și securității internaționale.²

O mare cucerire politico-juridică a omenirii după cel de-al doilea război mondial, a fost adoptarea de către Adunarea Generală a ONU, în ședința sa din 10 decembrie 1948 a Declarației Universale a Drepturilor Omului. Ea a consacrat triumful asupra rațiunii împotriva terorii judiciare a fascismului, unitatea și lupta popoarelor pentru apărarea ființei umane, atât în interiorul statelor, cât și pe plan internațional. În conținutul său, alături de multiple garanții, prezumția de nevinovăție constituie un principiu politico-juridic de prim ordin.³

Pe plan internațional, prezumția de nevinovăție mai este reglementată expres și în art. 66⁴ al Statutului Curții Penale Internaționale de la Roma.

Asociația Internațională de Drept Penal, reunită cu ocazia celui de-al XII-lea Congres Internațional de Drept Penal de la Hamburg, între 16-22 septembrie 1979, ținând cont de importanța fundamentală a salvagădării, în procedura penală, a demnității fiecărei ființe umane, a adoptat, printre altele, o rezoluție cu privire la prezumția de nevinovăție.

Potrivit acestei rezoluții, prezumția de nevinovăție este un principiu fundamental al justiției penale. El implică următoarele:

a) Nimeni nu poate fi condamnat sau declarat formal vinovat fără să fi fost judecat conform legii într-o procedură judiciară.

b) Nicio sancțiune penală sau echivalentă nu poate fi aplicată unei persoane cât timp vinovăția sa nu a fost stabilită în formele prevăzute de lege.

c) Nimeni nu poate fi obligat să-și dovedească nevinovăția.

d) Îndoiala trebuie întotdeauna să profite în final acuzatului.

În acest mod, prezumția de nevinovăție a devenit un principiu politic și juridic, atât al dreptului intern, cât și al dreptului internațional.

Implicațiile și efectele principale ale prezumției de nevinovăție sunt în legătură directă cu administrarea și aprecierea probelor în procesul penal. Întregul nostru sistem probatoriu este influențat de prezumția de nevinovăție, ca de altfel însăși desfășurarea procesului penal, până la soluția finală dată cauzei.⁵

Din perspectiva sistemului de drept român, un interes mai mare prezintă, fără niciun dubiu, reglementările regionale europene. La nivelul Uniunii Europene, textul de avut în vedere este cel al Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, care face referire la prezumția de nevinovăție în art. 48 (“Prezumția de nevinovăție și drepturile apărării”), aparținând cap. VI “Justiție”; acest articol prevede: „1. Orice acuzat este prezumat nevinovat până când vinovăția sa va fi legal stabilită. 2. Respectul drepturilor apărării este garantat aricărui acuzat.”

¹ Aceasta nu este o simplă coincidență: la fel cum tortura impusese consacrarea prezumției de nevinovăție, abuzurile ulterioare au generat reafirmarea ei, de această dată coroborată cu necesitatea garantării efectivității acesteia, prin mijloace concrete, în special de drept procesual-penal – J. Décamps, *La présomption d'innocence: entre vérité et culpabilité, Confrontation des systèmes de procédure pénale français et anglais avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, A.N.R.T., Paris, 1999, p. 9

² Voicu Pușcașu, *Prezumția de nevinovăție*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 14

³³ Art. 11, alin. 1: “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.”

⁴ Potrivit art. 66, alin. 1 din acest act, “orice persoană va fi considerată nevinovată până ce vinovăția va fi stabilită în fața Curții, în concordanță cu legea aplicabilă.” A se vedea [http://legestart.ro/Statutul-1998-Roma-Curtii-Penale-Internationale-\(Nj10MzU-\).htm](http://legestart.ro/Statutul-1998-Roma-Curtii-Penale-Internationale-(Nj10MzU-).htm)

⁵ Ion Gh. Gorgăneanu, *Prezumția de nevinovăție*, Ed. Intact, 1996, p. 38

În sistemul Convenției europene a drepturilor omului¹, prezumția de nevinovăție are o reglementare identică celei din Carta europeană, fiind inclus în articolul șase, care reglementează dreptul la un proces echitabil; potrivit art. 6, alin. 2 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului: *“Orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită.”*

Deși prezumția de nevinovăție este o realitate juridică în multe state europene și în Statele Unite ale Americii de sute de ani, totuși, în țara noastră ea este o realitate relativ recentă, Constituția din 1991² prevăzând în articolul 23 alin. 8 (actualul art. 23, alin. 11³) că *“Până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana condamnată este considerată nevinovată”*.

Proiectul Noului Cod de procedură penală⁴ reglementează prezumția de nevinovăție în articolul 3, cu același nume, înscris în Titlul I al Părții generale, referitoare la principiile și limitele aplicării legii procesual penale. Acest articol dispune: *“(1) Oricare persoană acuzată de săvârșirea unei infracțiuni este prezumată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă. (2) După administrarea întregului probatoriu, orice îndoială în formarea convingerii organelor judiciare se interpretează în favoarea suspectului sau inculpatului.”*

Față de textul în prezent în vigoare, remarcăm câteva diferențe notabile. Mai întâi, referirea textuală este la *“persoana acuzată”*, ca beneficiară a prezumției de nevinovăție, și nu la *“orice persoană”*, ca în prezent. De asemenea, la fel de important este și introducerea alineatului secund, care instituie, pentru prima oară în mod explicit în dreptul nostru procesual penal, regula dubiului favorabil (in dubio pro reo).⁵

Capitolul II. Presumția de nevinovăție în contextul principiilor generale ale dreptului

Din chiar titulatura sa, prezumția de nevinovăție pare a se include în categoria vastă a prezumțiilor. În dreptul procesual penal, instituția prezumțiilor nu este reglementată, dar o reglementare a acestora există în Codul civil, care le definește ca fiind *“consecințele ce legea sau magistratul trage din un fapt cunoscut la un fapt necunoscut.”* (art. 1199).

În doctrină, prezumțiile au fost definite ca fiind structuri cognitive care constau în admiterea în mod provizoriu a posibilității, realității sau adevărului unui lucru.⁶ Indiferent, însă, de definiția dată, important este ca în cuprinsul acesteia să existe elemente definitorii specifice procesului penal.⁷

Vasile Dongoroz⁸ afirmă: *“Prezumțiunile sunt deducțiuni logice trase din unele elemente informative, care nu constituie prin ele însele o probă, dar care pot, pe cale de raționament și prin raportare la datele experienței comune, să conducă la stabilirea adevărului. Presumțiunile nu sunt deci simple bănuieli, ci concluzii precise și serioase obținute pe cale de raționament. De aceea, prezumțiunile pot servi ca probă pentru formarea convingerii judecătorilor.”*

Presumția, așadar, este supoziția, presupunerea existenței unei stări de fapt, care nu este dovedită în realitate, ci este dedusă din experiența comună, adică din *ide quod plerumque fit*, sau este

¹ În denumirea ei completă, Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale a fost semnată la 4 noiembrie 1950, la Roma. Acest act reprezintă instrumentul de referință pentru apărarea drepturilor omului în cadrul Consiliului European, instituind o Curte Europeană a Drepturilor Omului, ca organism jurisdicțional obligatoriu. A fost ratificată de România prin Legea nr. 301/1994, publicată în M. Of. Nr. 135 din 31.05.1994.

² Constituția României din 21.11.1991 a fost publicată în M. Of., nr. 233 din 21.11.1991.

³ Ca urmare a modificării Constituției prin Legea nr. 429 din 23.10.2003, publicată în M. Of., nr. 758 din 29.10.2003.

⁴ Proiectul Noului Cod de procedură penală este cel trimis spre dezbatere Parlamentului. www.just.ro

⁵ Voicu Pușcașu, *op. cit.*, p. 25

⁶ I. Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, p.81

⁷ Anastasiu Crișu, *Drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, 2011, p.79

⁸ V. Dongoroz, *Curs de procedură penală*, ed. a II-a, 1942, p. 234-235

dedusă în mod logic din stări sau împrejurări cunoscute. Prezumția este trasă din experiența practică a realității și are în sprijinul său toată posibilitatea adevărului real.¹

În fiecare sistem de drept, în fiecare ramură de drept ce reglementează variate relații sociale, există idei generale, comune normelor corespunzătoare aceluși sistem juridic sau ramurii de drept respective. Principiile de drept, fundamentale ori de bază, indiferent că aparțin întregului sistem sau numai unei singure ramuri de drept, au caracter general și sunt exprimate, fie direct în articole speciale din lege, fie ele se deduc pe cale de interpretare, din ansamblul normelor juridice. Principiile de ramură, conceptual, trebuie să fie în concordanță cu cele ale sistemului juridic, precum și cu dispozițiile constituționale, din care de fapt decurg.²

Prin principiile de bază ale procesului penal sunt avute în vedere regulile cu caracter general în temeiul cărora este reglementată întreaga desfășurare a procesului penal. În mod asemănător, putem spune că, în vederea realizării scopului său, procesul penal este călăuzit de anumite principii fundamentale ce fixează cadrul politico-juridic în conformitate cu care trebuie să aibă loc reacția societății față de cei care încalcă legea penală.³

Potrivit dicționarului juridic penal⁴, prezumția este concluzia logică pe care legea sau organul judiciar o desprinde cu privire la existența unui fapt necunoscut și care nu poate fi dovedit în mod direct sau este greu de probat, din stări sau împrejurări de fapt cunoscute. Desigur, nu ne putem afla în fața unei prezumții simple și ca atare “*prezumția de nevinovăție nu poate fi luată în considerare decât ca o prezumție legală.*”⁵

Semnificația termenului de vinovăție în sensul legii penale, trebuie înțeles ca fiind raportul ce se stabilește între faptă și făptuitor în cadrul tuturor coordonatelor care determină existența răspunderii penale. “*Numai atunci când în persoana unui inculpat sunt întrunite toate aceste coordonate, se poate afirma că el este vinovat și ca atare în acest sens trebuie înțeleasă noțiunea de vinovăție, opusă aceleia de nevinovăție din expresia – prezumția de nevinovăție.*”⁶

Prezumțiile de fapt, în sens larg, sunt reflexul rațional pe care anumite științe indirect și necomplete (deci probe), asupra unui fapt cert, îl produc în spiritul nostru sub influența unei alte științe preexistente privitoare la semnificația aceluși fapt (adevăratele prezumțiuni).⁷

Astfel definite, principiile procesului penal constituie idei diriguitoare și fundamentale potrivit cărora este organizat sistemul procesual și se desfășoară întreaga activitate procesuală⁸, în aceasta fiind cuprinse normele fundamentale pe care este clădită întreaga construcție a procesului penal.⁹ Principiile fundamentale ale procesului penal oglindesc trăsăturile esențiale ale acestuia.¹⁰

Prezumția de nevinovăție, în legislația noastră, își găsește consacrarea în art. 23 pct. 1 din Constituția României și în art. 5² C. Pr. Pen.¹¹

¹ Traian Pop, *op.cit.*, p. 328

² V. Dongoroz, *Sinteze asupra noului cod penal al R.S. România*, în Studii și cercetări juridice, nr. 1/1969, pp. 10-11; Ion Oancea, *Drept penal, partea generală*, Ed. Didactica și pedagogica, București, 1971, pp. 26-28

³ I. Neagu, *Tratat de procedură penală, partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 68

⁴ George Antoniu, Constantin Bulai, Gheorghe Chivulescu, *Dicționar juridic penal*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1976, p. 226

⁵ Grigore Theodoru, *op. cit.*, p. 34

⁶ Doru Pavel, *Considerații asupra prezumției de nevinovăție*, R.R.D., nr. 10/1978, pp. 9-13 (10)

⁷ Ion Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală, ed. a II-a, revăzut și completat de Vintilă Dongoroz*, Vol. I, Ed. Curierul Judiciar, 1927, pp. 59-60

⁸ Nicolae Volonciu, *Drept procesual penal*, Ed. Didactica și Pedagogica, București, 1972, p. 44

⁹ S. Kahane, *Dreptul procesual penal*, Ed. Didactica și Pedagogica, București, 1963, p. 37

¹⁰ M. Mayo, *Regulile de bază ale procesului penal în noul Cod de procedură penală*, R.R.D., nr. 1/1969, pp. 29-38

¹¹ Art. 5² a fost introdus în Codul de procedură penală prin Legea nr. 281/2003. Anterior, art. 66 din același cod dispunea doar o normă de procedură conform căreia, învinuitul sau inculpatul nu era obligat să-și dovedească nevinovăția.

Art. 23, alin. 11 din Constituție prevede că: „*până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana este considerată nevinovată.*” În dreptul român, regula prezumției de nevinovăție este o regulă fundamentală de rang constituțional și de incontestabilă actualitate și spirit justițiar.¹

Codul de procedură penală stipulează, în mod similar, în Titlul I, Capitolul I referitor la Regulile de bază ale procesului penal, în art. 5², faptul că „*orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă.*”²

Textul art. 5² C. Pr. Pen. este compatibil cu cerințele europene și internaționale.³ Inserarea acestuia între regulile de bază ale procesului penal acordă valențe sporite noțiunii, dându-i caracterul unui drept de care se bucură orice individ, dar în același timp și un principiu fundamental al procedurii penale, fără de care nu se poate reglementa și clădi edificiul nici unei proceduri judiciare în materie penală.⁴

Într-un conținut similar, art. 6, paragraful 2 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului dispune că: „*orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită.*”

Prin prisma practicii judiciare în materie, devine evidentă importanța prezumției de nevinovăție în întreaga economie a procesului penal și necesitatea perfecționării instituțiilor procesuale în care este evocată existența probelor de vinovăție, astfel încât reglementarea să se subscrie acestui principiu fundamental.⁵

Capitolul III. Domeniul de aplicare privind organele judiciare penale și persoana acuzatului

Delimitarea sferei de aplicare a prezumției de nevinovăție pe toate coordonatele prezintă o importanță majoră deoarece ea va permite circumscrierea unor elemente fundamentale de care depinde în mod direct caracterizarea modului de funcționare corectă, deplină și eficace a acestei instituții. De asemenea, cu acest prilej, se va putea observa și raportul concret stabilit între domeniul prezumției de nevinovăție în dreptul intern și la nivel internațional, îndeosebi în sistemul Convenției europene a drepturilor omului, respectiv dacă suprapunerea între cele două domenii este perfectă sau dacă, dimpotrivă, există diferențe, și ce semnificație li s-ar putea acorda acestora.⁶

Prezumția de nevinovăție, așa cum este reglementată în art. 6, paragraf 2 din Convenție, produce, în principal, consecințe în privința organelor judiciare și în privința acuzatului.

În ceea ce privește organele judiciare penale, acestea au marea responsabilitate a respectării, pe parcursul desfășurării activităților procedurale, atât a reglementărilor interne – normele judiciare inferioare fiind interpretate în lumina principiilor constituționale și procedurale – dar și a exigențelor actelor internaționale în materia drepturilor omului, care au efect direct în raport cu normele interne, incomplete, vagi sau care oferă o protecție juridică inferioară. În acest context, respectarea prezumției de nevinovăție nu poate rămâne doar un deziderat, ci este un imperativ atât pentru organele de urmărire penală, cât și pentru instanța de judecată.

Organele judiciare penale trebuie să facă dovada imparțialității în întreaga lor activitate. De exemplu, judecătorul trebuie să manifeste prudență în rezumarea actului de acuzare și să evedențieze, în mod obiectiv, atât argumentele acuzării, cât și cele ale apărării, la începutul ședinței.⁷

¹ I. Muraru, *Drept constituțional și instituții politice*, Vol. I, Ed. C.H.Beck, București, 2009, p. 233

² Art. 5², C. Pr. Pen.: „*Orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă.*”

³ Gh. Mateuț, *Tratat de procedură penală, Partea Generală*, Vol. I, Ed. C.H.Beck, București, 2007, p. 164

⁴ N. Volonciu, *Conotații din perspectivă europeană la ultimele modificări ale Codului de procedură penală*, R.D.P., nr. 1/2004, p. 97

⁵ I. Neagu, op. cit., p. 81

⁶ Voicu Pușcașu, op. cit., p. 58

⁷ Gh. Mateuț, op. cit., p. 157

Organele judiciare au obligația de a motiva orice dispoziție pe care o dau.¹ Acestea sunt libere să investigheze atâta timp cât o fac cu respectarea tuturor normelor edictate în conturarea efectivității prezumției de nevinovăție. Trebuie spus că atitudinea organelor statale a fost supusă unui examen riguros și din partea Curții Europene. Aceasta s-a pronunțat în sensul că reprezentanții poliției sau parchetului nu vor putea face declarații publice din care să rezulte vinovăția persoanei în cauză, mai înainte de condamnarea acesteia.²

În schimb s-a statuat că organele oficiale sunt autorizate să informeze publicul cu privire la anchetele penale, să declare că o persoană este suspectă, că un suspect a fost arestat și că cel în cauză a mărturisit săvârșirea unei infracțiuni. Tot astfel, declarația făcută de un procuror presei, potrivit căreia există suficiente probe care să susțină un verdict de vinovăție al instanței, nu a fost găsită contrară prezumției.³ În consecință, regula deja enunțată, potrivit căreia prezumția de nevinovăție trebuie respectată de către organele statale are anumite limitări în privința Ministerului Public, tocmai în considerarea calității acestuia de acuzator, dar acestea se referă îndeosebi la declarațiile din cadrul procesului penal, care nu trebuie să fie injurioase.⁴

Dacă în timpul procesului, procurorul, martorii sau experții⁵ fac declarații din care reiese cu evidență părtinirea lor, instanța trebuie să ia atitudine împotriva acestor declarații pentru a evita aparențele de părtinire și cu privire la adresa ei. Dacă intervenția instanței este îndeajuns de fermă, acuzatul nu se mai poate plânge de încălcarea prezumției de nevinovăție.

S-a mai statuat în sensul că nu reprezintă o încălcare a Convenției prezentarea de către acuzare, în procesul penal, a cazierului judiciar al acuzatului, ori simpla înscriere în acest cazier a acuzațiilor penale existente, ca parte a unui dosar penal pendinte.⁶

Organele care asigură executarea măsurilor privative de libertate trebuie să aibă în vedere în mod clar diferența dintre situația celor aflați în stare de privare de libertate ca urmare a aplicării unei măsuri procesuale preventive și situația celor condamnați definitiv, care sunt aflați în regim de executare a unei pedepse.

Curtea Constituțională s-a pronunțat printr-o decizie⁷ asupra problemei dacă purtarea costumului locului de detenție de către cel arestat preventiv este sau nu contrară prezumției de nevinovăție.⁸ Curtea a constatat neconstituționalitatea dispozițiilor din Legea nr. 23/1969.

Prezumția de nevinovăție cere ca bănuiii să nu fie prematur predați publicului, spre judecată morală. Așa-numita „justiție spectacol”, promovată în ultimele decenii, a făcut ca unele procese să fie instruite practic de mass-media, cu sfidarea garanțiilor elementare ale bunei justiții și, în special, ale prezumției de nevinovăție. Presa este acuzată direct că influențează soluțiile justiției în cauzele puternic mediatizate, mai ales în privința inițierii cercetărilor penale, începerii urmăririi penale ori dispunerii măsurii arestării preventive.⁹

Statul nu trebuie să permită niciun fel de campanie agresivă derulată împotriva unei persoane acuzată de săvârșirea de infracțiuni. Pe de altă parte, și campaniile de presă în favoarea inculpatului

¹ N. Volonciu, A. Vasiliu, *Codul de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 29

² C.E.D.O., cauza *Allenet de Ribermont c/ Franței*, par. 38, din 10 februarie 1995

³ C.E.D.O., cauza *Butkevicius/ Lituania*, din 26 martie 1999

⁴ R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului, Comentarii și explicații*, Vol. I, Ed. C.H.Beck, București, p. 416

⁵ În cauza *Bernard c/ Franța* (decizia CEDO din 23 aprilie 1998), experții își depășiseră atribuțiile, folosind termeni precum „gangster”, „profesionist al delincvenței”;

⁶ C.E.D.O., cauza *Petre c/ România*, din 27 iunie 2006, par. 38

⁷ Decizia nr. 99 din 1.11.1994, publicată în M. Of., nr. 348 din 15.11.1994

⁸ Dispozițiile art. 40, alin.4, teza a II-a din Legea nr. 23/1969 prevedeau faptul că deținuții aflați în curs de urmărire penală sau de judecată trebuie să poarte îmbrăcăminte personală și numai în cazuri temeinice trebuie să poarte îmbrăcăminte de detenție.

⁹ M. Duțu, *Libertatea presei și respectarea prezumției de nevinovăție în cadrul procesului penal*, Dreptul nr. 1/2006, p. 233

pot să aducă atingere principiului aflării adevărului, determinând astfel o atitudine excesiv de binevoitoare a instanței.¹ De asemenea, statul trebuie să asigure confidențialitatea procedurilor preliminare și să nu permită în niciun fel publicarea de informații care ar putea să pună în pericol respectarea prezumției de nevinovăție. Persoana acuzată nu trebuie, astfel, să facă obiectul unui proces public, al unui proces mass-media – *a trial by the media* – ci, în mod exclusiv, judecata trebuie să fie derulată și instrumentată de către organele judiciare competente.

Încălcarea prezumției de nevinovăție este de o maximă gravitate în cazul în care presa este folosită în mod direct de către organele statului, cele care în mod normal au obligația de a respecta întocmai acest principiu. În cauza Notar c/ România² se poate identifica o situație de acest gen. Petentul și alți minori au fost aduși la postul de poliție pentru interogatoriu și în absența avocatului și fără consimțământul lor au fost aliniați într-o sală de conferință, filmați de către un post național important de televiziune, iar mai apoi înregistrarea a fost difuzată într-o emisiune privind delincvența juvenilă, în care au fost prezentați ca vinovați de săvârșirea unei tâlhării.

În situația în care campaniile de presă sunt fondate pe documente și informații puse la dispoziție chiar de organe ale statului, se încalcă în mod vădit astfel principiul prezumției de nevinovăție și secretul profesional.³ Instanța de la Strasbourg, într-o cauză care privea chiar România⁴ a înlăturat apărarea statului pe motiv că nu poate răspunde pentru acțiunile unui post privat de televiziune și că, oricum, imaginile erau de interes public, pronunțând condamnarea pentru încălcarea art. 6, alin. 2 din Convenție.

C.E.D.O. dă chiar un avertisment cu privire la justiția mediatică: “*dacă ne obișnuim cu spectacolul pseudoproceselor din media, vom putea constata, pe termen lung, existența unor consecințe nefaste cu privire la recunoașterea instanțelor ca organe calificate pentru a aprecia vinovăția sau nevinovăția în cazul unei acuzații penale.*”⁵

Pentru a putea fi admis amestecul în libertatea presei, acesta trebuie să fie prevăzut de lege, să fie proporțional cu scopul urmărit și să fie necesar într-o societate democratică.⁶

Recunoașterea prezumției de nevinovăție între principiile fundamentale ale procesului penal nu are sarcina de a “complica” procesul penal prin recunoașterea unui drept în plus acuzatului, ci de a mări preocuparea organelor judiciare pentru stabilirea vinovăției pe bază de probe certe, în cursul unui proces civilizat în cadrul căruia sunt excluse abuzurile și erorile judiciare, prin acestea respectându-se drepturile și inviolabilitățile persoanelor.⁷

Prezumția de nevinovăție este o garanție că măsura preventivă privativă de libertate luată împotriva persoanei acuzate nu este dispusă în mod discreționar de autoritățile judiciare pentru a strânge și administra probe pentru dovedirea faptei imputate, ci pentru apărarea socială contra faptei penale a unei persoane.⁸

Capitolul IV. Presumția de nevinovăție, dreptul la tăcere și la neautoincriminare

Sensul adevărat al dreptului la tăcere și la neautoincriminare este de a oferi persoanei o opțiune veritabilă între a coopera sau nu cu autoritățile statale în cauze care o privesc direct și cert sau doar eventual.⁹

¹ C. Gâlcă, *Presumția de nevinovăție*, R.D.P., nr. 3/2001, p. 68

² C.E.D.O., cauza Notar c/ România, din 20 aprilie 2004

³ De exemplu: “*surse autorizate din cadrul poliției/Parchetului/D.N.A./D.I.I.C.O.T. etc. ne-au transmis că...*”

⁴ C.E.D.O., cauza Rupa c/ România, din 16 decembrie 2008

⁵ Leontin Coraș, *Arestarea preventivă*, Ed. C.H.Beck, București, 2006, p. 221

⁶ M. Duțu, *Semnificații procedural-penale ale dreptului la tăcere*, Dreptul nr. 12/2004, p. 236

⁷ Ad. Șt. Tulbure, Angela Maria Tatu, *Tratat de drept procesual penal*, Ed. All Beck, 2001, pp. 40-42

⁸ Th. Mrejeru, B. Mrejeru, *Probleme în procesul penal. Aspecte teoretice și jurisprudență în materie*, Ed. Nomina Lex, ed. a II-a, revizuită, București, 2010, p. 72

⁹ V. Pușcașu, *op. cit.*, p. 179

Dreptul la tăcere nu este un drept creat de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, el având existență de sine stătătoare cu mult timp înainte ca această Curte să-l afirme, însă acest lucru nu a împiedicat-o pe aceasta să îl recunoască.¹ La nivel european, Curtea de Justiție a Comunităților Europene a fost prima instanță care a recunoscut, în beneficiul persoanelor juridice, dreptul de a nu depune mărturie împotriva propriei persoane în domeniul infracțiunilor împotriva dreptului concurenței.²

Astfel, în cauza *Saunders c/ Marea Britanie*³, Curtea afirma că “*deși nu sunt în mod explicit menționate în articolul 6 din Convenție, dreptul de a tăcea și cel de a nu se autoincrimina sunt standarde generale unanim recunoscute care stau la baza noțiunii de proces echitabil din art. 6*”. În această privință, instanța europeană cu siguranță a avut în vedere faptul că aceste drepturi fuseseră deja consacrate, încă din anul 1966, în Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice⁴, care, în art. 14, alin. 3, lit. g), dispune: “*Orice persoană acuzată de comiterea unei infracțiuni penale are dreptul, în condiții de deplină egalitate ... să nu fie silită să mărturisească împotriva sa însăși sau să se recunoască vinovată.*”

Dreptul la tăcere, în mare, conferă posibilitatea de a nu răspunde la întrebările ce au un pronunțat caracter incriminator. Spre deosebire de Curtea Supremă a Statelor Unite ale Americii, avantajul Curții Europene a Drepturilor Omului este că, neavând un text care să-l consacre efectiv, aceasta și-a putut modela limitele principiului în funcție de cazurile ce au fost prezentate în fața sa. Totuși, art. 6 limitează aplicabilitatea dreptului la tăcere la materia penală.

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. Astfel, un inculpat 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 probă.⁵

În sistemul juridic românesc, dreptul la tăcere al învinuitului sau inculpatului, deși nu figurează expres printre regulile de bază ale procesului penal curpinse în art. 2-8 C. Pr. Pen., constituind doar o consecință a prezumției de nevinovăție, menținută expres în art. 5² cât și în art. 66, alin. 1, C. 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, C. Pr. Pen. prin Legea nr. 281/2003, modificată prin Legea nr. 356/2006, potrivit căruia învinuitului sau inculpatului i se aduce la cunoștință, printre altele “*dreptul de a nu face nicio declarație, atrăgându-i-se atenția că ceea ce declară poate fi folosit împotriva sa.*”⁶

Toate probele care sunt adunate prin violarea dreptului la tăcere trebuie să fie îndepărtate din proces. Tăcerea inculpatului nu poate da loc la nicio sancționare, oricare ar fi ea, cum ar fi de pildă sub forma unei detenții preventive sau a oricărei alte măsuri coercitive.

Așadar, dreptul la tăcere este acea consecință directă a prezumției de nevinovăție care presupune posibilitatea oricărui martor, suspect sau acuzat de a păstra tăcerea, de a nu face declarații pe toată durata desfășurării procedurilor penale sau doar în anumite momente ale acestora, la libera sa

¹ Lipsa reglementării și practica nu foarte vastă a Curții europene pe această materie au avut ca efect un număr relativ redus de studii consacrate perspectivei europene a acestui subiect.

² V. Pușcașu, *op. cit.*, p. 179

³ C.E.D.O., cauza *Saunders c/ Marea Britanie*, parag. 68, hotărâre a Curții din 17 decembrie 1996

⁴ Adoptat și deschis spre semnare de Adunarea Generală a O.N.U., în sesiunea a XXI-a, prin Rezoluția 220A/XXI, la 16 decembrie 1966 și intrat în vigoare la 23 martie 1976. România a ratificat Pactul la 9 decembrie 1974, fiind publicat în B. Of., nr. 146 din 20.11.1974. A se vedea Raluca Miga Beșteliu, Catrinel Brumar, *Protecția internațională a drepturilor omului*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, pp. 44-45

⁵ C.E.D.O., 25 februarie 1993, “Jur dundamentale”, 1993, nr. 4, p. 12

⁶ Gh. Mateuț, *op.cit.*, pp. 162-163

alegere. Dreptul la neautoincriminare – *lato sensu* – reprezintă acea consecință directă a prezumției de nevinovăție care conferă suspectului sau acuzatului prerogative de a nu produce probe împotriva sa, probe care au o existență independentă de voința suspectului sau acuzatului. Acest drept nu se rezumă doar la a nu fi obligat la furnizarea de informații autoincriminatorie.

Justificarea dreptului la tăcere constă tocmai în protejarea libertății de alegere și de voință a suspectului sau acuzatului, în virtutea prezumției de nevinovăție. Curtea Supremă a Statelor Unite ale Americii, în *Miranda v. Arizona*¹, arăta că “*privilegiul împotriva autoincriminării, care a avut din punct de vedere istoric o dezvoltare îndelungată și continuă, este pilonul principal al sistemului nostru acuzatorial și garantează individului dreptul de a păstra tăcerea până când alege să vorbească în exercițiul netulburat al propriei sale voințe libere, în timpul unei perioade custodiale, ca și în instanță sau în cursul altor investigații oficiale.*”

Capitolul V. Analiza jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în materia prezumției de nevinovăție

Delimitarea sferei de aplicare a prezumției de nevinovăție pe toate coordonatele prezintă o importanță majoră deoarece ea va permite circumscrierea unor elemente fundamentale de care depinde în mod direct caracterizarea modului de funcționare corectă, deplină și eficace a acestei instituții. De asemenea, cu acest prilej, se va putea observa și raportul concret stabilit între domeniul prezumției de nevinovăție în dreptul intern și la nivel internațional, îndeosebi în sistemul Convenției europene a drepturilor omului, respectiv dacă suprapunerea între cele două domenii este perfectă sau dacă, dimpotrivă, există diferențe, și ce semnificație li s-ar putea acorda acestora.²

Așa cum am arătat și în capitolele anterioare, prin Legea nr. 30/1994, România a ratificat Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Corobând această lege cu prevederile Constituției din art. 11 și 20, Convenția, precum și protocoalele adiționale au devenit parte din dreptul intern. Totodată, Constituția consacră regula că atunci când există neconcordanțe între tratatele internaționale ratificate de România privind drepturile fundamentale și legile interne, prioritare sunt reglementările internaționale, cu excepția cazului în care dreptul intern conține dispoziții mai favorabile. Având în vedere că reglementările ce decurg din hotărârile C.E.D.O. sunt mai favorabile contravenientului decât cele ce rezultă din reglementările dreptului pozitiv român, rezultă necesitatea aplicării în mod obligatoriu a celor stabilite de instanța de la Strasbourg. Acest lucru este relevat de practica judiciară repetată și constantă a C.E.D.O. în materie contravențională.³

În analiza prezumției de nevinovăție ne putem raporta la diferite aspecte ce îi pot clarifica limitele de incidență: garanțiile instituite, sfera de aplicare, persoanele cărora li se aplică, obligația de respectare a acestei prezumții.

Din punct de vedere al garanțiilor instituite, doctrina a stabilit că unele dintre acestea sunt împrumutate din reglementarea articolului 6, paragraful 1⁴:

- Obligația pe care o au judecătorii de a nu pleca în judecarea cauzei cu idei preconcepute
- Sarcina probei în materie penală revine acuzării
- Aplicarea principiului “in dubio pro reo”⁵

¹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, hotărâre a Curții Supreme a S.U.A. din 13 iunie 1966

² V. Pușcașu, *op. cit.*, p. 58

³ În cauza *Öztürk c. Germania* din 1994, Curtea a stabilit că modul de definire a faptelor prin dreptul intern are o valoare relativă, esențială fiind natura faptei și a sancțiunii. Curtea Europeană consideră ca pozitivă măsura discriminării, în interesul individului, a unor infracțiuni mai puțin grave și pentru care făptuitorul nu mai răspunde penal, putând chiar să evite procedura judiciară și pe această cale să se elimine supraaglomerarea tribunalelor.

⁴ C. Bârsan, *Convenția europeană a drepturilor omului, op. cit.*, p. 541

⁵ “Îndoiala profită inculpatului” reprezintă situația juridică în care atunci când nu se poate stabili cu certitudine vinovăția unei persoane pentru săvârșirea unei fapte penale, nu se poate angaja nici răspunderea acesteia. Principiul este întâlnit cel mai fecvent în cauzele penale, având ca finalitate achitarea inculpatului datorită dubiului rezultat din probele administrate în ceea ce privește vinovăția acestuia. Regula enunțată constituie și un instrument care asigură respectarea

- Acuzarea este obligată să indice faptele de care este acuzat inculpatul și să aducă un probatoriu suficient pentru dovedirea vinovăției.

Alături de aceste garanții comune, articolul 6, paragraful 2 instituie și garanții proprii precum¹:

- Garantarea dreptului la tăcere

- Obligația statelor de a se abține de la impunerea de sancțiuni fără a exista o hotărâre de condamnare

- Interdicția de a exista o judecată de două ori pentru aceeași faptă și același făptuitor, existând opinia că această interdicție se răsfrânge și asupra urmăririi penale.

Pentru înțelegerea domeniului de aplicare din punct de vedere al cadrului procesual în care a fost analizată încălcarea prezumției de nevinovăție, trebuie să ne raportăm la cazurile judecate de Curte și dezbătute în doctrină.

Astfel, în cauza Bernard c. Franța², Curtea a admis că prezumția de nevinovăție este incidentă și poate fi încălcată și în etapa administrării probelor. În cauza Minelli c. Elveția³, s-a considerat că există o încălcare indirectă a prezumției de nevinovăție și prin motivarea unei decizii a instanței.

În ceea ce privește stadiul procesual al urmăririi penale, s-a considerat că încetarea acesteia poate fi dispusă prin ordonanța procurorului, neexistând obligația de continuare a procesului penal până la achitarea pronunțată de către instanță. Actul prin care încetează urmărirea penală nu trebuie însă să conțină constatări și sugestii ale existenței vinovăției. Încetarea urmăririi penale nu dă dreptul la despăgubiri sau cheltuieli de judecată dar, din jurisprudența Curții Europene s-a desprins posibilitatea constatării unei încălcări a prezumției de nevinovăție dacă hotărârea prin care se refuză acordarea cheltuielilor echivalează cu o constatare de culpabilitate, dacă această culpă nu a fost stabilită anterior pe cale judiciară, iar reclamantul nu a avut posibilitatea exercitării dreptului la apărare în ceea ce privește vinovăția, în procesul ce are ca obiect rambursarea cheltuielilor.⁴

În cazul achitării printr-o hotărâre definitivă, indiferent dacă achitarea s-a făcut în baza principiului “in dubio pro reo”, orice bănuială, oricât de mică, cu privire la vinovăție, este total inadmisibilă, o astfel de îndoială putând lua ființă și prin indemnizarea victimei infracțiunii după achitarea acuzatului.⁵ În sensul neacceptării existenței unei bănuieli după achitare, Curtea s-a pronunțat în numeroase cauze printre care Rushiti c. Austria⁶ și O c. Norvegia.

Tot în cadrul urmăririi penale s-a stabilit că instituția arestării preventive este exceptată de la aplicarea articolului 6, paragraful 2. Această exceptare se întinde pe tot parcursul acestei faze a procesului penal cu excepția situației în care arestarea preventivă are caracter punitiv, reprezentând o pedeapsă anticipată.⁷

prezumției de nevinovăție, așa cum aceasta este reglementată de art. 5² C. Pr. Pen., și pe cale de consecință a dreptului la un proces echitabil.

¹ Radu Chiriță, *Dreptul la un proces echitabil*, Ed. Universul Juridic, p. 295

² C.E.D.O., Bernard c. Franța, din 26 septembrie 2006

³ C.E.D.O., Minelli c. Elveția, din 25 martie 1983

⁴ C. Bârsan, *op. cit.*, p. 547

⁵ Mihail Udroui, Ovidiu Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român, Tratat*, Ed. All Beck, p. 630

⁶ C.E.D.O., Rushiti c. Austria, din 20 martie 2000. Suspectat de tentativă de omor, reclamantul a fost arestat. Ulterior, un juriu l-a achitat cu 7 voturi contra 1, în lipsa unor probe suficiente ale vinovăției. Reclamantul a formulat, în consecință, o acțiune în despăgubiri pentru detenția suferită. Judecând în camera de consiliu, instanța de fond a respins cererea pe motiv că bănuielile ce îl vizau pe reclamant erau întemeiate. Deși instanța nu a formulat o nouă apreciere a culpabilității reclamantului, Curtea nu a fost convinsă că este acceptabilă exprimarea unor bănuieli privind comiterea unei infracțiuni, după ce o persoană a fost achitată. Odată ce achitarea este definitivă, chiar dacă aceasta este rodul existenței unui dubiu cu privire la culpabilitatea inculpatului, exprimarea unor suspiciuni cu privire la comiterea acelei fapte, de genul celor formulate în hotărârea instanței, este incompatibilă cu prezumția de nevinovăție. A se vedea www.jurisprudentacedo.com

⁷ D. Bogdan, M. Selegean, *Drepturi și libertăți fundamentale în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ed. Praxis, p. 274

În hotărârea Ribermont c. Franța¹, Curtea a statuat că prezumția de nevinovăție se aplică și înainte de punerea în mișcare a acțiunii penale, de asemenea art. 6, par. 2 fiind incident și în faza de instrucție preparatorie judiciară în sistemele de drept care prevăd această etapă în materie penală.

În cauza Telfner c. Austria s-a considerat că o condamnare în lipsa probelor convingătoare de vinovăție constituie o încălcare a articolului 6, paragraf 2.²

De asemenea, în convingerea vinovăției, probele administrate nu pot fi obținute niciodată cu încălcarea articolului 3 din Convenție privitor la interzicerea torturii și tratamentelor inumane și degradante, dar se poate vorbi de o încălcare legitimă a altor articole din Convenție precum articolul 8 fără să se pună în discuție încălcarea normelor referitoare la prezumția de nevinovăție.³

Dacă o decizie a judecătorului duce la o condamnare bazată determinant pe probe administrate în cadrul urmăririi penale, fără a da posibilitatea contestării lor în fața instanței, există o ingerință în dreptul acuzatului de a fi prezumat nevinovat până la stabilirea legală a vinovăției sale.⁴

În cazul Deweer c. Belgia⁵ privind plata unei amenzi de compoziție pentru a evita închiderea unei măcelării ca urmare a unei contravenții la reglementările asupra prețurilor, studiind fondul cauzei, în lumina art. 6, Curtea precizează de la început că singurul aspect de avut în vedere este utilizarea combinată a procedurilor de închidere provizorie și de reglementare amiabilă. Ea continuă expunând pe larg o serie de rațiuni, subliniind îndeosebi locul proeminent pe care îl ocupă dreptul la un proces echitabil într-o societate democratică.

În cazul Engel și alții c. Olanda⁶ privind sancțiuni și proceduri disciplinare militare, Curtea arată mai întâi că prevederile Convenției sunt în principiu valabile pentru toți membrii forțelor armate și nu numai pentru civili, deși interpretându-le și aplicându-le trebuie să fim atenți la particularitățile condiției militare. Din perspectiva acestei remarci de ordin general, Curtea studiază în primul rând dreptul la libertatea individuală în contextul serviciului militar. O sancțiune sau o măsură disciplinară care s-ar analiza incontestabil ca o privare de libertate, dacă ar fi aplicată unui civil, poate să nu aibă acest caracter dacă se aplică unui militar. Totuși, ea se sustrage art. 5 când se traduce prin restricții care se îndepărtează net de condițiile normale de viață în cadrul forțelor armate ale statelor contractante.

¹ C.E.D.O., *Allenet de Ribermont c. Franța*, din 10 februarie 1995. În speță, în cursul unei conferințe de presă, după arestarea reclamantului, înalți oficiali ai ministerului de interne francez au exprimat, fără niciun fel de rezervă sau precauție, ideea după care reclamantul era implicat într-un asasinat. Aceasta constituie o declarație de culpabilitate care, pe de o parte, incita publicul să creadă că este reală, și, pe de altă parte, afectă stabilirea faptelor de către judecătorul competent.

² C.E.D.O., *Telfner c. Austria*, Secția a III-a, din 20 martie 2001. Victima unui accident de circulație a comunicat poliției marca și numărul de înmatriculare a autovehiculului care a provocat accidentul, fără a putea însă identifica conducătorul care a fugit de la fața locului. Poliția a găsit mașina în fața casei mamei reclamantului, care era proprietar al acesteia. Reclamantul nu se afla acolo și părea că nu a dormit la locuința respectivă în noaptea în cauză. În cursul procesului, reclamantul a negat că s-ar fi aflat la volanul mașinii sale și a refuzat să facă orice altă declarație. De asemenea, mama și sora sa au preferat să uzeze de dreptul lor de a nu face declarații. Bazându-se pe faptul că este de notorietate că vehiculul era utilizat în principal de către reclamant, instanța s-a declarat convinsă de faptul că reclamantul conducea mașina la momentul incriminat, astfel încât a pronunțat o hotărâre de condamnare a acestuia. Curtea a considerat că prezenta cauză nu vizează situația prezumțiilor legale. De asemenea, Curtea nu a fost convinsă de argumentul guvernului austriac care susține că instanțele interne puteau trage concluzii legitime din tăcerea pe care a păstrat-o reclamantul. Curtea a considerat că, din simplul fapt că reclamantul era principalul utilizator al vehiculului și din faptul că nu a dormit acasă în acea noapte, nu se naște obligația acestuia de a oferi o explicație, dat fiind că nu există nici măcar un început de probă împotriva acestuia. Cerându-i acestuia să spună cine se afla la volanul autovehiculului în cauză, instanțele austriece au transferat sarcina probei către persoana inculpatului, încălcându-i acestuia prezumția de nevinovăție. A se vedea www.jurisprudencedo.com

³ D. J. Harris, *Law of the European Convention on Human Rights*, Ed. Butterworths, p. 244.

⁴ P. Van Dijk, G.J.H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Third Edition*, Ed. Kluwer Law International, pp. 460-461

⁵ C.E.D.O., *Deweer c. Belgia*, din 27 februarie 1980

⁶ C.E.D.O., *Engel și alții c. Olanda*, din 8 iunie 1976

În cazul Öztürk c. Germania¹ privind obligarea unui străin la cheltuieli de interpret într-o procedură judiciară privind o contravenție administrativă, Curtea a reținut că potrivit guvernului german, art. 6, pct. 3, lit. e) nu se aplică în speță, petiționarul nu era acuzat de o infracțiune penală deoarece încălcarea săvârșită de către el se analizează ca o contravenție administrativă.

În cazul Pakelli c. Germania² privind refuzul Curții Federale de Justiție de a numi un apărător din oficiu pentru a asista un învinuit în timpul dezbaterilor în casație, Curtea precizează mai întâi întinderea art. 6, pct. 3, lit. c), referindu-se la scopul și obiectul acestei dispoziții care vizează asigurarea unei protecții efective a drepturilor apărării. Ea constată astfel că un acuzat care nu vrea să se apere el însuși trebuie să poată recurge la serviciile unui apărător ales. Dacă nu are mijloacele să plătească unul, Convenția îi recunoaște dreptul la asistența gratuită a unui avocat din oficiu atunci când interesele justiției o reclamă. În consecință, deși dreptul german autoriza prezentarea sa în fața Curții Federale de Justiție, Pakelli putea pretinde asistența gratuită a unui avocat din oficiu în măsura în care el nu avea mijloacele să plătească un apărător și când interesele justiției reclamau o asemenea asistență.

În cazul Sporong și Lonroth c. Suedia³ privind permisul de expropriere și interdicțiile de construire de lungă durată, Curtea recunoaște că permisele de expropriere lasau intact, din punct de vedere juridic, dreptul celor interesați de a dispune de bunurilor lor și de a le folosi.

3. Concluzii

Întrucât societatea este într-o continuă evoluție marcată prin descoperiri în toate domeniile ce fac ca fiecare an ce trece să pară desuet, nici principiul prezumției de nevinovăție nu este o prezență statică.

Prezumția de nevinovăție, așa cum este ea reglementată în Codul de procedură penală, Titlul I, Capitolul I referitor la Regulile de bază ale procesului penal, în art. 5² introdus prin Legea nr. 281/2003, presupune că: „*orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă*”.

Prezumția de nevinovăție trece, în perioada contemporană, alături de alte instituții ale procedurii penale, printr-un vast proces de regândire și așezare, pe alte temelii, în contextul apariției Noilor Coduri penal și de procedură penală. Urmând modelul unor state europene, multe instituții noi, în strânsă legătură cu prezumția de nevinovăție, își vor face apariția și în câmpul procedurii noastre penale.

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 săvârșirea de infracțiuni și pentru care nu ar putea opera prezumția de nevinovăție.

Împreună cu adoptarea prezumției de nevinovăție s-au produs și o serie de restructurări în cadrul procesului penal: vinovăția se stabilește în cadrul unui proces, cu respectarea garanțiilor procesuale; sarcina probei revine organelor judiciare, interpretarea probelor se face în fiecare etapă a procesului penal; la adoptarea unei hotărâri de condamnare definitivă, prezumția de nevinovăție este răsturnată cu efecte „*erga omnes*”.

O problemă delicată apare în materia măsurilor preventive privative de libertate, și anume în materia arestării preventive, deoarece se pune sub semnul întrebării compatibilitatea acestei instituții cu principiul prezumției de nevinovăție.

Privarea temporară de libertate este o necesitate care condiționează libertatea altora. Desigur, libertatea presupune responsabilitate, este autodeterminare. Ea constă în inteligența care implică o cunoaștere distinctă a obiectului deliberării. Arestarea preventivă, fiind o limitare gravă adusă libertății persoanei, trebuie dispusă ca *ultima ratio*, cu respectarea principiului prezumției de nevinovăție.

¹ C.E.D.O., Öztürk c. Germania, din 21 februarie 1984

² C.E.D.O., Pakelli c. Germania, din 25 aprilie 1983

³ C.E.D.O., Sporong și Lonroth c. Suedia, din 23 septembrie 1982

REFERINȚE BIBLIOGRAFICE

Tratate, cursuri, monografii

- Antoniu G., Bulai C., Chivulescu G., *Dicționar juridic penal*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1976
 - Batia G., Pizzo A., *La tutela dell'imputato, Saggio storico-concettuale*, p. 9
 - Beșteliu R. M., Brumar C., *Protecția internațională a drepturilor omului*, Ed. Universul Juridic, București, 2010
 - Bogdan D., Selegean M., *Drepturi și libertăți fundamentale în jurisprudența C.E.D.O.*, Ed. Praxis
 - Chiriță R., *Dreptul la un proces echitabil*, Ed. Universul Juridic, București, 2008
 - Chiriță R., *Convenția europeană a drepturilor omului, Comentarii și explicații*, Vol. I, Ed. C.H. Beck, București
 - Coraș L., *Arestarea preventivă*, Ed. C.H. Beck, București, 2006
 - Crișu A., *Drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, București, 2011
 - Deleanu I., *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005
 - Décamps J., *La présomption d'innocence: entre vérité et culpabilité, Confrontation des systèmes de procédure pénale français et anglais avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, A.N.R.T., Paris, 1999*
 - Diaconu I., *Drepturile Omului*, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 1993
 - Dongoroz V., *Curs de procedură penală*, ed. a II-a, București, 1942
 - Gorgăneanu I., *Prezumția de nevinovăție*, Ed. Intact, București, 1996
 - Harris D.J., *Law of the European Convention on Human Rights*, Ed. Butterworths
 - Mateuț Gh., *Tratat de procedură penală, Partea generală*, Vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2007
 - Mrejeru Th., Mrejeru B., *Probele în procesul penal. Aspecte teoretice și jurisprudență în materie*, Ed. Nomina Lex, ed. a II-a, revizuită, București, 2010
 - Muraru I., *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2009
 - Neagu I., *Tratat de procedură penală, partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2010
 - Pop T., *Drept procesual penal*, Vol. I, partea introductivă, Tipografia națională, Cluj
 - Pușcașu V., *Prezumția de nevinovăție*, Ed. Universul Juridic, București, 2010
 - Rials S., *Declarația drepturilor omului și ale cetățeanului*, Ed. Polirom, Iași, 2002
 - Tanoviceanu I., *Tratat de drept și procedură penală*, ed. a II-a, revăzut și completat de Vintilă Dongoroz, Vol. I, Ed. Curierul Juridic, 1927
 - Tulbure Ad. Șt., Tatu A.M., *Tratat de drept procesual penal*, Ed. All Beck, 2001
 - Udroiș M., Predescu O., *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român – Tratat*, Ed. C.H. Beck, București, 2008
 - Van Dijk P., Van Hoof G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, Ed. Kluwer Law International
 - Volonciu N., *Drept procesual penal*, Ed. Didactica și Pedagogica, București, 1972
 - Volonciu N., Vasiliu A., *Codul de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2007
- **Articole de specialitate**
- Dongoroz V., *Sinteze asupra noului cod penal al R.S. România*, în Studii și Cercetări juridice, nr. 1/1969

- Duțu M., *Libertatea presei și respectarea prezumției de nevinovăție în cadrul procesului penal*, Dreptul nr.1/2006
- Duțu M., *Semnificații procedural – penale ale dreptului la tăcere*, Dreptul nr. 12/2004
- Gâlcă C., *Prezumția de nevinovăție*, R.D.P., nr. 3/2001
- Mayo M., *Regulile de bază ale procesului penal în noul Cod de procedură penală*, R.D.P., nr. 1/1969
- Pavel D., *Considerații asupra prezumției de nevinovăție*, R.R.D., nr. 10/1978
- Theodoru Gr., *Principiul procesual al prezumției de nevinovăție*, Studii și cercetări juridice, Nr. 1/1979
- Volonciu N., *Conotații din perspectivă europeană la ultimele modificări ale Codului de procedură penală*, R.D.P., nr. 1/2004

• **Lista hotărârilor pronunțate de C.E.D.O.**

- Allenet de Ribermont c. Franța, 10 februarie 1995
- Petre c. România, 27 iunie 2006
- Notar c. România, 20 aprilie 2004
- Rupa c. România, 20 aprilie 2004
- Saunders c. Marea Britanie, 17 decembrie 1996
- Piakelli c. Germania, 25 aprilie 1983
- Öztürk c. Germania, 21 februarie 1984
- Minellii c. Elveția, 25 martie 2000
- Rushiti c. Austria, 20 martie 2000
- Telfner c. Austria, 20 martie 2001
- Deweer c. Belgia, 27 februarie 1980
- Engel și alții c. Olanda, 8 iunie 1976
- Sporong și Lonroth c. Suedia, 23 septembrie 1982
- Gerard Bernard c. Franța, 26 septembrie 2006
- Butkevicius c. Lituania, 26 martie 1999

• **Hotărâri ale instanțelor naționale și internaționale**

- Decizia nr. 99 din 1 noiembrie 1994 a Curții Constituționale în M. Of., nr. 348 din 15.11.1994
- Hotărâre a Curții Supreme a S.U.A., *Miranda v. Arizona*, din 13 iunie 1966

• **Site-uri**

- <http://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>
- [http://legestart.ro/statutul-1998-Roma-Curtii-Penale-Internationale-\(NjloMzU\).htm](http://legestart.ro/statutul-1998-Roma-Curtii-Penale-Internationale-(NjloMzU).htm)
- www.jurisprudencedo.com
- www.wikipedia.com
- www.just.ro

RESOCIALIZAREA PRIN MUNCĂ – SCOP ȘI EFECT

Lavinia LUNGU, Mihaela SAVA¹

Abstract

Scopul încarcerării deținuților este determinat îndeosebi de nevoia de resocializare și reorientarea a interesului deținutului față de valorile sociale pozitive. De-a lungul timpului, politica penală a lăsat în urmă latura strict punitivă a pedepsei și a îmbrățișat diverse metode de resocializare a deținutului, în vederea reeducării și reintegrării acestuia în societate. Folosirea muncii constituie un exemplu reprezentativ în acest sens. Numeroase cercetări au demonstrat existența unei legături de cauzalitate între muncă și apariția comportamentului deviant, dar mai ales un determinism cert existent între muncă și dispariția comportamentului infracțional. Astfel, lucrarea de față această încearcă să traseze principalele aspecte ale resocializării prin muncă, prin abordarea problemei activităților lucrative specifice fiecărui regim de detenție în parte, a atitudinii deținuților față de resocializare și nu în ultimul rând, impactul pe care munca o are asupra procesului de resocializare.

Cuvinte cheie: *resocializare, muncă, executarea pedepselor, regim de detenție, deținuți*

1. Introducere

Rolul cel mai important al încarcerării condamnaților este acela de resocializare, de reorientare a intereselor condamnatului către valorile sociale pozitive. De-a lungul timpului, politica penală s-a distanțat de latura strict punitivă a pedepsei, îmbrățișând diferite metode de resocializare a deținuților în scopul reeducării și reintegrării lor în societate. O astfel de strategie folosită este munca. Ea se remarcă prin relevanța în determinarea comportamentului deviant, dar și în combaterea acestuia. Astfel, în lucrarea de față vom încerca să punem în lumină principalele aspecte ale resocializării prin muncă, tratând problema activităților lucrative în regimurile de detenție, atitudinea deținuților asupra resocializării și nu în ultimul rând, efectele muncii asupra resocializării.

În contextul unei rate a recidivei mari, înregistrate la nivelul României, studiul nostru dorește să atragă atenția asupra lipsei de efect a folosirii muncii în penitenciarele de la noi din țară. În acest sens, am folosit numeroase cercetări efectuate atât la nivel internațional, cât și la nivel național, cu privire la impactul muncii asupra resocializării. În plus, am analizat modul în care munca este implementată, conform dreptului execuțional național și care sunt beneficiile unui program lucrativ în cadrul penitenciarului. Tema aleasă, nu este nouă, ea fiind deseori supusă dezbaterii în doctrina, datorită importanței ei.

Așadar, prin lucrarea de față dorim să la studierea fenomenului resocializării, atrăgând atenția cu privire la importanța folosirii corecte a muncii în resocializare și a nevoii implementării unei politici penale corespunzătoare la nivelul României.

2. Conținut propriu-zis

a. Resocializarea prin muncă

Majoritatea tranzițiilor pe care oamenii le încercă în timpul vieții se produc gradual, implicând doar asimilări peste constantele deja existente². Indivizii pot fi uneori forțați să se supună

¹ Studente ale Facultății de Drept, specializarea Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: lavinialungu1@yahoo.com, savamonicamihaela@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prof.univ.dr. Ioan Chiș (profioanchis@gmail.com).

² Margaret L. Andersen, Howard F. Taylor, *Sociology: The Essentials*, Seventh Edition, 2012, Cengage Learning, Wadsworth, p. 92

unei schimbări radicale de identitate, mai ales atunci când intră în locații instituționalizate care presupun exercitarea unui control total asupra persoanei, precum armata, închisoarea, centre monahale, etc. Rolurile sociale interiorizate de către individ sunt înlocuite sau schimbate în mod radical, acest proces purtând numele de resocializare.

Penitenciarul reprezintă un mediu social unic, o societate a captivilor, o subcultură cu majore influențe negative asupra individului. Închisorile sunt instituții aparte, caracterizate prin lipsa de interacțiune cu exteriorul și prin imposibilitatea de îndepărtare manifestată atât fizic – prin uși închise, sârmă ghimpată, ziduri înalte – cât și psihic, în care nevoile umane sunt considerate la nivel „de masă” și nu de individ. La o primă vedere, un asemenea mediu ostil, înțesat de valori negative, ce necesită o adaptare prealabilă, nu poate avea pretenția de reușită în reeducarea condamnatului în spiritul normelor pozitive din exterior.

Cu toate acestea, penitenciarele sunt un „rău necesar”, fiind destinate transformării infractorilor în cetățeni care să respecte valorile sociale general îmbrățișate. În acest context, resocializarea condamnaților a fost definită ca fiind „procesul prin care un individ, recunoscut ca inadecvat din perspectiva normelor dominante din societate, este supus unui program dinamic de intervenție comportamentală, îndreptat spre a (re)insera acele valori, atitudini, abilități care îi vor conferi posibilitatea de a funcționa în conformitate cu normele anterior menționate¹”.

Ideea folosirii muncii în scopul corijării comportamentului deviant are origini mult mai vechi decât s-ar putea crede. Un exemplu grăitor în acest sens îl constituie casa de forță din Gent/Gand. Principiul de bază de funcționare a acestei instituții era acela că lipsa de activitate constituie principala cauză a delictelor². Astfel, a apărut ideea înființării acestei case care să asigure pedagogia muncii pentru cei care se dovedesc refractari. Scopul era deprinderea oamenilor inactivi cu munca pentru ca aceștia să înțeleagă că munca este singurul mijloc de supraviețuire într-o societate corectă, și nu faptele ilicite. Astfel, deținutul își îmbunătățește traiul în mediul de detenție, dar mai ales pe cel de după ieșirea din instituție, reinserția lui făcându-se în cele mai bune condiții. Reedificarea lui *homo economicus* presupunea folosirea pedepselor mai lungi pentru ca deținutul să interiorizeze comportamentul prosocial și să descopere gustul muncii cinstite.

Același principiu îl regăsim și în modelul lui Hanway, care propunea pe lângă muncă și utilizarea izolării. Acesta susținea folosirea instrumentului numit *reformatoriu* – instituție ce asigura pedepsirea și reeducarea individului prin muncă și izolare³. Și modelul de la Philadelphia are în centrul său aceeași idee – *munca obligatorie în ateliere, ocuparea permanentă a deținuților, finanțarea închisorii prin această muncă, dar și retribuirea individuală a prizonierilor pentru a li se asigura reintegrarea morală și materială în lumea economiei*⁴ – aceasta era cheia de boltă a resocializării.

Iată cât de actuale sunt unele principii promovate încă din secolele XVII-XVIII. Astăzi, la fel ca și atunci, accentul este pus pe încarcerarea individului cu comportament deviant, însă, spre deosebire de acea perioadă, au apărut noi metode de resocializare pe lângă încarcerarea și muncă, cum ar fi – activitățile artistice, educaționale sau chiar renunțarea la izolare, prin folosirea probațiunii.

¹Stephen Stanko, Wayne Gillespie, Jordon A. Crews, *Living in prison: a History of the Correctional System with an Insider's View*, 2004, Greenwood Publishing Group, p. 65

²În Vilan XIV, *Mémoire sur les moyens de corriger les malfaiteurs*, 1773, p. 64 (Michel Foucault, 2005, *A supraveghea și a pedepsi. Nașterea închisorii*, Editura Paralela 45, București, p. 156) constata că pedepsele constând în interdicția de ședere pronunțate în cazul cerșetorilor nu ating scopul vizat, pentru că statele doar își trimit unele altora supuși vrând să se debaraseze de ei și condamându-i, în ultimă instanță, la spânzurătoare. Soluția este obișnuirea acestuia cu munca pentru a se acționa astfel asupra cauzei și nu asupra efectului.

³J. Hanway, *The Defects of Police*, 1775, apud Michel Foucault, 2005, *A supraveghea și a pedepsi. Nașterea închisorii*, Editura Paralela 45, București, p.158

⁴G. De la Rochefoucauld-Liancourt, *Des prisons de Philadelphie*, 1776, p.9, apud Michel Foucault, 2005, *A supraveghea și a pedepsi. Nașterea închisorii*, Editura Paralela 45, București, p.159

Pentru a înțelege mai bine rolul muncii în resocializarea condamnatului, credem că este necesar să facem o scurtă prezentare a efectelor încarcerării. Goffman includea în cercetarea sa închisoarea în categoria instituțiilor totale, definind-o ca fiind acel loc *în care își desfășoară viața și activitatea un număr mare de indivizi cu statut similar, despărțiți de restul societății pentru o perioadă de timp apreciabilă și care duc împreună o viață strict delimitată, reglementată oficial de instituție*¹. Astfel, închisoarea are rol atât educativ cât și preventiv, izolând deținutul de restul societății.

Izolarea are un rol definitiv – pentru că, dacă plasezi împreună mai mulți indivizi, care au aceeași problemă, într-un mediu izolat și restrictiv se va naște o ordine socială unică², bazată pe două elemente: legitimitate și simțul datoriei. Dacă aceste două sentimente vor fi regăsite la nivelul deținuților ordinea din incinta închisorii va fi una aproape perfectă. Așadar pentru ca munca să contribuie la resocializarea deținuților e necesară dezvoltarea simțului datoriei de a munci (dragostea față de muncă), însă rolul acestei activități trebuie înțeles, interiorizat ca în acest fel activitatea lucrativă să fie legitimă.

Trebuie să menționăm că prima și cea mai importantă suferință a încarcerării este privarea de libertate. Ea se resimte pe mai multe planuri – pe plan fizic, și în subsidiar pe plan emoțional (captivii fiind lipsiți de relațiile de suport emoțional). Aceste implicații, determină principala motivație a deținuților de a se încadra în muncă în cadrul penitenciarului, în primul rând, pentru a-și reduce pedeapsa și a ieși cât mai repede. Deci, de cele mai multe ori munca este percepută de deținuți, drept o pârghie pentru liberarea condiționată, rolul ei în resocializare fiind minimizat în acest mod.

Vrem să evidențiem că rolul cel mai important al muncii în contextul încarcerării este evitarea fenomenului de *deculturație*³. Potrivit acestei teorii, după o ședere îndelungată în închisoare are loc o dezvățare care îl face pe individ temporar incapabil să se descurce în viața cotidiană după liberare. În acest context munca este liantul deținutului cu lumea exterioară, el pregătindu-se pentru viața de afară. Dacă individul va înțelege semnificația activității lucrativă pe care o prestează, va fi evitat acest fenomen de deculturație.

Știm că încarcerarea are atât efecte negative cât și pozitive. În sensul identificării avantajelor pozitive, Bondenson a efectuat un studiu (1989) prin care a reliefat principalele efecte pozitive ale încarcerării în viziunea deținuților. Acestea au fost: oferirea liberă a unui tratament medical și stomatologic, organizarea exercițiilor fizice și calificarea profesională. În ceea ce privește calificarea există studii (Brink și Larsson apud Bendeson) care arată că doar 12% din tinerii care urmează un curs de calificare în detenție rămân să lucreze în acel domeniu și după liberare. Așadar, munca trebuie împletită cu calificarea contribuind foarte mult la reintegrarea postliberatorie a deținuților.

Trebuie să menționăm că rezultatul utilizării muncii în procesul de resocializare este influențat de numeroși factori externi, ce deseori sunt pierduți din vedere, cum ar fi factorul cultural, sau nivelul economic al țării unde se află penitenciarul, dar mai ales nivelul educației al individului supus la resocializare.

b. Munca între antiteze

A. Obligație sau Privilegiu?

Munca în închisoare are un statut ambivalent în penitenciarele de astăzi⁴. Cu o nota destul de amplificată de obligativitate pentru prizonierii condamnați, dar nu și pentru persoanele reținute sau arestate, pare să fie o parte a pedepsei închisorii. Cu toate acestea, standardul internațional acceptat

¹Goffman, 1961/2004, *Aziluri*, Editura Polirom, Iași,, p.11

²La această concluzie a ajuns Sykes (1958/1974) după ce a studiat timp de 3 ani o închisoare de maximă siguranță – Sykes, 1958/1974, p. 64

³Goffman, 1961/2004, *Aziluri*, Editura Polirom, Iași,, p.27

⁴Christopher Nuttall, *Crime and Criminal Justice in Europe*, 2000, Germany, Council of Europe Publishing, p.

general prevede că lipsirea de libertatea constituie unica și suficienta pedeapsă a încarcerării, iar acesta nu trebuie înăsprită sau făcută mai severă prin adăugarea altor forme de represiune.

În unele sisteme de drept, spre exemplu cel german, munca în închisoare este obligatorie, fiind considerată o excepție justificabilă de la interzicerea generală la muncă forțată, ținând cont de faptul că munca este privită ca un instrument prin care statul își îndeplinește obligația constituțională de a le oferi deținuților mijloace de a duce o viață lipsită de infracțiuni și socialmente responsabilă după eliberare.

Pe de altă parte, din cauza puținelor locuri de muncă disponibile, munca în închisoare pare să fie mai mult un privilegiu decât o pedeapsă și este de cele mai multe ori singura sursă de venit a prizonierilor. Oferirea de locuri de muncă în închisoare presupune un efort susținut pentru majoritatea statelor. Penitenciarele sunt situate în locații izolate și au o capacitate mică de a atrage capital pentru investiții. În unele țări există restricții privind intrarea de piață a produselor astfel obținute. Mai mult, forța de muncă din penitenciare este de cele mai multe ori necalificată, viitorii lucrători fiind slab educați, suferinzi de diverse dependențe, și în general nemotivați pentru a munci.

B. Mijloc de control sau de reabilitare?

Unele studii¹ enumeră munca printre acele elemente de bază care au drept finalitate obținerea și menținerea ordinii și disciplinei în închisoare. De multe ori deținuții sunt implicați într-o varietate de programe lucrative, chiar și de ordin administrativ (curățenie, bucătărie, etc.) în scopul de a fi ocupați cât mai mult timp posibil.

Mai mult decât mijloc de control, munca a fost folosită în istorie drept modalitate de degradare și alienare a ființei umane. Reamintim cu această ocazie Gulagurile sovietice, acele îngrozitoare lagăre de muncă în care deținuți considerați criminali politici sau dăunători sociali, munceau asemenea sclavilor la construcția de drumuri, canale, în industria lemnului sau în cea minieră. Și mai faimos este sloganul „*Arbeit mach frei*”², ce întâmpina prizonierii evrei la intrarea în lagărele de exterminare de la Auschwitz sau Dachau.

În Europa Centrală și Răsăriteană, munca în închisoare a constituit parte a economiei de stat, forța de muncă fiind ieftină, putând fi supusă la orice condiții și folosită acolo unde era necesar. Atunci când statul obține beneficii economice din munca deținuților, îngrijorător este gândul că, în aceste condiții este mai profitabil să menții indivizii în închisoare, decât să încerci reintegrarea acestora în societate.

Pe de altă parte, munca în închisoare este văzută ca aplicarea dreptului constituțional al persoanelor de a munci: penitenciarele trebuie deci să le ofere deținuților posibilitatea de a munci în mod util și de a primi o remunerație adecvată și proporțională cu munca depusă, prin acestea dezvoltându-se experiența lor în munca și facilitându-se reintegrarea lor în societate. Unele închisori din Suedia și Germania oferă salarii normale prizonierilor, aceștia putând astfel să își asume responsabilitatea pentru întreținerea familiilor lor sau pentru despăgubirea victimelor.

Până în anii 2000, majoritatea sistemelor execuțional-penale nu ofereau o remunerație substanțială pentru munca în închisoare. Excepția era dată de legislația austriacă care prevedea că suma primită de un deținut trebuie să fie în concordanță cu salariul minim pe economie. În general 75% din plata pentru muncă era reținut de sistemul penitenciar pentru întreținere și hrană, restul de 25% fiind lăsat prizonierilor pentru uz personal.

A fost statuat și faptul că doar munca remunerată corespunzător poate servi la resocializare, deoarece trebuie să îi ofere condamnatului aceeași experiență ca unui lucrător în libertate, și astfel să poată conștientiza valoarea muncii sale.

Deși munca din penitenciare are valențe antitetice, mai ales din perspectiva echilibrării intereselor statului cu nevoile reale ale condamnaților, caracterul reabilitant al acesteia trebuie să

¹ Chris Hale, Keith Hayward, AzriniWahidin, Emma Wincup, *Criminology*, Second Edition, Oxford University Press, 2009, page 603,

² „Munca eliberează!”, dicton parte a eticii protestante despre muncă

primeze. Este esențial ca persoanele deținute să conștientizeze faptul că munca nu este o pedeapsă, ci poate constitui drumul care îi va îndepărta de pe prăpastia infracționalității.

c. Munca în mediul carceral

Conform art. 10 alin. (3) din Pactul internațional privind Drepturile Civile și Politice, ”Regimul penitenciar va cuprinde un tratament al condamnaților având drept scop esențial ameliorarea lor și reabilitarea lor socială.” Pentru a se obține acest deziderat final al pedepsei, Principiile de bază pentru Tratamentul Prizonierilor punctează importanță vitală pe care activitățile cultural-educaționale, munca remunerată și implicarea comunității și instituțiilor statului o au în resocializarea prizonierilor.

Regulile standard pentru tratamentul prizonierilor elaborate de Națiunile Unite dezvoltă în articolul 71 un cadru normativ complex ce reglementează munca în penitenciare. Articolul debutează cu infirmarea laturii aflictive a muncii prestate de condamnat, restul alineatelor și articolelor 72-76 subliniind rolul reabilitant al activităților lucrative prestate în conformitate cu aptitudinile, vocația și dorința condamnatului. Alegerea de a munci sau nu, nu rămâne totuși la latitudinea prizonierului, alineatul 2 statuând faptul că ”Tuturor prizonierilor ce execută o pedeapsă li se va cere să muncească, în conformitate cu posibilitățile lor fizice și mentale, așa cum au fost evaluate de medicul locului de deținere.”

Obligativitatea muncii în penitenciare este o problemă sensibilă. Pactul Internațional privind Drepturile Civile și Politice interzice în art. 8 munca forțată, însă ca o excepție de la regulă prevede că orice fel de muncă sau serviciu prestat de o persoană legitim deținută sau aflată sub eliberare condiționată nu se va încadra în arealul interzis al muncii forțate sau obligatorii. Pe aceeași tematică, Organizația Internațională a Muncii, în Convenția privind Munca Forțată sau Obligatorie, statuează faptul că munca poate fi pretinsă de la deținuții care au fost condamnați legal de către o instanță, la pedepse precum munca în folosul comunității. Mai mult, munca și serviciile prestate sunt recomandate a se realiza sub supravegherea sau controlul autorităților publice, pentru ca persoanele condamnate să nu fie lăsate la dispoziția unor indivizi, companii sau asociații private.

În ceea ce privește reglementările europene privind munca în mediul carceral, observăm că punctul focal se menține pe latura educativă a muncii, aceasta fiind prezentată ca un element pozitiv al regimului penitenciar, folosirea muncii ca pedeapsă fiind expres interzisă. Posibilitatea de a munci trebuie oferită de autorități fără discriminare, în funcție de aptitudinile condamnatului, respectând regulile de protecție a muncii, zilele de odihnă și orele de lucru conform legislației naționale în vigoare. Spre deosebire de reglementările internaționale prezentate anterior, normele europene prevăd posibilitatea agenților privați de a contracta munca persoanelor deținute în cooperare cu administrația penitenciarului.

Înainte de reforma sistemului penitenciar românesc în conformitate cu standardele europene enunțate mai sus, Legea nr. 23/96 care guverna executarea pedepselor prevedea că regimul executării pedepsei închisorii se întemeiază pe obligația condamnaților de a presta o muncă utilă, dacă sunt apti pentru aceasta. Munca era considerată ”un element de necesitate inerentă oricărei pedepse și un factor hotărâtor în reeducarea și recuperarea socială a condamnaților¹”.

Conform Legii nr. 275/2006, în România se aplică 4 regimuri de prestare a muncii:

1. prestări servicii pentru agenți economici, persoane fizice sau persoane juridice, în interiorul sau exteriorul penitenciarului, care se realizează prin încheierea de contracte între penitenciar și agenții economici din diverse ramuri economice precum industria sau agricultura. Angajatorul asigură activitatea lucrativă, transportul condamnaților și al hranei acestora, dispozitivele și uneltele folosite în muncă, echipamentele de protecție a muncii;

¹Bălan Ana, Stănișor Emilian, Mincă Marinela, *Penologie*, București, Oscar Print, 2002, p. 121

2. în regie proprie, această activitate urmărind modernizarea și dotarea spațiului penitenciar cu facilitățile necesare, precum instalații electrice, sanitare, obiecte de mobilier, secții de deținere, etc;

3. în interesul penitenciarului pentru activități cu caracter gospodăresc necesare penitenciarului, deținutii îndeplinind muncile desfășurate în mod curent în penitenciar (meccanic, tâmplar, ajutor contabil)

4. în folosul comunității, presupunând efectuarea de acte caritabile, precum construirea de cămine pentru bătrâni și copii, de locașuri de cult, și de ajutor în caz de calamități naturale;

Trebuie subliniat faptul că munca în interesul locului de deținere nu se remunerează, iar munca în folosul comunității se prestează în mod gratuit. Dacă munca depusă în cadrul celorlalte două regimuri este aducătoare de venituri, conform art. 62 alin. (1) acestea sunt încasate de către administrația penitenciarului și repartizate în proporție de 40% persoanei condamnate, din care 75% revin utilizării zilnice, iar 25% se consemnează pe numele deținutului, urmând să fie încasate, cu dobânda aferentă, la eliberare, iar 60% din venituri revin Administrației Naționale a Penitenciarelor, constituind venituri proprii care se încasează, se contabilizează și se utilizează potrivit dispozițiilor legale privind finanțele publice.

Activitatea lucrativă din mediul penitenciar se diferențiază și în funcție de regimul de executare la care este supus condamnatul. Comisia de selecționare a condamnaților pentru muncă își bazează aprecierile în funcție regimul penitenciar, gradul de periculozitate, categoria penală, calificarea, opțiunea și aptitudinile condamnatului, nevoile penitenciarului.

În cadrul regimului de maximă siguranță, repartizarea în muncă se face numai în interiorul spațiului penitenciar. Deoarece gradul de periculozitate al acestor deținuți este sporit, aceștia pot munci doar în ateliere și fabrici create special în acest scop. Condamnații pot să își asume roluri multiple, de la simplul muncitor, până la funcții cu un grad ridicat de responsabilitate precum este cea de șef de echipă. Ca aspecte negative s-au remarcat în doctrină¹, o diferențiere relativ slabă a muncilor disponibile și posibilitatea redusă de schimbare a locului de muncă.

Spre deosebire de regimul penitenciar anterior, condamnații din cadrul regimului închis, pot lucra și în exteriorul penitenciarului, sub condiția ca aceștia să fie însoțiți de către o escortă militară înarmată. Pentru ca activitățile lucrativă să se desfășoare în siguranță, se organizează puncte de lucru. Zona în care condamnații urmează să își desfășoare munca este analizată sub aspectul stabilirii condițiilor de pază și crearea posibilităților de lucru. Faptul că deținuții nu mai sunt limitați la perimetrul penitenciarului aduce mai multe beneficii precum posibilitatea de a lua contact cu lumea exterioară și posibilitatea de a alege dintre mai multe activități lucrativă disponibile, în concordanță cu propriile aptitudini și preferințe.

În ceea ce privește condamnații de la regimurile semideschis și deschis, aceștia se bucură de o flexibilitate sporită a cadrului de muncă, care se manifestă prin posibilitatea lucrului fără supraveghere, în grupuri mici sau chiar individual.

Femeile, minorii și persoanele cu handicap beneficiază de protecție sporită, dată fiind natura specială a situației în care se află, de exemplu minorii nu vor presta munca în mediu toxic sau pe timp de noapte.

Indiferent de regimul de muncă, durata orelor de muncă nu poate depăși 8 ore pe zi – 40 ore pe săptămână și cu acordul persoanelor deținute maxim 10 ore pe zi – 50 de ore de săptămână. Dacă deținutul își dă acordul în scris, acesta poate lucra pe timp de noapte, dar nu mai mult de 7 ore pe zi – 35 de ore pe săptămână. Pentru femeile însărcinate, cele care au născut în perioada detenției și au în îngrijire copii în vârstă de până la 1 an, precum și pentru minori, regimul de muncă înglobează 6 ore pe zi – 30 de ore pe săptămână.

¹Chiș, Ioan, *Drept Execuțional Penal*, București, Editura Wolters Kluwer, 2009, p. 407

Stăruința în muncă nu rămâne nerăsplătită, condamnații obținând zile considerate ca executate, ce se deduc din pedeapsă în mod irevocabil, în funcție de numărul de zile muncite, după cum urmează: pentru munca remunerată, se consideră 5 zile executate pentru 4 zile de muncă; pentru munca neremunerată și programul de 10 ore, se consideră 4 zile executate pentru 3 zile de muncă; când activitatea se derulează pe timpul nopții și pentru elaborarea de lucrări științifice sau invenții, se consideră 3 zile executate pentru 2 zile de muncă; în cazul participării la cursuri de școlarizare, calificare, recalificare profesională, se consideră 30 de zile executate pentru absolvirea unui semestru și 15 zile executate pentru absolvirea unui curs; dispoziții speciale aplicându-se pentru minori.

Prin coroborarea reglementărilor internaționale în materie și cadrul normativ intern observăm că mediul lucrativ în spațiul penitenciar tinde să se apropie cât mai mult de condițiile existente în exterior, pe piața muncii. Eliberarea unui condamnat deja familiarizat cu regulile de protecție a muncii, cu respectarea unui program strict, care poate aprecia valoarea muncii sale și care își poate asuma responsabilități în acest sens, oferă garanții sporite împotriva recidivei. În același sens operează și oportunitatea unei continuități în viața lucrativă a deținutului. Atunci când viața familială și socială îi sunt restrânse, aceasta constituie, în opinia noastră, un factor de maximă importanță atât în adaptarea la mediu penitenciar, cât și în resocializare, deoarece condamnatul poate găsi în muncă o constantă a vieții sale, un punct de sprijin și referință.

Conform unor studii realizate în 2006, cea mai mare dificultate întâmpinată în perioada post-eliberare este găsirea unui loc de muncă. Opinem că politica de resocializare trebuie continuată și după ieșirea din penitenciar, prin realizarea de programe care să acopere aspecte considerate fundamentale pentru incluziunea socială precum asigurarea unei locuințe și a unui loc de muncă. Crearea unui grup de lucru pentru facilitarea încadrării în muncă a persoanelor condamnate penal din care să facă parte și potențiali angajatori constituie una dintre țintele proiectului PHARE - „Advocacy pentru încadrarea în muncă a persoanelor care au fost condamnate penal”. Considerăm că astfel de proiecte, care au drept scop asigurarea de șanse egale în procesul de încadrare în muncă pentru persoanele care au fost condamnate penal și care caută oportunități de a se integra în societate, ar trebui să devină prioritare în politica penală a statului român.

d. Efectele muncii asupra resocializării și atitudinea deținuților asupra muncii

În momentul în care se recurge la utilizarea muncii în penitenciare principalele efecte vizate sunt: deprinderea deținuților cu anumite activități lucrative, motivarea financiară a acestuia și pregătirea lui pentru reinsertia în societate. În ce măsură rezultatele vizate sunt atinse și care este atitudinea deținuților față de muncă, vom vedea în cele ce urmează.

Toate teoriile pe care le-am expus mai sus trebuie înțelese în acord cu situația socio-economică a României, pentru că aceasta se răsfrânge chiar și asupra mediului carceral. Astfel, se poate observa că multe din persoanele, care au un comportament deviant, sancționat cu pedepse privative de libertate, nu aveau un loc de muncă stabil. Astfel, este foarte importantă înțelegerea experienței de lucru anterioară a deținuților. În acest sens, se disting două situații: prima, în care deținutul nu are calificarea sau pregătirea necesară pentru ocuparea unui loc de muncă și alta în care deținutul avea un loc de muncă stabil anterior intrării în detenție¹.

În cazul celei de-a doua categorii nu apar probleme deoarece rolul muncii este rezumat numai la accelerarea trecerii timpului și obținerea unei remunerații financiare. În general persoanele care au avut un loc de muncă înainte de a intra în penitenciar nu au probleme financiare, deci preponderent se va regăsi la aceștia numai nevoia de a petrece timpul în alt fel în mediul carceral, sau de a reuși o eventuală reducere a pedepsei. În cazul acestora munca nu se mai impune. Totuși există și excepții în cadrul acestei categorii, excepții ce pot fi încadrate în cea de-a doua categorie, unde rolul muncii în resocializare poate atinge dimensiuni mult mai mari.

¹Durnescu, Ioan. 2009, *Asistență socială în penitenciar*, București - p.111-112

Cea de-a doua categorie, este caracterizată de o amprentă majoră pe care o poate avea munca asupra resocializării. Astfel, deținuții care nu au calificarea sau pregătirea necesară pentru ocuparea unui loc de muncă și nici nu aveau un loc de muncă stabil anterior momentului supunerii la executarea pedepsei privative de libertate, pot fi corijați foarte mult prin supunerea acestora la activități lucrativă în mediul carceral. Rolul muncii în procesul resocializării, în cazul acestora, este unul grăitor, mai ales datorită impactului pe care munca poate să-l aibă asupra valorilor și comportamentului deținutului.

Trebuie să menționăm că, în viziunea noastră, munca ar trebui să întrunească anumite condiții pentru a contribui la resocializarea deținutului. În acest sens menționăm: pregătirea teoretică prealabilă pentru activitatea lucrativă (formarea profesională), înțelegerea activității prestate, accesul la produsul realizat, recompensele financiare, laudele superiorilor, creativitatea activităților desfășurate și nu în ultimul rând, adaptarea muncii în funcție de cultura și de mediul de proveniență al deținutului¹. Numai întrunind aceste condiții munca își va pune cu adevărat amprenta asupra resocializării și nu va rămâne numai un deziderat.

O cercetare efectuată de prof. Gheorghe Florian² în cadrul întreprinderilor speciale, ce utilizau ca forță de muncă deținuții, a arătat că premisele reținute de noi mai sus nu se regăsesc la nivelul muncii prestate în penitenciarele vizate. Profesorul a realizat în 1996 un studiu la două întreprinderi de mobilă – Mărgineni și Gherla. Concluziile acestui studiu au pus în lumină atitudinea deținuților față de munca prestată, atitudine caracterizată de numeroase aspecte, ce le vom creiona în cele ce urmează.

În primul rând, la aproape toți deținuții se remarcă o înțelegere limitată, chiar o adversitate față de muncă. Acest lucru este rezultatul bagajului educațional și cultural, dar și al naturii muncii pe care deținuții o prestează - stipulată prin lege ca obligație și ca principal mijloc de reeducare. Deținuții sunt supuși la un program foarte riguros de la care nu se pot abate, iar munca este un factor ce amplifică, în acest context strictețea programului. Astfel, majoritatea deținuților nu găsesc în muncă un refugiu, pentru că această activitatea este la fel de limitativă ca și viața din mediul închis.

În primă fază, datorită nevoii de activitate și în scopul compensării frustrărilor resimțite în penitenciar, deținuții doresc să fie încadrați în muncă, însă odată ce iau contact cu rigorile muncii adoptă o conduită limitată sau chiar de sustragere de la activitățile productive. Foarte grav este că mulți dintre deținuții nu conștientizează că practică efectiv o meserie, considerând-o ca o simplă ocupație, fiindu-le indiferent unde și cum lucrează. Ei se raportează la muncă nu prin intermediul funcționalității sale, ci prin câștigurile și facilitățile ce pot fi obținute: obținerea remunerației, obținerea recompenselor prevăzute de regulament, câștigul de zile cu care reduce pedeapsa, și nu în ultimul rând mărirea șanselor de liberare condiționată. Deci rolul muncii în resocializare este unul aproape inexistent. În plus, munca fiind privită în mod negativ la nivelul grupului de deținuți, aceștia pentru a se încadra în standardele *in-group-ului*, nu se vor încadra în muncă³.

Interesul în muncă poate fi explicat prin două mecanisme: nevoi materiale și sentimentul de autorealizare prin muncă. Astfel, pentru ca munca să influențeze resocializarea trebuie avut în vedere faptul că performanța și creativitatea sunt dependente de nivelul satisfacerii nevoilor fiziologice și a celor de securitate și că neglijarea factorului uman duce chiar la explozii ale personalității (de

¹În acest sens, este și declarația unui deținut consemnat în cercetarea realizată de Eugen Istodor în penitenciarul de la Jilava - *Unii stau cu mâinile în sân, alții modelează din te miri ce obiecte: icoane, bărcuțe, cruci, cutii traforate. ...spre a pierde timpul. Spre a câștiga bani. Spre a primi aprecierile vreunui șef sau pentru vreun protocol al dorectorilor. Obiecte bune să fie gata de Crăciun, de Paște, de vreo zi a iubitei. Semn că tu, pușcăriaș, indiferent de pedeapsă, dai respect la mamă, iubită, bunică. După ce le-ai nenorocit viața.* – Eugen Istodor, *Viețășii de pe Rahova. Din mărturiile unor condamnați condamnați pe viață*, 2008, Editura Polirom, București.

²Gheorghe Florian, *Psihologie penitenciară – studii și cercetări*, 2001, Editura Oscar Print, București, pp. 196-203

³Pentru o detaliere a statuturilor și rolurilor în lumea areștaților, a se vedea, Bruno Ștefan, 2006, *Mediul penitenciar românesc*, Institutul European, București, pp.189-194.

exemplu lovirea unor șefi). Așadar, munca standardizată nu are niciun efect asupra resocializării, ci doar amplifică angoasa și revolta deținuților împotriva regimului de detenție.

La polul opus se află munca artistică. În penitenciarele din România au început să câștige teren aceste activități, iar rezultatele sunt cele vizate. În primul rând, deținuții pun foarte multă pasiune în munca prestată, crescând stima de sine și sentimentul că sunt utili pentru societate, iar pe de cealaltă parte ei învață să întreprindă o anumită activitatea, din care se vor putea întreține și după ieșirea din închisoare. Sunt încurajate în acest sens pictura, sculptura, cusutul, brodatul, chiar și activități precum teatrul. Atitudinea condamnaților este una pozitivă față de munca întreprinsă, dar cel mai important, această muncă artistică este o formă de reeducare a indivizilor, ce duce la schimbarea valorilor interiorizate. Așadar, munca artistică este un factor-cheie în resocializarea deținuților.

3. Concluzii

Având în vedere toate aspectele expuse mai sus, considerăm că munca poate avea un rol decisiv în resocializarea deținuților dacă reglementările în materie sunt aplicate corespunzător.

Pentru ca munca să atingă efectul scontat, deținuții ar trebui implicați în activități mai libere, care să implice mai multă creativitate. În plus, decisivă este și asigurarea unei pregătiri prealabile pentru efectuarea unei anumite activități. Ca în oricare alt domeniu, resursa umană ce contribuie prin munca sa la realizarea unui anumit produs trebuie motivată pentru a da randament maxim. O muncă creativă este singura ce face ca timpul să treacă mai repede, iar acest aspect este foarte apreciat de deținuți¹. În acest sens, recomandăm ca deținuții să fie nu numai formați în prealabil, dar și informați cu privire la consecințele benefice ale activității lor.

Un alt factor important ar fi și accesul la produsul realizat. Numeroase cercetări au arătat că persoanele care au acces la produsul pe care îl realizează dau un randament mult mai bun în munca pe care o întreprind². Și domeniul în care sunt încadrați este relevant deoarece este necesar ca acesta să fie unul cât mai accesibil după liberare. Deținuții trebuie pregătiți și încadrați într-o profesie ce i-ar putea ajuta să-și asigure un trai decent, astfel riscul de recidivă fiind minimizat³.

Vrem să atragem atenția că accentul nu trebuie să cadă numai pe remunerația financiară și pe reducerea pedepsei. Activitatea lucrativă trebuie să genereze mai întâi de toate o ridicare a nivelului stimei de sine. Deținuții trebuie să se simtă utili, atât în penitenciar, dar mai ales în societate, pentru ca astfel, să fie resocializați și să nu recidiveze.

Trebuie să nu uităm că rolul privării de libertate nu este numai acela de a pedepsi, ci mai ales de a-l resocializa pe deținut. Astfel, munca nu trebuie resimțită de deținut ca o pedeapsă⁴, ci ca pe o modalitate de îndreptare a comportamentului său atât de dăunător societății. Rolul punitiv îi revine încarcerării. Deci, deținutul nu mai trebuie pedepsit și prin muncă, ci aceasta trebuie să devină motorul dorinței de a se schimba și de a începe o viață nouă în momentul recăpătării libertății.

¹În acest sens este relevantă afirmația deținutului Băbuș consemnată în cartea lui Eugen Istodor - *Întotdeauna mi-a plăcut să fac ceva care să fie făcut. Îmi trece și mie timpul, dar nu neglijez nici partea ailaltă, mai și câștig...să-ți faci pușcăria cât mai ușoară. Da, că pâi nu am timp să mă mai gândesc. Gândurile te îmbolnăvesc de ficat, de plămâni și-ți termină capul. Da, cine gândește se îmbolnăvește...dacă stai și te gândești: ce-am făcut? Ce fac ăia? Ce fac ailalți? Asta te termină. Așa n-am timp să mă gândesc că stau și pictez.*- Eugen Istodor, *Viețășii de Rahova*. Din mărturiile unor condamnați condamnați pe viață, 2008, Editura Polirom, București, p.62; și declarația lui Bărcilă surprinde aceeași idee - *Acum fac cruce. Și coșuleț traforat pot. Inele, cruciulițe, casete. Ca să nu mă plictisesc, să-mi ocup timpul*, *Ibidem*, p.63

²A se vedea în acest sens, lucrările marelui industrialist Henry Ford: Ford, Henry; Crowther, Samuel (1922), *My Life and Work*, Garden City, New York, USA: Garden City Publishing Company; Ford, Henry; Crowther, Samuel (1926), *Today and Tomorrow*. Garden City, New York, USA: Doubleday, Page & Company; Ford, Henry; Crowther, Samuel (1930), *Moving Forward*. Garden City, New York, USA: Doubleday, Doran & Company, Ford, Henry; Crowther, Samuel (1930), *Edison as I Know Him*. New York: Cosmopolitan Book Corporation

³ShaddMaruna, *Making Good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*, American Psychological Association, Portland, 2001, p.217

⁴*Ibidem*, p. 128

Așa cum reiese din cercetarea prof. Florian expusă mai sus, deținuții acceptă integrarea în muncă numai pentru a obține anumite avantaje cu privire la executarea pedepsei. Însă resocializarea are drept principal scop pregătirea pentru reinserția în societate, deci nu micșorarea pedepsei sau obținerea unor avantaje materiale. Folosită în această manieră, munca nu își mai atinge scopul de a resocializa individul, din contră el nu vede în aceasta decât un mijloc de adaptarea la mediul carceral. Deci, munca trebuie să îl reeduce pe deținut, ea nu trebuie percepută numai ca activitatea propriu-zisă, ci ca valoare de bază, la care deținut liberat să-și raporteze noua existență.

În concluzie, pentru ca activitățile lucrative din penitenciar să aibă rezultatele scontate, este necesar ca activitatea lucrativă propriu-zisă și pregătirea prealabilă să se întrepătrundă ca astfel deținutul să interiorizeze cât mai bine dragostea față de muncă, dar să îl și pregătească pentru o eventuală meserie pe care să o îmbrățișeze la părăsirea instituției. Educația și formarea profesională reprezintă aspecte ce nu trebuie neglijate, o parte semnificativă din prizonieri având o educație precară. Aceștia, chiar dacă ar manifesta interes față de activitățile lucrative nu ar putea să le presteze datorită lipsei de cunoștințe adecvate. Remarcăm programul derulat de Uniunea Europeană în acest sens, denumit „Inițiativă pentru angajare”, ce presupunea cooperare între administrația închisorilor și organizații comunitare de lucru în scopul de a dezvolta cursuri în închisori, dublate de posibilitatea de angajare după eliberare, îmbunătățind astfel șansele prizonierilor de a găsi de lucru după eliberare. Demararea de către Administrația Națională a Penitenciarelor a programului ”Strategia de ocupare și calificare prin învățare și activități pentru libertate” ni se pare mai mult decât oportună. Dimensiunea inovatoare a proiectului este dată de înființarea unor cooperative sociale care să ofere persoanelor private de libertate posibilitatea de a dezvolta activități ocupaționale generatoare de venituri. Deci, pentru un efect maxim activitatea educațională și cea lucrativă trebuie să fie complementare, pentru ca teoria și practica să facă din deținut un om nou, pregătit pentru viața de afară.

Considerăm, că tema resocializării prin muncă este una de interes foarte mare pentru societatea noastră, având în vedere rata infraționalității înregistrate. În acest sens, lucrări vizând problema resocializării sunt bine-venite și de ce nu, pot propune adevărate soluții pentru politicile penale implementate la noi în țară. Perioada în care trăim are o dinamică extraordinară, iar metodele de resocializare trebuie să țină pasul atât cu schimbarea deținuților dar și a societății în care aceștia se doresc a fi reintegrați. Trebuie reorientată discuțiilor asupra pedepselor. Trebuie acționat asupra cauzei comportamentului deviant și nu asupra efectului acestuia, pentru că numai resocializând infractorii vom putea trăi într-o lume mai sigură. Așadar, încurajăm efectuarea de cercetări juridice dar mai ales sociologice cu privire la resocializarea prin muncă.

Nu trebuie minimizezate avantajele acestei metode de resocializare. Ambele părți implicate în procesul resocializării – atât deținutul cât și penitenciarul ar avea de câștigat din urma activității lucrative și implicit vor apărea rezultate și la nivelul societății, scăzând nivelul recidivei și a infraționalității.

Referințe bibliografice:

- Andersen Margaret L., F. Taylor, Howard, *Sociology: The Essentials*, Seventh Edition, Wadsworth, Cengage Learning, 2012
- Bălan Ana, Stănișor Emilian, Mincă Marinela, *Penologie*, Editura Oscar Print, București, 2002
- Bondenson U., *Prisoners in prison societies*, 1989, Transaction Publisher, New Brunswick, New Jersey
- Bruno Ștefan, *Mediul penitenciar românesc*, Editura Institutul European, București, 2006
- Chiș Ioan, *Drept Execuțional Penal*, Editura Wolters Kluwer, București, 2009
- Cline H., *The determinants of normative patterns in correctionals institutions*, lucrare de doctorat Harvard University, 1966
- Durnescu Ioan, *Asistența socială în penitenciare*, Editura Polirom, Iași, 2009

- Florian Gheorghe., *Psihologie penitenciară – studii și cercetări*, Editura Oscar Print, București, 2001
- Ford Henry, Crowther Samuel, *My Life and Work*, Garden City Publishing Company, New York, USA, 1922
- Ford Henry, Crowther Samuel, *Today and Tomorrow*, Garden City, Doubleday, Page & Company, New York, USA, 1926
- Ford Henry, Crowther Samuel, *Moving Forward*, Doubleday, Doran & Company, New York, USA, 1930
- Ford Henry, Crowther Samuel, *Edison as I Know Him*, Cosmopolitan Book Corporation, New York, 1930
- Foucault Michel, *A supraveghea și a pedepsi. Nașterea închisorii*, Editura Paralela 45, București, 2005
- Goffman E., *Aziluri. Eseuri despre situația socială a pacienților psihiatrici și a altor categorii de persoane instituționalizate*, Polirom, Iași, 1964/2004
- Hale Chris, Hayward Keith, Wahidin Azrini, Wincup Emma, *Criminology*, Second Edition, Oxford University Press, 2009
- Istodor Eugen, *Viețășii de pe Rahova. Din mărturiile unor condamnați condamnați pe viață*, Editura Polirom, București, 2008
- Jiang S., Winfree L. T., *Social support, gender, inmate adjustment to prison life*, The prison jurnal, vol. 86, nr.1, Sage, 2006
- Nuttall Christopher, *Crime and Criminal Justice in Europe*, Germany, Council of Europe Publishing, 2000
- Stanko Stephen, Gillespie Wayne, A. Crews, Jordon, *Living in prison: a History of the Correctional System with an Insider's View*, Greenwood Publishing Group, 2004
- Maruna Shadd, *Making Good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*, American Psychological Association, Portland, 2007
- Sykes G. M., *The society of captives*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1958/1974
- Wheeler E.; Porporino E. J., *Socialization in correctional communities*, ASR, nr. 26, 1961, pp. 697-712.

AREST LA DOMICILIU

IORDACHESCU Oana
KIRLI Livia¹

Abstract

Arestul la domiciliu este o modalitatea a arestării preventive, dar este o măsură procesuala de constrângere mai puțin severă ca arestarea preventivă.

Această măsură preventivă va intra în vigoare la 1 februarie 2014 în noul cod de procedură penală. Aceasta este doar una din noutățile pe care le aduce noul proiect al codului de procedură penală. Este o măsură intermediară între arest și libertate sub control judiciar, nu se acordă celor care au fost acuzați de evadare sau de infracțiuni comise asupra unui membru al familiei. Pe durata arestului la domiciliu, suspectii nu au voie să ia legătura cu victimele, dar mai ales, nu au voie să iasă din locuință. Orice încercare de a părăsi locuința va declanșa sistemul de monitorizare electronică dotat cu GPS, iar acest sistem va fi pus în legătură cu niște bratari electronice care nu vor putea fi desfacute, acestea vor arăta unde se află suspectul secundă cu secundă. Noua măsură preventivă avantajează atât suspectii cât și statul. Pe de o parte, de vreme ce împotriva inculpatului a fost declansată cercetarea penală, macar dispune de o oarecare libertate de mișcare și, mai ales, nu mai intră în contact cu starea de detenție, înainte de a fi condamnat definitiv pentru o presupusă infracțiune. Pe de altă parte, statul înregistrează importante economii, deoarece nu va mai suporta cheltuielile detinerii în stare de arest preventiv, singurul efort financiar fiind acela al costului bratarilor electronice și monitorizării.

Luarea măsurii arestului la domiciliu se va face de către judecătorul de drepturi și libertăți, procurorul înaintează judecătorului propunerea de arestare la domiciliu împreună cu dosarul cauzei, iar cel din urmă va fixa termenul de soluționare în camera de consiliu în termen de 24 de ore de la înregistrarea propunerii și va dispune citarea inculpatului. Judecătorul de drepturi și libertăți îl audiază pe inculpat atunci când acesta este prezent, iar dacă nu este prezent aceasta nu îl împiedică pe judecător să soluționeze propunerea înaintată de procuror. Una din regulile de desfășurare a procesului penal ca și în alte state unde este reglementată această măsură preventivă este aceea ca asistenta juridică a inculpatului cât și participarea procurorului sunt obligatorii.

Măsura arestului la domiciliu constă în obligația impusă inculpatului, pe o perioadă determinată de a nu părăsi imobilul unde locuiește, fără permisiunea organului judiciar care a dispus măsura sau în fața căruia se află cauza și de a se supune unor restricții stabilite de acesta. (art.221 CPP). Noul Cod de procedură penală stabilește că în cursul urmăririi penale, durata arestului la domiciliu nu poate depăși 30 de zile, afara de cazul când ea este prelungită în condițiile legii. Pe durata arestului la domiciliu, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de camera 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 camera 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. În cazul în care inculpatul încălca cu rea-credință măsura arestului la domiciliu sau obligațiile care îi revin ori există suspiciunea că a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune pentru care s-a dispus punerea în mișcare a*

¹ Studenți, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: iordachescu_oana@yahoo.com, livia_kirli@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. drd. Radu Slavoiu (raduslavoiu@yahoo.ro).

actiunii penale impotriva sa, judecatorul sau instanta de judecata, la cererea motivata a procurorului sau din oficiu, poate dispune inlocuirea arestului la domiciliu cu masura arestarii preventive.

Arestarea la domiciliu constă în izolarea învinutului de societate în locuința acestuia, cu stabilirea anumitor restricții. Aceasta se aplică persoanelor învinuite de comiterea unor infracțiuni ușoare, mai puțin grave sau grave, precum și a infracțiunilor din imprudență.

Față de persoanele care au depășit vârsta de 60 de ani, persoanele invalide de grupa întâi, femeile gravide, femeile care au în întreținere copii în vârstă de până la 8 ani, arestul la domiciliu poate fi aplicat și în cazul învinuirii de comiterea unei infracțiuni deosebit de grave. Termenul, modul de aplicare, de prelungire a duratei și de atac al arestării la domiciliu sunt similare celor aplicate la arestarea preventivă.

De asemenea, arestul la domiciliu operează în multe state europene, iar în curând va opera și în România. Considerăm ca acest mod de privare de libertate va fi unul benefic pentru statul nostru pentru ca în afara de bratară care se va afla la mână sau la picior statul nu va mai avea alte cheltuieli.

Cuvinte cheie: judecatorul de drepturi și libertate, GPS, inculpat, bratari, privare de libertate.

Introducere

Arestul la domiciliu a fost folosit încă din antichitate ca o alternativă la pedeapsa cu închisoarea, de multe ori impusă de oameni care erau prea puternici sau prea influenți ca să fie plasați într-o închisoare. În cazul unor conducători ereditari, lideri religioși și figuri politice pedeapsa cu închisoarea ar fi putut stimula o revoltă de loialisti, motiv pentru care statul s-a orientat către o pedeapsă prin care libertatea lor de mișcare a fost restrânsă la propriile lor case în care ar fi putut trăi confortabil și în siguranță dar fără nici o influență.

Dispozițiile proiectului noului Cod de procedură penală urmăresc să răspundă unor cerințe actuale, precum accelerarea duratei procedurilor penale, simplificarea acestora și crearea unei jurisprudențe unitare, în acord cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

În Codul de procedură penală în vigoare, sunt reglementate următoarele măsuri restrictive de libertate: obligarea de a nu părăsi localitatea, obligarea de a nu părăsi țara, libertatea provizorie sub control judiciar sau pe cautiune și următoarele măsuri preventive privative de libertate: reținerea și arestarea preventivă a învinutului sau inculpatului.

Ca noutate absolută pentru legislația procesual penală românească, se propune reglementarea unei noi măsuri preventive, respectiv arestul la domiciliu după modelul Codului de procedură penală italian, urmărindu-se prin introducerea acestei instituții, largirea posibilităților de individualizare a măsurilor preventive.

Conformitatea comportamentului uman cu cerințele normelor sociale naște ordinea socială necesară supraviețuirii grupurilor sociale. Normele juridice în totalitatea lor și prin efectele ce le produc, stabilesc ordinea juridică, ordine care este una din componentele însemnate ale ordinii sociale.

Ordinea publică este starea de legalitate, de echilibru și pace socială prin care se asigură liniștea publică, salvagardarea sentimentului de siguranță a persoanei, a colectivităților, sănătatea și morală publică a carei menținere se realizează prin măsuri de constrângere specifice statului.

Luarea măsurii de arest la domiciliu se dispune când ordinea publică este efectiv amenințată. Gradul de pericol social constituie un criteriu principal în diferențierea infracțiunii față de contravenție sau abatere. În înțelesul legii penale constituie fapta care prezintă pericol social orice acțiune sau inacțiune prin care se aduce atingere suveranității, independenței, unității și libertăților

statului, persoanelor, drepturilor și libertăților acestuia, proprietății precum și întregii ordini de drept și pentru care este necesară aplicarea unei sancțiuni.

Aprecierea generică o face legiuitorul atunci când stabilește faptele care se încadrează într-o anumită categorie de infracțiuni și când fixează limite legale ale pedepselor pentru fiecare infracțiune în parte. Aprecierea în concret a gradului de pericol revine organului de urmărire penală sau după caz instanței de judecată.

În acest caz, se ține seama de modurile și mijloacele de săvârșire a faptei, de scopul urmărit, de împrejurările în care fapta a fost comisă, de urmarea produsă sau care s-ar fi putut produce, precum și de persoana și conduita faptuitorului.

În cazul în care instanța constată că fapta nu prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni, aplică una din sancțiunile administrative prevăzute de lege: mustrare, mustrare cu avertisment, amenda administrativă.

Conținut propriu-zis

Măsura arestului la domiciliu constă în obligația impusă inculpatului, pe o perioadă determinată, de a nu părăsi imobilul unde locuiește fără permisiunea organului judiciar care a dispus măsura sau în fața căruia se află cauza și de a se supune unor restricții stabilite de aceasta.

Potrivit articolului 218 din Noul Cod de procedură penală arestul la domiciliu se dispune de către judecătorul de drepturi și libertăți, de către judecătorul de camera preliminară sau de către instanța de judecată.

Măsura arestului la domiciliu se ia ținându-se seama de gradul de pericol al infracțiunii, de scopul urmărit, de sănătatea, vârsta, situația familială și alte împrejurări privind persoana față de care se ia măsura. Măsura nu poate fi dispusă cu privire la inculpatul față de care există suspiciunea rezonabilă că a săvârșit o infracțiune asupra unui membru al familiei și cu privire la inculpatul care a fost anterior condamnat definitiv pentru infracțiunea de evadare.

Judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța care i-ar reveni competența să judece cauza în prima instanță sau de la instanța corespunzătoare în gradul 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 de camera preliminară sau instanța de judecată în fața căreia se află cauza poate dispune, prin încheiere, arestul la domiciliu al inculpatului, la cererea motivată a procurorului sau din oficiu.

În concordanță cu articolul 202 din Noul Cod de procedură penală măsurile preventive pot 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 judecarea ori al prevenirii săvârșirii unei alte infracțiuni. Potrivit alin. (2) al aceluiași articol nicio măsură preventivă nu poate fi dispusă, confirmată, prelungită sau menținută dacă există o cauză care împiedică punerea în mișcare sau exercitarea acțiunii penale.

Prin natura sa, arestul la domiciliu se poate dispune numai față de persoanele care au o locuință, nu și în cazul inculpaților care nu au locuință și au săvârșit o infracțiune. Spre exemplu, nu poate fi arestat la domiciliu un vagabond (așa-numiții ”oameni ai străzilor”).

Măsura arestului la domiciliu poate fi dispusă și față de un inculpat minor în mod excepțional, numai dacă efectele pe care privarea de libertate le-ar avea asupra personalității și dezvoltării acestuia sunt benefice și nu apar ca disproporționate față de scopul urmărit prin luarea acestei măsuri.

Potrivit articolului 223, arestul la domiciliu se poate dispune atunci când:

a) inculpatul a fugit ori s-a ascuns, în scopul de a se sustrage de la urmărirea penală sau de la judecarea, ori a făcut pregătiri de orice natură pentru astfel de acte;

b) inculpatul incearca sa influenteze un alt participant la comiterea infractiunii, un martor, un expert sau sa distruga, sa altereze, sa ascunda ori sa sustraga mijloace materiale de proba sau sa determine o alta persoana sa aiba un astfel de comportament;

c) inculpatul exercita presiuni asupra persoanei vatamate sau incearca sa realizeze o intelegere frauduloasa cu aceasta;

d) exista suspiciunea rezonabila ca, dupa punerea in miscare a actiunii penale impotriva sa, inculpatul a savarsit cu intentie o noua infractiune sau pregateste savarsirea unei noi infractiuni;

e) din probe rezulta suspiciunea rezonabila ca inculpatul a savarsit o infractiune intentionata contra vietii, o infractiune prin care s-a cauzat vatamare corporala sau moartea unei persoane, o infractiune contra securitatii nationale prevazute de Codul penal si alte legi speciale, o infractiune de trafic de stupefiante, trafic de arme, trafic de persoane, acte de terorism, spalare a banilor, falsificare de monede si alte valori, santaj, viol, lipsire de libertate, evaziune fiscala, ultraj, ultraj judiciar, o infractiune de coruptie, o infractiune savarsita prin mijloace de comunicare electronica sau o alta infractiune pentru care legea prevede pedeapsa inchisorii de 5 ori mai mare si pe baza evaluarii gravitatii faptei, a modului si a circumstantelor de comitere a acesteia, a anturajului si a mediului din care aceasta provine, a antecedentelor penale si a altor imprejurari privitoare la persoana acestuia, se constata ca privarea sa de libertate este necesara pentru inlaturarea unei stari de pericol pentru ordinea publica

In cuprinsul incheierii prin care se dispune masura arestului la domiciliu sunt prevazute in mod expres obligatiile pe care inculpatul trebuie sa le respecte si se atrage atentia ca, in caz de incalcare cu rea-credinta a masurii sau a obligatiilor care ii revin, masura arestului la domiciliu poate fi inlocuita cu masura arestarii preventive.

La cerere scrisa si motivata a inculpatului, judecatorul de drepturi si libertati, judecatorul de camera preliminara sau instanta de judecata, prin incheiere, ii poate permite acestuia parasirea imobilului pentru prezentarea la locul de munca, la cursuri de invatamant sau de pregatire profesionala ori la alte activitati similare sau pentru procurarea mijloacelor esentiale de existenta, precum si in alte situatii temeinic justificate, pentru o perioada determinata de timp daca acest lucru este necesar pentru realizarea unor drepturi ori interese legitime ale inculpatului.

Institutia, organul sau autoritatea desemnate de organul judiciar care a dispus arestul la domiciliu verifica periodic respectarea masurii si a obligatiilor de catre inculpat, iar in cazul in care constata incalcare ale acestora sesizeaza de indata procurorul, in cursul urmaririi penale, judecatorul de camera preliminarra, in procedura de camera preliminara sau instanta de judecata in cursul judecatii.

Pentru supravegherea respectarii masurii arestului la domiciliu sau a obligatiilor impuse inculpatului pe durata acesteia, organul de politie poate patrunde in imobilul unde se executa masura, fara invoirea inculpatului sau a persoanelor care locuiesc impreuna cu acesta.

In cursul urmaririi penale durata arestului la domiciliu nu poate depasi 30 de zile afara de cazul in care ea este prelungita in conditiile legii. Arestul la domiciliu poate fi prelungit in cursul urmaririi penale numai in caz de necesitate, daca se mentin temeiurile care au determinat luarea masurii, fiecare prelungire neputand sa depaseasca 30 de zile. Durata maxima a masurii arestului la domiciliu in cursul urmaririi penale este de 180 de zile.

În cursul judecării, arestul la domiciliu încetează atunci când:

- instanța nu a verificat temeinicia și legalitatea măsurii la un interval de cel mult 60 de zile;
- instanta de judecata pronunta o hotarare de achitare, de incetare a procesului penal, de renuntare la aplicarea pedepsei, de amanare a aplicarii pedepsei ori de suspendare a executarii pedepsei sub supraveghere, chiar nedefinitiva;
- la data ramanerii definitive a hotararii prin care s-a dispus condamnarea inculpatului.

Aspecte de drept comparat

În Italia arestul la domiciliu este o practica comuna de retinere a inculpatilor, alternativă la detentia într-un centru de corectie sau pentru cei care a caror stare de sanatate nu le permite sa stea într-o institutie de corectie, cu exceptia unor cazuri particulare de persoane extrem de periculoase. Conform articolului 284 din Codul de procedura penala italian, arestarile la domiciliu sunt impuse de catre un judecator care hotaraste ca persoana care a savarsit o anumita infractiune sa stea inchis in casa lui, resedinta, proprietate privata, sau orice alt loc de vindecare sau de asistenta. Atunci cand este necesar judecatorul poate interzice de asemenea, orice contact intre subiect si orice alta persoana decat cei care coabiteaza cu el sau care il asista. In cazul in care subiectul este in imposibilitatea de a avea grija de el sau daca se afla in conditii de saracie absoluta, judecatorul ii poate sa permita sa paraseasca locul unde isi ispaseste pedeapsa pentru timpul strict necesar pentru a avea grija de nevoile sale sau pentru a se merge la un loc de munca astfel încât să-și asigure existenta. Organele de urmarire penala pot verifica in orice moment daca persoana aflata in arest la domiciliu respecta toate regulile deoarece nu trebuie uitat ca persoana respectiva este asimilatã celor in stare de detentie, incalcarea termenilor arestului la domiciliu fiind imediat urmate de transferul într-o unitate de corectie.

De asemenea, in Canada, conditiile tipice pentru persoanele care se afla in arest la domiciliu sunt: sa informeze un supraveghetor, sa lucreze sau sa se duca la scoala, acestea fiind in functie de cazul fiecarei persoane condamnate, sa se abtina de la alcool si droguri, sa nu posede arme, sa presteze munca in folosul comunitatii si sa participe la un program de tratament. Si in Canada, arestul la domiciliu se va aplica in cazul persoanelor care au savarsit infractiuni care nu prezinta un grad de pericol social ridicat si prin urmare nici infractorul nu este considerat un pericol deosebit pentru societate.

In Suedia, de asemenea este reglementat arestul la domiciliu, dar aici este vorba despre o pedeapsa pe care inculpatul o va avea de executat dupa hotararea definitiva data de catre instanta. Se aplica infractorilor care au fost sanctionati cu pedepse mici de cateva luni închisoare și celor care au savarsit infractiuni cu un grad de pericol social mai scazut. Celor condamnati li se da o ruta de deplasare pe care trebuie sa o respecte, se pot deplasa la locul de munca, se pot duce sa-si faca cumparaturi pentru a-si putea satisface nevoile si existenta. Condamnatii vor avea parte de controale inopinate efectuate de catre cei responsabili cu supravegherea, pentru a verifica daca acesta consuma droguri sau alcool pentru ca acestea nu sunt permise atata timp cat acesta se afla in arest la domiciliu. Daca condamnatul nu a respectat regulile, nu isi va ispasi pedeapsa la domiciliu ci va fi trimis la inchisoare.

Cum este monitorizat infractorul atunci cand se afla in arestul la domiciliu?

In unele tari, arestul la domiciliu este pus in aplicare prin utilizarea de produse de tehnologie sau servicii. Una dintre metode este un senzor electronic blocat la glezna infractorului (punct de vedere tehnic: numit un monitor glezna). Senzorul electronic transmite un semnal GPS la un receptor de baza, receptorul de baza este conectat la baza de date a politiei sau la un serviciu de monitorizare. Daca senzorii detecteaza o incalcare, serviciul de monitorizare va trimite un ofiter de probatiune la condamnat. Supravegherea, impreuna cu contactul frecvent cu ofiterul de probatiune si verificarile efectuate de politistii de securitate sunt instituite pentru un mediu securizat, pentru a se asigura ca infractorul va avea un comportament conform legii. O alta metoda de a verifica respectarea arestului la domiciliu este reapelarea telefonica automata, care nu necesita contactul uman pentru a verifica pe infractor. Apelurile sunt efectuate pentru a vedea daca cel care raspunde este persoana care se afla in arestul la domiciliu, vocea sa va fi comparata cu modelul de voce inregistrata si detinuta de catre autoritati, care vor face o diferenta intre cele doua pentru a vedea daca este sau nu vocea persoanei aflate in arest. Autoritatile sunt notificate doar daca apelantul nu a raspuns sau daca raspunsul inregistrat nu se potriveste cu modelul de voce al infractorului.

Monitorizarea electronica este considerata o alternativa extrem de economica pentru stat avand in vedere faptul ca persoana condamnata este adesea obligata sa plateasca pentru monitorizare, aceasta plata facand parte din pedeapsa propriu-zisa.

Concluzii

Avand in vedere ca in multe tari exista aceasta masura preventiva numita „arestul la domiciliu”, in 2014 se va implementa si in tara noastra. Pe baza celor prezentate mai sus vom putea trage anumite concluzii privind avantajele si dezavantajele sale.

Fiind vorba doar despre o măsură preventivă, arestul la domiciliu are doar scopul de a asigura neeschivarea inculpatului de la procedura judiciară derulată de organul de urmarire penala si instanța de judecata. Calitatea fundamentala a acestei masuri preventive consta in aceea ca aplicarea ei nu priveaza persoana de libertate, nu o sustrage de la munca si nu o desparte de familie. Spre exemplu, chiar dacă o persoană a comis o infractiune gravă, dar are o situație familială sau de sănătate deosebită (de exemplu persoanele care au depasit varsta de 60 de ani, invalizii de grupa I, femeile gravide, femeile care au in intretinere copii de varsta fragedă), arestul la domiciliu poate fi o variantă adecvată pentru buna desfășurare a procesului penal. Spre exemplu, în cazul invalizilor care au comis o infractiune gravă, arestul la domiciliu poate fi o soluție economicoasă pentru buna desfășurarea a procesului penal; daca persoana cu acest handicap ar fi arestată preventiv, statul ar trebui să-i asigure pe cineva care sa o ajute în timpul detenției, sa-i stea la dispozitie atunci cand are nevoie, ceea ce înseamnă cheltuieli suplimentare.

Arestul la domiciliu este uneori criticat deoarece pare sa ofere o viata oarecum asemanatoare cu cea pe care o avea inculpatul inainte de savarsirea unei presupuse infractiuni. Spre exemplu persoanele aflate in arest la domiciliu au acces la toate tipurile de confort, au dreptul de a utiliza aparate precum telefonul mobil, calculator, au acces la internet. Criticii sustin ca majoritatea persoanelor aflate sub arest la domiciliu vor uita repede ca ei sunt pedepsiti.

Noi credem ca, parcursul procesului penal, arestul la domiciliu ca masura preventiva este o solutie buna pentru ca in acest mod, cu siguranta, procesul penal va putea sa isi atinga finalitatea si anume: descoperirea adevarului si prevenirea savarsirii de noi infractiuni. Suntem de parere că această instituție se constituie într-o adevărată garanție a desfășurării în deplină normalitate a procesului penal, înlăturându-se posibilitatea ca cel cercetat să se poată sustrage de la urmărirea penală sau cercetarea judecătorească, să poată zădărnici aceste proceduri, sau să săvârșească noi infracțiuni. Astfel, cel aflat in arest la domiciliu pe parcursul urmarii penale va putea fi atent supravegheat, organele judiciare avand siguranta ca nu va putea lua legatura cu anumite persoane care ar putea incurca bunul mers al justiției descoperirii adevarului, si toate acestea cu o implicare economica redusa din partea statului.

Referinte bibliografice

- Noul Cod de procedura penala an 2012
- Noul Cod penal an 2012
- <http://epochtimes-romania.com>
- www.bogdanionescu.ro

Drept privat

EVOLUȚIA AMENZILOR ÎN DOMENIUL CONCURENȚEI LA NIVELUL UNIUNII EUROPENE

Gabriel IANCULESCU*

Abstract

Politica de concurență la nivelul Uniunii Europene a suferit modificări de-a lungul ultimelor 4 decenii, fiind într-o continuă modernizare. Pentru a se asigura că se aplică normele de concurență privind acordurile, deciziile asociațiilor de întreprinderi și practicile restrictive (articolul 101 TFUE), precum și abuzurile de poziție dominantă (articolul 102 TFUE), care sunt susceptibile de a fi anticoncurențiale, Comisia Europeană dispune de anumite competențe: de a lua decizii, de a efectua investigații și de a impune sancțiuni. Nivelul unei amenzi trebuie să fie suficient de mare încât să pedepsească întreprinderile implicate și să le descurajeze pe celelalte.

Politica de sancționare a Comisiei a fost atent monitorizată de-a lungul vremii de către doctrinari și practicieni, ocupând în continuare un loc central în preocupările din domeniu. Acest articol oferă o prezentare a evoluției amenzilor în dreptul concurenței, a schimbării cadrului normativ și modul în care fiecare reglementare și-a pus amprenta asupra algoritmului de calcul al amenzilor.

Cuvinte cheie: amendă, Consiliul European, Liniile Directoare 1998, Regulamentul 1/2003, algoritm de calcul al amenzii

1. Introducere

Formarea Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului (CECO) prin Tratatul de la Paris din 1951 și a Comunității Economice Europene (CEE), prin Tratatul de la Roma din 1958, au dus la apariția dreptului concurenței la nivel comunitar, ca parte a unei ”Constituții economice”, care îmbrățișează justiția socială și este parte a unui sistem politic comun¹. Prin aceste reglementări, se impuneau la nivelul comunităților europene interdicții cu privire la aranjamente restrictive (sau a cartelurilor), a exercitării abuzive a poziției dominante pe piață și a controlului privind acordarea ajutoarelor de stat. Aceste componente, continuă să fie și astăzi pilonii centrali ai acestei politici².

Datorită diferențelor de drept intern în ceea ce privește politica de concurență din acea vreme, statele membre au trebuit să facă eforturi în direcția adoptării unor reguli procedurale prin care să poată fi puse în aplicare prevederile din Tratatul CEE. În cele din urmă, statele membre au ajuns la un consens privind conținutul acestor reguli, astfel încât în 1962 acestea au fost adoptate, acordul respectiv fiind cunoscut sub denumirea de Regulamentul 17/62³.

Regulamentul, în mare parte influențat de sistemul GWB⁴ utilizat de către Germania încă din anul 1958, venea cu o multitudine de instituții necesare pentru o bună protecție a concurenței pe piața unică, promovarea competitivității și protejarea consumatorilor. Prin această reglementare, era diminuat rolul autorităților naționale, Comisia Europeană dobândind valențe și funcții suplimentare.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea ”Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: gianculescu@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Gabriel Uluitu (gabi_uluitu@yahoo.com).

¹ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law*, Oxford Press, 2010, p. 37

² A. Jones, B. Sufrin, *op. Cit.*, 2010, p. 40

³ Regulamentul Consiliului 17/62 din 16 Februarie 1962 pentru implementarea Articolelor 81 și 82 din Tratatul CEE, (1962) O.J. L 13/204

⁴ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

În ceea ce privește sancționarea nerespectării acestor reglementări, Regulamentul 17/62, în art. 15 alin. (2), stabilea limite foarte flexibile pentru aplicarea amenzilor de către Comisie. Aceasta avea posibilitatea, prin decizie, să aplice întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi care încălcau cu intenție sau din culpă prevederile art. 85 și 86 din Tratat, amenzi de la 1.000 la 1.000.000 de unități de cont, sau a unei sume mai mari, cu condiția ca aceasta să nu depășească 10% din cifra de afaceri în cursul exercițiului financiar precedent pentru fiecare dintre întreprinderile care au participat la încălcare.

În stabilirea cuantumului amenzii, art. 15 specifică doar faptul că se va ține cont de gravitatea și durata încălcării, limitele fiind însă supuse principiilor fundamentale ale Dreptului comunitar, anume cel al proporționalității, nediscriminarea și *non bis in idem*.

2. Evoluția amenzilor în perioada 1969 – 1998

2.1. Primele sancțiuni și înăsprirea politicii de sancționare

Prima amendă a fost aplicată în 1969, în cazul cartelului *Quinine*¹, în valoare totală (amenzile pentru toate companiile) de 500.000 de unități de cont² (de acum înainte "ecu").

Politica de sancțiuni a Comisiei de la sfârșitul anilor 1960 până la sfârșitul anilor 1970 poate fi caracterizată drept o abordare lejeră sau timidă față de comportamentele anti-competitive. Deși Comisia este sesizată cu foarte multe cazuri de încălcări, și nu de puține ori chiar se autosesizează cu privire la comportamentele unor întreprinderi, în această perioadă foarte puține abateri sunt sancționate cu amenzi. În 1969, după *Quinine*, a urmat amendarea cartelului *Matières colorantes*³, în 1972, cazul *Pittsburgh Corning Europe-Formica Belgium-Hertel*⁴ pentru practici concertate, cazul *ZOJA/CSC-ICI*⁵ pentru abuz de poziție dominantă și cazul *WEA-FILIPACCHI MUSIC*⁶ pentru încălcarea prevederilor art. 85.

În 1973, dintre cazurile aflate în atenția Consiliului, cu amenzi s-au soldat numai două. Cazul *European Sugar Industry*⁷ în care au fost date amenzi pentru încălcări ale art. 85 și art. 86, și cazul *DEUTSCHE PHILIPS GMBH*⁸, pentru nerespectarea art. 85. Primul caz prezintă interes din perspectiva cuantumului amenzii stabilite, aceasta depășind 1 milion de ecu, însă raportat la cifra de afaceri a întreprinderii, aceasta nu depășea valoarea de 1%.

Până în 1979, Comisia a aplicat amenzi cu un anumit grad de reținere, lucru evidențiat și de politica lor exprimată la acea vreme⁹. În 1979 însă, în cauza *Pioneer*¹⁰, Comisia stabilește un punct de cotitură în ceea ce privește poziția sa cu privire la amendarea comportamentelor anti-concurențiale¹¹. Prin această decizie, Comisia anunța o politică de sancționare mult mai severă, unei singure întreprinderi din cele implicate fiindu-i aplicată o amendă de 4.350.000 de ecu. Hotărârea Comisiei de a consolida efectul descurajator al amenzilor este evidențiată mai ales în raport cu deciziile anterioare, de exemplu în *Quinine* unde amenda totală stabilită cumulativ pentru toate întreprinderile din cartel era de 500.000 de ecu.

¹ Official Journal : L 192 - 5/08/1969 Page : 5 Celex No. : 369D02 40 - IV/26623

² La vremea aceea, amenzile se stabileau în unități de cont, fiecare unitate de cont având o valoare prestabilită la nivelul Comunităților Europene în grame de aur fin, și se converteau în moneda națională a fiecărei companii amendate. Cu titlu de exemplu, în 1969 o unitate de cont era egală cu 0.88867088 grame de aur fin.

³ Official Journal : L 195 - 7/08/1969 Celex No. : 369D02 43 - IV/26267

⁴ Official Journal : L 272 - 5/12/1972 Celex No. : 372D04 03 - IV/26876 IV/26892 IV/26894

⁵ Official Journal : L 299 - 31/12/1972 Celex No. : 372D04 57 - IV/26911

⁶ Official Journal : L 303 - 31/12/1972 Celex No. : 372D04 80 - IV/26992

⁷ Official Journal : L 140 - 26/05/1973 Celex No. : 373D01 09 - IV/26918

⁸ Official Journal : L 293 - 20/10/1973 Celex No. : 373D03 22 - IV/27010

⁹ Al XIII Raport al Comisiei cu privire la Politica din Domeniul Competitiei, Comisia Europeană, 1983

¹⁰ Official Journal : L 60 - 5/03/1980 Celex No. : 380D02 56 - IV/29595

¹¹ M. Furse, *Article 15 (2) of Regulation 17: Fines and the Commission's discretion*, 1995, 2 E.C.L.R., p. 114

Înainte de cazul *Pioneer*, amenzile erau statornicite sub zona a 2% din cifra de afaceri din anul precedent a unei întreprinderi. În *Pioneer*, majoritatea amenzilor ajungeau la 4% din aceste cifre de afaceri¹.

Perioada următoare este marcată de o aplicare draconică a politicii de sancțiuni, amenzile fiind din ce în ce mai mari. Acest lucru este ușor de observat din amenzile aplicate în cazurile *Cartonboard*², în valoare totală de 139 de milioane de ecu, *Ciment*³, în valoare de 113 milioane de ecu sau *Steel Beams*⁴, în valoare de 80 de milioane de ecu.

2.2. Metoda de calcul a amenzilor anterior anului 1998

În ceea ce privește metoda utilizată de către Comisie pentru stabilirea amenzilor, perioada care precedă adoptarea Orientărilor din 1998 a fost exemplificată de o dependență față de un procent din cifra de afaceri pe piața relevantă, și într-o măsură mult mai mică față de câștigurile de capital ilegal realizate de o companie. Amenda varia în jurul unei cifre între 2% și 4% din cifra de afaceri pe piața relevantă a produsului în cauză. Metoda de calcul a Comisiei a fost, după cum urmează:

- 1) $CAR * \%G * \%D = V$
- 2) $V - Red = \text{valoarea amenzii}$

CAR = Cifra de afaceri relevantă

%G = procentul de majorare în funcție de gravitatea încălcării

%D = procentul de majorare în funcție de durata încălcării

V = valoarea de bază

Red = reducerea acordată de Comisie în cazul unei co-operări

Această metodă de calcul rămâne una controversată și mult discutată în literatura de specialitate din acea perioadă⁵. Faptul că nu exista niciun fel de informație cu privire la modul în care Comisia stabilea cifra de afaceri relevantă era unul din cele mai criticate aspecte ale acestei metode. Deși Curtea Europeană de Justiție nu a fost o susținătoare a acestei metode de calcul, a statuat în *Miller* faptul că ”în aplicarea unei amenzi, Comisia poate aprecia valoarea acesteia, pentru a fi cuprinsă între 0 și 10% din cifra de afaceri relevantă a întreprinderii. (...) În mod corespunzător, o amendă în valoare de 10% din cifra de afaceri relevantă poate fi necesară atunci când este sancționată o încălcare cu efecte foarte grave la nivel internațional și pentru o durată considerabilă. La celălalt capăt al scalei, o amendă mică, de echivalentul a sub 1% din cifra de afaceri relevantă, este potrivită pentru o încălcare din neglijență, de tipul cel mai banal și care durează numai o scurtă perioadă de timp”⁶.

Atitudinea Comisiei în această perioadă este marcată de o reticență în a oferi o formulă clară sau de a stabili un anumit grad de tarifare amenzilor. Această metodă inchizitorială era justificată de efectul negativ pe care îl putea avea punerea la dispoziție a unei formule pe baza căreia să se poată stabili facil nivelul sancțiunilor de către întreprinderi. Era pus în primejdie însuși rolul descurajator al acestor amenzi, din moment ce întreprinderile puteau să stabilească în urma unei analize cost-

¹ *Ibidem*, p. 115

² Official Journal : L 243 - 19/09/1994 Celex No. : 394D06 01 - IV/33833

³ Official Journal : L 343 - 30/12/1994 Celex No. : 394D08 15 - IV/33126 IV/33322

⁴ Official Journal : L 239 - 14/09/1994 Celex No. : 394D05 99 - IV/31865

⁵ D. Geradin și D. Henry, *The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments*, The Global Competition Law Centre Working Papers Series, 2005, p.6

⁶ Official Journal : L 357 - 29/12/1976 Celex No. : 376D09 15 - IV/29018, par. 161

beneficiu dacă o încălcare poate aduce suficient profit pe termen scurt sau mediu încât să riște posibila amendă¹.

Modul de stabilire a acestor amenzi de către Comisie a fost asemănat în doctrină cu o loterie, considerând că cifrele amenzii, ca și în cazul loteriei, apar într-un mod miraculos la finalul deciziei, fără vre-o formă concretă de justificare².

În 1996, prin Nota privind Clementa, Comisia încearcă să stimuleze destructurarea cartelurilor și încetarea comportamentelor anti-concurențiale, prin recompensarea societăților care denunță înțelegerile în cadrul cărora au participat, oferindu-le imunitate completă sau o reducere a cuantumului amenzilor care li s-ar impune în caz contrar. Cu toate acestea, criticile la adresa metodei de a stabili amenzile au continuat să apară, punând astfel într-o umbră realizările Comisiei.

3. Evoluția amenzilor în perioada 1998-2006

3.1. Liniile directoare din 1998

Ca răspuns la aceste critici, Comisia publică în 1998 Liniile Directoare/Orientări privind metoda de stabilire a amenzilor aplicate în temeiul articolului 15 alineatul (2) din Regulamentul nr. 17/62 și al articolului 65 alineatul (5) din Tratatul CECO. Acest moment este considerat în doctrină ca fiind unul crucial în dezvoltarea și aplicarea politicii de sancționare³. Liniile directoare din 1998 constituie un instrument destinat să definească, respectând în același timp legislația de rang superior, criteriile pe care Comisia propune să le aplice în exercitarea puterii sale de apreciere a unei încălcări. Preambulul Liniilor Directoare din 1998 prevede în mod expres că principiile încorporate în acest act au rolul de a asigura transparența și imparțialitatea deciziilor Comisiei, menținând în același timp puterea de apreciere conferită prin Regulamentul 17/62.

Liniile directoare din 1998 sunt o manifestare a faptului că de aici înainte Comisia încearcă să își limiteze dependența față de cifra de afaceri în vederea stabilirii amenzilor. Întrădeavăr, Liniile directoare nu prevăd faptul că amenda trebuie să fie calculată în funcție de cifra de afaceri globală a întreprinderilor în cauză sau cifrele lor de afaceri pe piața relevantă. Cu toate acestea, nici nu interzic Comisiei să ia în considerare cifra de afaceri la stabilirea cuantumului amenzii, în scopul de a asigura conformitatea cu principiile generale ale dreptului comunitar atunci când circumstanțele o cer⁴.

Liniile directoare din 1998 stabilesc o serie de factori de care depinde stabilirea cuantumului final al amenzii. Atingerea acestui quantum final presupune un proces format din 4 etape.

În prima etapă, în conformitate cu Secțiunea 1 a Liniilor directoare, trebuie stabilit un "quantum de bază" al amenzii. Acesta se stabilește în funcție de gravitatea și durata încălcării. A doua etapă, în conformitate cu Secțiunile 2 și 3 din Liniile directoare din 1998, constă fie în majorarea ori reducerea cuantumului de bază, în vederea stabilirii cuantumului final. Aceste majorări ori reduceri sunt aplicate în funcție de circumstanțele agravante ori atenuante. A treia etapă, potrivit Secțiunii 4 din Liniile directoare, este de a stabili dacă și în ce măsură o întreprindere sancționată cu amenda beneficiază de o prevedere privind politica de clementă, iar în a patra etapă, Comisia își rezervă dreptul de a mări sau de a scădea quantumul amenzii pentru a reflecta eliminarea beneficiilor obținute de către întreprinderi de pe urma încălcărilor. Este de maximă importanță faptul că în Liniile directoare din 1998, Comisia stabilește un prag de 10% din cifra de afaceri la nivel mondial a întreprinderii în cauză atunci când stabilește amenda finală.

¹ P. Slot și A. McDonnell, *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, S&M, 1993, p. 64

² I. Van Bael, *The Lottery of EU Competition Law*, 1995, 4 E.C.L.R. p. 237

³ J. Joshua, *EC fining policy against cartels after the Lysine rulings: the subtle secrets of X*, Global Competition Review 2004, p. 5

⁴ D. Geradin și D. Henry, *The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments*, The Global Competition Law Centre Working Papers Series, 2005, p. 8

În literatura de specialitate¹, prevederile Liniilor directe din 1998 privind calcularea amenzilor au fost transpuse într-o formulă matematică, astfel :

$$[g + d] \cdot \frac{100 + i - j}{100} \cdot \frac{100 - k}{100} = f$$

g = cuantumul determinat de gravitatea încălcării

d = cuantumul determinat de durata încălcării

i = procentul care reflectă circumstanțele agravante

j = procentul care reflectă circumstanțele atenuante

k = procentul care reflectă aplicarea Notei privind Clementa 1996

f = cuantumul final al amenzii

Liniile directe din 1998 au fost puternic criticate în literatura de specialitate din acea perioadă, din mai multe motive, cele mai importante fiind neclaritate și echivocul reglementării.

Utilizarea unor termeni precum ”în general”, ”ar putea fi necesar” sau ”amenzi posibile” sunt doar câteva din exemplele de exprimări vagi utilizate, ce au drept efect incertitudinea întreprinderilor în privința încălcărilor și a sancțiunilor.

În unele cazuri, pentru aceleași încălcări sunt date cunanturi de bază diferite. În mod similar, atunci când trebuie să țină cont de circumstanțe atenuante, Comisia eșuează în a păstra o coerență. Situația este bine reflectată de cazurile *Greek Ferries* și *Luxemburg Brewers* în care existența unei îndoieli justificate a întreprinderii cu privire la caracterul infrafracțional al comportamentului restrictiv a fost tratată în mod diferit. Mai mult, Liniile Directe din 1998 oferă slabe indicații cu privire la modul de calcul a cunantului de bază, fără a se indica un test economic cu ajutorul căruia se evaluează gravitatea încălcării.

Deciziile Tribunalului de Primă Instanță în cazurile *Lysine*² au fost considerate drept o ”oportunitate de a clarifica criteriile pentru fixarea cunantului de bază”³, însă curtea nu a reușit să clarifice decât parțial aceste aspecte. Lipsa unei evaluări de către Tribunalul de Primă Instanță a algoritmului ce stă la baza calculării cunantului de bază a condus la o creștere a numărului de litigii pe rolul instanței.

3.2. Regulamentul 1/2003 și evoluția amenzilor

În 1999, odată cu publicarea Cărții Albe, începe un lung proces de descentralizare și simplificare a formalităților administrative pe care întreprinderile trebuiau să le urmeze pentru a beneficia de exceptarea prevăzută de art. 81 alin. 3, concretizată într-un final într-o reformă la nivel european. Astfel, la sfârșitul anului 2002, Consiliul adoptă Regulamentul 1/2003, privind punerea în aplicare a normelor de concurență prevăzute la articolele 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, înlocuind Regulamentul 17/62 începând cu data de 1 Mai 2004.

¹ W.P.J. Wils, *The Commission's New Method for Calculating Fines in Antitrust Cases*, 23 E.L.R. 255, 1998, p. 252

² Cartelul *Lysine* a reprezentat un efort de fixare a prețurilor de vânzare la nivel internațional pentru produsele de aditivi pentru hrana animalelor. A activat pe durata anilor 1990, reușind să crească prețurile în primele 9 luni cu 70%.

Este un caz complex ce a curpins mai multe cauze pe rolul TPI : Cazul T-223/00, *Cheil Jedang Corp v. Commission*, [2003] E.C.R. II-2473; Cazul T-224/00, *Archer Daniels Midland (ADM) and Archer Daniels Midland Ingredients v. Commission*, [2003] ; cazul T- 230/00, *Daesang Corp and Sewon Europe GmbH v. Commission*, [2003] E.C.R. II-2733

³ TPI - Comunicat de presă N1 58/03 of 9 Iulie 2003 “*A Cartel on the Lysine Market gives the Court of First Instance an Opportunity to Clarify the Criteria for Fixing the Amount of the Fines*”

Conform noii reglementări, Comisia poate aplica următoarele sancțiuni întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi : Amenzi sau penalități cu titlu cominatoriu. Deciziile Comisiei fac obiectul controlului Curții de Justiție și aceasta se poate pronunța împotriva deciziilor prin care Comisia stabilește o amendă sau o penalitate cu titlu cominatoriu.

Politica privind concurența a suferit multe schimbări în această perioadă, majoritatea văzute ca îmbunătățiri atât din perspectiva Comisiei cât și de către specialiști prin intermediul literaturii de specialitate¹. Sancțiunile au continuat să crească, atât ca număr cât și ca valoare a acestora, menținând un trend ascendent pe care se afla de la începutul anilor '80. Atât liniile directoare din 1998, cât și descentralizarea produsă în 2004 au avut ca urmare creșterea numărului de carteluri descoperite, iar politica de clemență a ajutat la obținerea de informații în vederea sancționării a mare parte dintre participanții implicați.

Anul 2001 este cel mai important an din punct de vedere statistic, fiind date 10 decizii cu privire doar la carteluri (vezi Fig.1), iar numărul amenzilor a ajuns la un total de 1.836 de milioane de euro.

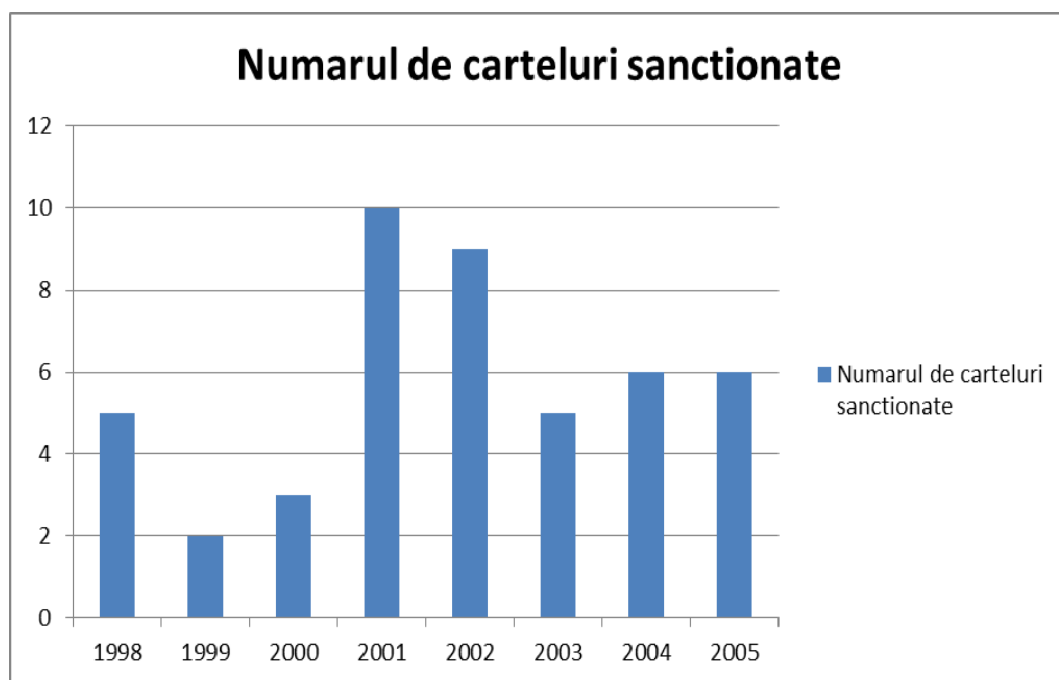


Fig. 1

4. Evoluția ulterioară anului 2006

4.1 Apariția Liniilor Directoare din 2006

Pe 1 Septembrie 2006, Comisia Europeană a publicat noi Liniile Directoare cu privire la metoda pe care o va utiliza în vederea aplicării amenzilor acelor întreprinderi care încalcă normele de dreptul concurenței cu privire la înțelegerile restrictive sau abuzul de poziție dominantă.

¹ D. Geradin, *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment*, 2011, p. 16

Noile Linii Directoare înlocuiesc metodologia stabilită în 1998, cu una în două etape. Mai întâi se determină un nivel de bază pentru fiecare întreprindere în parte. Acest nivel de bază poate fi apoi crescut ori diminuat în funcție de mai mulți factori.

Linile Directoare din 2006 sunt considerate ca fiind concretizarea unei ”lecții bine învățate” de către Comisie¹. A reprezentat o dovadă de maturizare a politicii de prevenție în materia dreptului concurenței, împletindu-se elegant cu celelalte aspecte ale acestei politici, precum acela al clemenței.

În ciuda faptului că noile Linii Directoare prezintă multe aspecte de noutate, majoritatea fiind considerate în doctrină ca aducând beneficii tuturor actorilor acestor raporturi², politica de sancționare a păstrat trendul ascendent al amenzilor, ajungându-se ca în această perioadă să fie date cele mai mari amenzi din istorie.

Prin aceste amenzi, Comisia se îndepărtează de funcția de sancționare și accentuează mai degrabă rolul de prevenție al acestora. De asemenea, forțează întreprinderile deja angrenate în activități anti-concurențiale să iasă la suprafață în încercarea de a beneficia de prevederile Actului de clemență.

Datorită noii structuri metodologice, algoritmul de calcul suferă în mod direct modificări, însă nivelul de previzibilitate rămâne în continuare unul scăzut. În scurt timp, autoritățile naționale de concurență au preluat în legislațiile interne prevederile noilor Linii Directoare, în vederea unei aplicări uniforme.

4.2. Amenzi date după modificările survenite în 2006

În perioada ce a urmat anului 2006, amenzile au scos în evidență nu doar o continuitate a trendului crescător al acestora, ci se poate spune ca relevă o anumită agresivitate de care Comisia alături de alte autorități naționale au dat dovadă. Această agresivitate are drept scop descurajarea recidivei și intimidarea participanților la acte concurențiale, însă are suficiente părți negative încât să merite o reevaluare a acesteia.

Cu excepția cazului *Vitamins* din 2001, unde amenzile cumulate date întreprinderilor care au format cartelul s-a apropiat de 800 de milioane de euro, toate celelalte cazuri din top10 al celor mai mari amenzi date sunt din 2007 sau mai recente³. De asemenea, cea mai mare amendă dată unei singure întreprinderi găsită vinovată de savârșirea unor acte anti-concurențiale este tot din această perioadă, fiind vorba de amenda primită în 2008 în cazul *Car Glass* de Saint Gobain, unul din cei mai mari producători și distribuitori de materiale de construcție. Amenda de 896 de milioane de euro a stabilit un nou record în zona amenzilor, fiind mult mai mare decât următoarele din top⁴.

Se poate observa și o anumită creștere a numărului deciziilor date în domeniul concurenței în această perioadă, între anii 2005-2009 fiind date 204 astfel de decizii, mai multe decât în toată perioada 1995 – 2004⁵.

Cele mai mari 10 amenzi per cartel din 1969 :

Loc	Caz	An	Amenda (euro)
1	<i>Tv & Computer Monitor Tubes</i>	2012	1 470 515 000
2	<i>Car Glass</i>	2008	1 383 896 000
3	<i>Elevators & Escalators</i>	2007	832 422 250
4	<i>Airfreight</i>	2010	799 445 000
5	<i>Vitamins</i>	2001	790 515 000

¹ C. Veljanovski, *European Cartel Fines under the 2006 Penalty Guidelines*, 2010, p. 26

² D. Geradin, *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment*, 2011, p. 4

³ <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

⁴ <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

⁵ *idem*

6	<i>Candle waxes</i>	2008	676 011 400
7	<i>LCDs</i>	2010	648 925 000
8	<i>Gas</i>	2009	640 000 000
9	<i>Bathroom Fittings</i>	2010	622 250 782
10	<i>Gas insulated switchgear</i>	2007	539 185 000

Fig. 2

5. Concluzii

Practica recentă a Comisiei și a autorităților naționale de concurență este îngrijorătoare, deoarece trendul stabilit până în prezent, acela de creștere continuă a amenzilor aplicate, ar putea duce în viitorul apropiat la o depășire a scopului benefic pe care în mod normal, aceste sancțiuni pecuniare îl au. Libertatea pe care Comisia și consiliile de concurență o au în aplicarea și individualizarea amenzilor, deși oferă operativitate, duce la o creștere a numărului de contestații și litigii.

Deși atât procesul de individualizare, instituția incapacității de plată, cât și limita de 10% sunt instituite pentru a proteja într-o oarecare măsură întreprinderile de o eventuală dispariție, o cenzură suplimentară ar fi fost benefică în procesul de aplicare al acestor amenzi.

Este evident mesajul pe care Comisia dorește să îl transmită întreprinderilor : Nu încălcați normele de dreptul concurenței; dacă ați făcut-o, opriți-vă imediat; după ce vă opriți, nu mai repetați niciodată.

Următorii ani vor fi cruciali în conturarea noii politici de sancționare, fiind necesară o perioadă de timp pentru a observa dacă se va păstra nota ascendentă în ceea ce privește nivelul amenzilor.

Referințe bibliografice

- A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law*, Oxford Press, 2010.
- M. Furse, *Article 15 (2) of Regulation 17: Fines and the Commission's discretion*, 1995, No.2/E.C.L.R
- P. Slot și A. McDonnell, *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, S&M, 1993
- I. Van Bael, *The Lottery of EU Competition Law*, 1995, No. 4/E.C.L.R
- W.P.J. Wils, *The Commission's New Method for Calculating Fines in Antitrust Cases*, 23 E.L.R. 255, 1998
- D. Geradin, *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment*, 2011
- J. Joshua, *EC fining policy against cartels after the Lysine rulings: the subtle secrets of X*, Global Competition Review, 2004
- C. Veljanovski, *European Cartel Fines under the 2006 Penalty Guidelines*, 2010
- D. Geradin și D. Henry, *The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments*, The Global Competition Law Centre Working Papers Series, 2005.

ANALIZĂ COMPARATIVĂ ÎNTRE FIDUCIE, ADMINISTRAREA BUNURILOR ALTUIA ȘI CONTRACTUL DE MANDAT

Teodor Florian ONEA¹

Abstract

Instituția juridică a fiduciei poate, și trebuie să fie analizată dintr-o triplă perspectivă: civilă, astfel cum această este stabilită de Codul civil din 2011; profesională, astfel cum această este identificată de Legea nr.51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat; fiscal, după cum rezultă de Codul fiscal. Fiducia este mai mult despre bunuri și mai puțin despre persoane, această în ciudă faptului că instituția juridică este menționată tangențial pentru prima dată în Titlul I-Dispoziții generale din Cartea I-Despre persoane. În cazul contractului de fiducie, articolul 784 este intitulat expres "Puterile și remunerarea fiduciarului", articol care menționează expres că fiduciarul are puteri depline asupra masei patrimoniale fiduciare, acționând că un veritabil și unic titular al drepturilor în cauza.

În materia administrării bunurilor altuia, articolul 802 Codul civil prevede faptul că față de beneficiar nu este angajată răspunderea administratorului dacă această acționează numai în limitele puterilor ce îi sunt conferite. În materia contractului de de mandat, articolul 2016 Codul civil, stabilește întinderea mandatului, respective a actelor despre care face vorbire articolul 2012 și pe care mandatarul le poate îndeplini: 1) numai acte de conservare și de administrare, dacă mandatul este general, 2) acte de înstrăinare sau grevare, tranzacții ori compromisuri, intentarea de acțiuni în justiție, precum și încheierea oricăror alte acte de dispoziție, dacă mandatul este special, expres.

Cuvinte cheie: Fiducie, administrare, bunuri, obligații, mandat.

1. Introducere

Schimbările social-economice internaționale, cerințele Comunității Europene, dar și schimbările sociale pe plan intern, au dus la apariția Noului Cod Civil, după o utilizare de aproape 150 de ani a Codului Civil de la 1864. Această adaptare este binevenită și necesară. Modificările semnificative aduse anumitor reglementări, dar și introducerea unor instituții noi, sperăm că vor duce la o armonizare în ceea ce privește aplicarea legii.

Analiza comparativă a celor trei instituții a pornit de la ideea că *reprezentarea* este mecanismul juridic, *contractul de mandat* este instrumentul juridic prin care se concretizează funcționarea acestui mecanism, iar *fiducia* conține ideea de reprezentare, similară sau chiar grefată pe instituția mandatului cu reprezentare.

Importanța celor trei instituții este semnificativă. Putem afirma că *instituția fiduciei* este un instrument juridic util și cu o sferă largă de aplicare, binevenit oricărei persoane care a acumulat un patrimoniu semnificativ. Fiducia are avantajul că permite împărțirea activelor unei persoane în mase patrimoniale distincte și autonome, proprietarul beneficiind astfel de răspundere limitată fără a constitui o persoană juridică în acest sens.²

Contractul de mandat, a fost inițial reglementat ca un contract special; acum însă ne aflăm în față unui contract clasic, de drept civil, căruia i-au fost atribuite modificări, ce prezintă o importanță deosebită pentru a fi menționate în cuprinsul acestei lucrări. De asemenea, este important de

¹ Student, Facultatea de Drept, Specializarea Drept European și Internațional, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: onea.teodor@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prep.Univ.Drd. Bogdan Nazat (e-mail: bogdan.nazat@gmail.com)

² Cristian Bogaru, Sebastian Simion, Alina Balasa-Societatea Civila de Avocati "Hammon Bogaru si Asociatii".

menționat și faptul că legiuitorul a creat un cadru aplicabil tuturor situațiilor în care bunurile unei persoane pot fi administrate de o terță persoană, așa că s-a introdus instituția numită “Adminstrarea bunurilor altuia”.

Obiectivele acestei lucrări sunt acelea de a prezenta în concret, sistematic și obiectiv, principalele caracteristici ale acestor instituții, și observarea diferențelor. Pentru atingerea acestor obiective, la bază va sta Noul Cod Civil, împreună cu lucrări de specialitate scrise pentru analizarea acestor noi instituții.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Fiducia este o instituție nou introdusă de Codul Civil. Articolul 773 definește această nouă instituție, ca fiind „operațiunea juridică prin care unul sau mai multi constituitori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai multi fiduciar, care le exercită cu un scop determinat, în folosul unuia sau mai multor beneficiari. Aceste drepturi alcatuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniul fiduciarilor”.

Fiducia de asemenea, prezintă un regim juridic special aplicabil masei patrimoniale, care rezultă din articolul 31 alineatul (3) C.civ., în acord cu care patrimoniile de afectățiune sunt anume determinate de lege. Menționăm faptul că noțiunea de „patrimoniu de afectățiune” prezintă o consacrare legislativă expresă prin O.U.G. nr. 44/2008, prin care o persoană care desfășoară o activitate să afecteze, prin propria voință, o parte a patrimoniului său acelei activități, iar creanțele născute ca efect al desfășurării activității să fie acoperite doar cu acea parte a patrimoniului, fără ca ceilalți creditori personali să își poată realiza creanțele asupra acestei părți de patrimoniu.

• Părțile contractului de fiducie

Această secțiune a părților din cadrul contractului de fiducie, este foarte importantă pentru a ne ajuta să înțelegem mai bine diferențele dintre această nouă instituție, și celelalte două menționate. În această instituție, sunt prezente trei părți, pe când la celelalte două, sunt prezente numai două.

Pentru ca părțile să poată încheia valabil un contract de fiducie, acesta din urmă trebuie să cuprindă anumite elemente de bază, în lipsa cărora, nulitatea absolută poate interveni. Contractul de fiducie trebuie să cuprindă următoarele elemente:

- drepturile reale, drepturile de creanță, garanțiile și orice alte drepturi patrimoniale transferate
- durata transferului, **care nu poate depăși 33 de ani** începând de la data încheierii sale.
- identitatea constituitorului sau a constituitorilor
- identitatea fiduciarului sau a fiduciarilor
- identitatea beneficiarului sau beneficiarilor ori cel puțin regulile care permit determinarea acestora.¹

Articolul 776 alineat (1) C.civ., prevede că orice persoana fizică sau juridică poate avea calitatea de constituitor.

Articolul 776 alineat (2) C.civ., menționează cine poate avea calitatea de fiduciar; și anume: numai instituțiile de credit, societățile de investiții și de administrare a investițiilor, societățile de servicii de investiții financiare, societățile de asigurare și de reasigurare legal înființate, notarul public și avocatul.²

Un punct foarte important de menționat, un punct ce oferă specificitate contractului de fiducie, este diferența de nuanță între termenii “transfer” și “înstrăinare”.

¹ Curs de drept civil-Drepturi reale principale, Prof.univ.dr. Gabriel Boro, Prof.Carla Alexandra Anghelescu și Prof.Bogdan Nazat, p.168.Ed.Hamangiu 2013

² Curs de drept civil-Drepturi reale principale, Prof.univ.dr. Gabriel Boro, Prof.Carla Alexandra Anghelescu și Prof.Bogdan Nazat, p.166.Ed.Hamangiu 2013

Această diferență se analizează din punctul de vedere al naturii masei patrimoniale fiduciare. Aceasta din urmă trebuie stabilită atât prin raportare la constitutor, cât și la fiduciar, dar, de asemenea, se poate stabili și analiza și din punctul de vedere al raportului dintre articolul 773 teza II cu articolul 32 alineat (2) C.civ.¹

Aceasta din urmă dispoziție legală, dispune că nu există *înstrăinare* atunci când se constituie patrimoniul de afecțaiune, adică în cadrul patrimoniului *constitutorului* se stabilește o masă patrimonială ca având natura juridică a unui patrimoniu de afecțaiune. În acest caz este vorba despre transfer intrapatrimonial.²

Situația este diferită când patrimoniul de afecțaiune deja constituit este transferat de către *constitutor* către *fiduciar*, întrucât într-o astfel de situație devin aplicabile prevederile articolului 31 alineat (3) care vorbește despre nașterea patrimoniului de afecțaiune inclusiv pe calea fiduciei.³

Este adevărat că Titlul 4 analizează și vorbește despre transfer, în timp ce articolul 32 discută despre diferența dintre transfer și înstrăinare. Dincolo de aspectele terminologice, *diferența nu este de substanță*, întrucât în ambele cazuri operează transferul dreptului de proprietate, neexistând nicio diferență sub acest aspect.⁴

Diferența dintre *transfer* și *înstrăinare* conferă specificitatea operațiunii de fiducie. **Articolul 791 C.civ.**, dispune că, la încetarea contractului de fiducie, masa patrimonială fiduciară existentă la acel moment se transferă beneficiarului, iar în lipsa acestuia se transferă constitutorului.

Aceste dispoziții legale ne ajută să înțelegem sensul *transferului* ca fiind acela al transmiterii dreptului de proprietate asupra masei patrimoniale fiduciare de la constitutor către fiduciar, care poate fi definitivă dacă beneficiarul există și este diferit de constitutor la momentul încetării contractului sau temporară dacă beneficiarul nu există sau este identic cu constitutorul la același moment.⁵

Prin contractul de fiducie, masa patrimonială fiduciară părăsește patrimoniul constitutorului și intră în patrimoniul fiduciarului; prin raportare la patrimoniul constitutorului, masa patrimonială fiduciară are o existență *independentă*, iar prin raportare la patrimoniul fiduciarului, masa patrimonială fiduciară are o existență *autonomă și separată*.⁶

Înainte de a trece la analiza drepturilor și obligațiilor părților într-un contract de fiducie, aș dori să menționez un aspect important legat de identitatea dintre constitutor și fiduciar, care nu este menționată de lege, ci aceasta menționează numai identitatea dintre constitutor și beneficiar.

Putem astfel să apreciem că nu există niciun impediment legal pentru ca masa patrimonială fiduciară să circule intrapatrimonial, situație în care constitutorul are și calitatea de fiduciar. Legea cu privire la constitutor prevede că poate fi orice persoană fizică sau juridică.

Această concluzie poate fi susținută inclusiv **de articolul 33 C.civ.**, care vorbește despre *mărirea* sau *micșorarea* patrimoniului afectat exercitării unei profesii; circulația inclusivă în cadrul patrimoniilor de afecțaiune este permisă de lege, ceea ce înseamnă că, la un moment dat în timp, patrimoniul de afecțaiune inițial constituit poate fi spart, creându-se un alt patrimoniu de afecțaiune.

Deci, nu observăm niciun impediment legal ca o anumită parte a patrimoniului de afecțaiune al unui avocat să fie transferată în alt patrimoniu de afecțaiune, *unde calitatea de fiduciar să revină tot constitutorului, adică avocatului.*⁷

¹ Revista romana de drept privat, Prof Madalin-Irinel Niculeasa “Regimul fiscal al fiduciei”, p.72. Ed. UNIVERSUL JURIDIC

² Ibidem

³ Ibidem 5

⁴ Beaulne Jacques, op.cit., p.157

⁵ Ibidem p.73

⁶ Benjamin Alarie and Edward M. Iacobucci, Tax Policy, Capital structure and income trusts, The Canadian Business Law Journal, Volume 45, no.1, June 2007.

⁷ L. Tileasca, The Concept of Trust in Romanian law, in Romanian Economic and Business Review, vol.6 nr.2

Obligațiile fiduciarului:

Articolul 780 C.civ.,enumeră o primă obligație pe care fiduciarul o are, este de natură fiscală și constă în înregistrarea,in termen de o luna de la incheiere,a contractului de fiducie și a modificărilor acestuia la organul fiscal competent să administreze sumele datorate de fiduciar bugetului general consolidat al statului.¹

Articolul 782 C.civ. impune, pentru protecția terților, o a doua obligație a acestuia, și anume să menționeze calitatea sa, se circumstanțiază două situații:

-**el este obligat să menționeze această calitate** ori de câte ori acționează în contul masei fiduciare sau dacă constituitorul sau beneficiarul solicită acest lucru.

-**el poate preciza** calitatea și denumirea sa în registrele de publicitate aferente drepturilor care compun masa fiduciară.²

Fiduciarul trebuie să acționeze cu **onestitate, pricepere și bună-credință în interesul exclusiv al beneficiarului și, nu în ultimul rând, cu imparțialitate.**³

Acum, relația instituției fiduciei cu instituția administrării bunurilor altuia, se raportează la articolul 794 C.civ., care a stabilit că *“fiducia este o instituție de sine stătătoare, independent de cea a administrării bunurilor altuia; (...)ci lui i se aplica doar anumite reglementări privind administrarea bunurilor altuia în cazurile expres menționate de legiuitor”*.

Administrarea bunurilor altuia, este operațiunea juridică prin care o persoană fizică sau juridică, numită administrator, este împuternicită, prin legat sau convenție, cu administrarea unuia sau mai multor bunuri, a unei mase patrimoniale sau a unui patrimoniu aparținând unei alte persoane, numită beneficiar.⁴

Calitatea de **administrator**, conform articolului 792 alineat (1) C.civ., o poate avea orice persoană fizică cu capacitate deplină de exercițiu, cât și o persoană juridică, dacă aceasta respectă prevederile articolului 209 Cod civil, referitoare la capacitatea de exercițiu a persoanei juridice.

Calitatea de **beneficiar al administrării** este detinută de titularul dreptului de proprietate al bunurilor date în administrare, care poate fi persoană fizică sau juridică.⁵

În următoarea parte a lucrării privind administrarea bunurilor altuia, ne vom referi la formele acesteia, și în același timp vom puncta și obligațiile ce îi revin administratorului.

Formele de administrare: (i) *administrare simplă* (ii) *administrare deplină*. Părțile ar putea stabili totuși, în baza principiului libertății contractuale, întinderea împuternicirii administratorului, urmând ca, în funcție de complexitatea actelor pe care administratorul ar urma să le îndeplinească, să fie aplicabile dispozițiile uneia dintre cele două tipuri de administrare.

Potrivit **articolului 802 C.civ.**, administratorul este *ținut, în exercitarea atribuțiilor sale, să respecte obligațiile ce îi incumbă potrivit legii, actului constitutiv sau înțelegerii ulterioare a părților.*⁶

• Referitor la **administrarea simplă**, articolul 796 Cod civil, stabilește prin alineatul (1) că, *„cel împuternicit cu administrarea simplă este ținut să culeagă fructele bunurilor și să exercite drepturile aferente administrării acestora”*.

Codul civil adnotat, opinează că administratorul este îndreptățit să exercite și drepturile aferente administrării simple a acestor fructe, de orice tip, deci poate exercita acte de conservare și acte utile astfel încât aceste fructe să fie folosite conform destinației lor obișnuite.

¹ Curs de drept civil-Drepturi reale principale, Prof.univ.dr. Gabriel Boroi, Prof.Carla Alexandra Angheliescu și Prof.Bogdan Nazat, p.168.Ed.Hamangiu 2013

² Buletinul notarilor publici, nr.4/2012 .p.5

³ Ibidem 13, Codul civil adnotat p.830

⁴ Ibidem 12, p.174

⁵ Ibidem 12, p.175

⁶ Buletinul notarilor publici, nr.4/2012, p.6

• In ceea ce privește drepturile de creanță și alte valori mobiliare, administratorul încasează chitanțele administrate, eliberând în mod valabil chitanțele corespunzătoare, și exercită drepturile aferente valorilor mobiliare pe care le are în administrare, precum dreptul de vot, de conversie și de răscumpărare.

• Când administrarea are ca obiect o masă patrimonială sau un patrimoniu, administratorul poate să înstrăineze un bun individual determinat sau să îl greveze cu o garanție reală ori de câte ori este necesar pentru administrare a universalității; în celelalte cazuri, este necesară autorizarea prealabilă a beneficiarului sau, după caz, a instanței judecătorești.¹

• Referitor la **administrarea deplină, ca și în cazul fiduciei**, legiuitorul a reglementat minimal puterile și, implicit, atribuțiile administratorului.

Articolul 801 C.civ. stabilește “Pentru aducerea la îndeplinire a obligațiilor sale, administratorul va putea să înstrăineze, cu titlu oneros, bunurile sau să le greveze cu un drept real ori chiar să le schimbe destinația, precum și să efectueze orice alte acte necesare sau utile, inclusiv orice formă de investiție”.

Astfel, administratorul împuternicit cu administrarea deplină a bunurilor altuia este abilitat să sporească patrimoniul administrat, ceea ce presupune orice act, inclusiv investiții sau achiziții de noi bunuri care aduc un spor de valoare, prin raportare la universalitatea juridică a patrimoniului celui care încredințează bunul/bunurile/patrimoniul în vederea administrării.²

De asemenea, administratorul are următoarele posibilități și obligații:

- **articolul 810 C.civ.**, oferă **posibilitatea administratorului de a sta în justiție** pentru orice cerere sau acțiune referitoare la administrarea bunurilor și de a interveni în orice cerere sau acțiune având drept obiect bunurile administrate.

- **articolul 810 C.civ.**, are **obligația de imparțialitate**, în sensul că dacă există mai mulți beneficiari, concomitenți sau succesivi, acesta trebuie să țină cont de drepturile și interesele fiecăruia dintre ei.

- **obligația administratorului de a ține o evidență separată a bunurilor sale proprii distinctă de cea a bunurilor preluate în administrare.**³

Nu în ultimul rând, **regăsim o asemănare între instituția fiduciei și cea a administrării bunurilor altuia**. Deși nu se regăsește *expressis verbis* obligația legală de a da socoteală ca în cazul fiduciei și ca în cazul contractului de mandat, legiuitorul vorbește și reglementează despre **darea de seamă la care este obligat administratorul** cel puțin o dată pe an. Mai mult decât atât, administratorul nu prezintă această dare de seamă a gestiunii sale la solicitarea beneficiarului, ci textul legal, **articolul 842 C.civ.**, îi impune acestuia să o prezinte indiferent dacă i se solicită sau nu.⁴

În materia administrării bunurilor altuia, **articolul 802 C.civ.**, prevede faptul că fața de beneficiar nu este angajată răspunderea administratorului dacă acesta acționează numai în limitele puterilor ce îi sunt conferite.

Astfel, în cazul în care administratorul acționează culpabil în exercitarea atribuțiilor sale, cu consecința producerii unui prejudiciu în dauna unui terț, beneficiarul nu răspunde dacă nu se dovedește că a obținut un câștig din actul culpabil. Într-o astfel de situație, poate fi angajată răspunderea personală a administratorului față de terț, care se va reflecta în patrimoniului acestuia, și nu asupra bunurilor administrate.⁵

Contractul de mandat este un contract prin care o persoană, numită mandatar, se obligă să încheie unul sau mai multe acte juridice pe seama unei alte persoane, numită mandant, care îi dă această împuternicire și pe care îl reprezintă.⁶

¹ Ibidem

² Ibidem

³ ibidem

⁴ ibidem

⁵ ibidem

⁶ Prof.dr. Francisc Deak, *Tratat de Drept Civil-Contracte Speciale*, Editura ACTAMI, București 1998, p.268

Contractul de mandat dintre două persoane fizice, *se prezumă a fi cu titlu gratuit*, însa *legea nu interzice ca mandatarul să fie remunerat*, adică acesta să fie cu titlu oneros, „dacă nu se stipulează în contract, atunci se va stabili potrivit legii, uzanțelor ori, în lipsa, după valoarea serviciilor prestate.”, așa cum precizează articolul 2010, alineat (2).

Contractul de mandat poate să fie cu sau fără reprezentare.

Mandatul este, de regulă, un contract consensual, care ia naștere prin simplul acord de voință al părților, fără a fi supus vreunei forme speciale. După cum s-a spus „mandatul poate fi dat în formă scrisă sau chiar verbal, ori în mod tacit”. În practică mandatul este constatată de obicei printr-un înscris numit *procură* sau *împuțernicire*.¹

Această afirmație aparține vechii reglementări, prevăzută în articolul 1533 Cod civil 1864, însă pe noua reglementare, **articolul 2013 alineat (1)**, menționează mai clar forma contractului de mandat, adăugând noțiunea de „*autentic*” și „*sub semnătură privată*”. Aceste dispoziții menționate mai sus se aplică **contractului de mandat cu reprezentare**.

În cazul **mandatului fără reprezentare, articolul 2039 C.civ. alineat (1)**, prevede că „*este contractul în temeiul căruia o parte, numită mandatar, încheie acte juridice în nume propriu, dar pe seama celeilalte părți, numită mandant, și își asumă față de terți obligațiile care rezultă din aceste acte, chiar dacă terții aveau cunoștința despre mandat*”.

În ceea ce privește întinderea mandatului, vechea reglementare preciza existența unui *mandat general* și a unui *mandat special*. Mandatul este *special* când se dă pentru o singură operațiune juridică, sau pentru anumite operații determinate, și este *general*, când mandatarul primește împuțernicirea de a se ocupa de toate treburile mandantului.

Iată că Noul Cod civil, aduce, prin **articolul 2016**, o exprimare mai clară în ceea ce mandatarul este îndreptățit să efectueze. Prin *mandatul general*, acesta îl autorizează pe mandatar să efectueze numai acte de conservare și de administrare. Iar *mandatul special*, numit și expres de noul cod, îl autorizează pe mandatar să acționeze „*pentru încheierea actelor de înstăinare sau grevare, tranzacții ori compromisuri, pentru a se putea obliga prin cambii sau bilete la ordin ori pentru a intenta acțiuni în justiție, precum și pentru a încheia orice alte acte de dispoziție*”.

Obligațiile mandatarului

• Corelativ atribuțiilor existente prin acceptarea mandatului, în sarcina mandatarului se naște, astfel, **obligația de a executa mandatul**, bineînțeles în limitele stabilite de mandant.

• Un aspect important este **obligația de diligență a mandatarului**, obligație care în cazul contractului cu titlu oneros este interpretată după un criteriu obiectiv, cel al diligenței unui bun proprietar (ca și în cazul administrării remunerate). În schimb, în cazul contractului de mandat cu titlu gratuit, aprecierea diligenței mandatarului se va face cu mai puțină rigurozitate, el fiind obligat să depună aceleași diligențe pe care le depune în privința propriilor afaceri.

• De asemenea, **ca și în cazul fiduciei și al operațiunii de administrare**, există **obligația de a da socoteală a mandatarului**.

• **Obligația de imparțialitate** se regăsește și în cazul contractului de mandat sub forma reglementării conflictului de interese intervenit între reprezentant și reprezentat, precum și în cazul contractului cu sine însuși sau a dublei reprezentări.²

Răspunderea mandatarului

În cazul **contractului de mandat cu titlu oneros**, mandatarul *răspunde față de mandant pentru orice culpă, fiind ținut să depună diligența unui bun proprietar*. Același tip de răspundere se regăsește și în cazul operațiunii **fiduciei**, cat și în cazul operațiunii juridice a **administrării**, având în vedere că atât fiduciarul cat și administratorul trebuie să acționeze cu diligența unui bun proprietar.³

¹ Ibidem, p. 268

² Buletinul notarilor publici, nr. 4/2012, p. 11-12

³ ibidem

În cazul *contractului de mandat cu titlu gratuit*, comportamentul mandatarului în raport cu mandantul se apreciază în funcție de diligențele pe care mandatarul le depunde în propriile afaceri, adică “culpa este apreciată în mod concret”¹

3. Concluzii

În finalul acestei prezentări, luând în considerare punctul de plecare al acestei analize comparative, și anume reprezentarea, și cum aceasta reprezintă principalul domeniu de aplicare ale celor trei instituții, și, în urma analizării dispozițiilor Codului civil aplicabile operațiunii juridice a fiduciei, a administrării și a contractului de mandat în ceea ce privește atribuțiile, obligațiile, răspunderea, am putea concluziona următoarele:

- în măsura în care în urma discuției cu clienții reiese că aceștia doresc, în mod ocazional, ca o altă persoană să administreze un bun ce le aparține, fără să presupună puteri prea mari acordate persoanei care se va ocupa de administrare, atunci ar fi bine să se întocmească procura de administrare, întrucât în acest caz nu se va aplica dreptul comun al administrării bunurilor altuia, ci cel derogator aplicabil contractului de mandat.

- de asemenea, ar fi bine ca întocmirea unui contract de fiducie și/sau de administrare, să se recomande clienților care solicită operațiuni mai simple asupra averii lor și care își asumă complexitatea operațiunilor fiduciei și administrării.

Nu în ultimul rând, în opinia profesorului Gabriel Boroș, acesta spunând despre Noul Cod de Procedură Civilă, că va depinde de actorii justiției, de cum acesta va fi sau nu bun, consider că același lucru se poate spune și despre Noul Cod Civil.

Referințe bibliografice:

- Noul Cod Civil 2011
- Buletinul notarilor publici, anul 2012
- Prof. dr. Francisc Deak, *Tratat de Drept Civil-Contracte special* (București, 1998), editura ACTAMI
- Noul Cod Civil-Intrebări și răspunsuri, Uniunea Națională a Notarilor Publici din România, editura Monitorul oficial
- Prof. univ. dr. Gabriel Boroș, Prof. Carla Anghelescu, Prof. Bogdan Nazat, *Curs de Drept civil-Drepturi reale*, editura Hamangiu 2013
- Revista de Drept privat nr 5/2012-editura UNIVERSUL JURIDIC
- Cristian Bogaru, Sebastian Simion, Alina Balasa-Societatea Civilă de Avocați”Hammon Bogaru și Asociații”.
- Codul Civil adnotat, București 2012

¹ Codul Civil adnotat, p. 2027

COMPANIA DE PROIECT DIN CADRUL PARTENERIATULUI PUBLIC-PRIVAT

Ștefan GRIGORE*

Abstract

Această lucrare își propune să analizeze aspecte ale unui concept amplu dezbătut în literatura juridică de specialitate din ultima vreme – Parteneriatul Public-Privat (PPP). Studiul aprofundează analiza unui segment al PPP, respectiv Societatea sau Compania de Proiect formată în cadrul unei astfel de colaborări. În deschiderea lucrării sunt definiți termenii utilizați pe parcursul acesteia și sunt prezentate o serie de delimitări de natură conceptuală. În continuare se analizează perspectiva pe care Legea nr. 178/2010 o aduce asupra Companiei de proiect alături de completări aduse din doctrină și practică. Pentru o mai bună înțelegere a conceptelor utilizate în aceste pagini sunt prezentate într-o manieră sintetică mai multe elemente de drept comparat cu privire la obiectul lucrării. În final sunt relevate concluziile privitoare la societatea din cadrul PPP-ului și perspectivele acesteia în peisajul juridic românesc.

Cuvinte cheie: *Parteneriat Public-Privat; Companie/Societate de Proiect; PPP instituțional; societate comercială; Societate pe acțiuni.*

1. Considerații introductive

Parteneriatul Public-Privat (PPP¹) a constituit în ultimul deceniu unul dintre cele mai dezbătute și ample promovate concepte din sfera juridică și administrativă din România.

Dacă în sens larg prin PPP se înțelege orice formă de colaborare dintre sectorul public și actori din sfera privată (societăți comerciale sau ONG-uri) în sens restrâns această noțiune poate fi analizată în una din următoarele forme: Parteneriatul de tip Contractual - varianta "clasică" reflectat prin contractul de concesiune² și Parteneriatul de tip Instituțional (PPPI) caracterizat prin crearea unei noi entități juridice distincte față de cei doi parteneri care o înființează.

Situat ca domeniu de studiu la interferența dreptului public și a celui privat iar ca formă de realizare la limita dintre contract public și societate comercială, ne propunem în cele ce urmează să realizăm o prezentare sistematică a celei de a doua varietăți a PPP respectiv a societății de proiect ca nucleu al PPPI.

În ciuda beneficiilor și a avantajelor juridice, economico-financiare, manageriale și practice pe care PPPI le oferă, în România interesul pentru această formulă de realizare a obiectivelor publice a fost foarte scăzut. Astfel, această lucrare urmărește să evidențieze într-o manieră operativă caracteristicile esențiale ale Companiei de proiect prin intermediul legislației în vigoare, a doctrinei și practicii internaționale din domeniu.

Așa cum reiese din diferitele documente ce vor fi prezentate pe parcursul acestei lucrări, cel mai important aspect pe care Compania de proiect îl aduce în PPP îl reprezintă varietatea de forme de finanțare a unor proiecte precum și o mai bună împărțire a riscurilor proiectelor de anvergură,

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București, (grigoremstefan@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. univ. drd. SITARU Dan Alexandru.

¹ Din considerente ce țin de estetica și întinderea lucrării pe parcursul acesteia vom prescurta sintagma "parteneriat public-privat" cu "PPP" și "parteneriat public-privat instituțional" cu PPPI oriunde vom considera necesar.

² O.U.G. nr. 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică, publicat în M. Of., Partea I nr. 569 din 30/06/2006 cu completările și modificările ulterioare și O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicat în M. Of. nr. 418 din 15 mai 2006.

contribuindu-se astfel la atingerea obiectivelor într-o manieră mai eficientă, în concordanță cu principiul "value for money"¹.

Într-un context în care statele practică o disciplină bugetară tot mai strictă iar metodele clasice de finanțare a PPP² devin din ce în ce mai greu accesibile, utilizarea PPPI prin constituirea unor Companii de proiecte aduce noi metode și perspective de finanțare. În această ordine de idei, considerăm că Legea nr. 178/2010 oferă cadrul legislativ pentru demararea unor proiecte capabile să utilizeze mijloace de finanțare specifice societăților comerciale respectiv emisiunea de obligațiuni sau realizarea unei joncțiuni între fondurile structurale europene, nevoia României de a-și dezvolta infrastructura și Compania de proiect ca principal pilon capabil să atragă aceste resurse.

Studiul urmărește să analizeze Compania de proiect din cadrul PPPI ca instituție de drept comercial prin cercetarea modului de constituire al Companiei, funcționarea acesteia, dizolvarea și lichidarea sa. Mai mult, am dori să aprofundăm asemănările și deosebirile existente între o Companie reglementată în baza Legii nr. 178/2010 și o societate reglementată în baza dreptului comun, reguli specifice aplicabile Companiei de proiect, etc.

Pentru a oferi o imagine cât mai cuprinzătoare asupra societății de proiect din cadrul PPPI în capitolul următor vom detalia prin prisma dispozițiilor Legii nr. 178/2010 și a doctrinei de specialitate caracteristicile, structura și elementele definitorii specifice ale PPPI precum și rolul Companiei de proiect în cadrul acestuia.

2. PPP-ul instituțional

În ciuda atenției deosebite ce i-a fost acordată, PPP-ul nu beneficiază de o definiție completă care să înglobeze în esența sa dispozițiile legale, practica precum și dezbaterile doctrinare - fapt datorat complexității și diversității formelor pe care instituția abordată în aceste pagini o poate căpăta.

Dispozițiile legale³ definesc PPP drept "*un mecanism economic de asociere a doi parteneri, autoritatea publică și investitorul privat, în vederea realizării, prin proiectul de parteneriat public-privat, a unui bun public sau a unui serviciu public*". Acest proiect se realizează în întregime sau parțial cu resurse financiare proprii sau atrase de către investitor, pe baza unui model de parteneriat public-privat, în urma căruia va rezulta un bun sau un serviciu public iar forma de cooperare dintre partenerii sus-amintiți "*se realizează în mod obligatoriu prin intermediul unui subiect de drept distinct – Compania de proiect*".

Date fiind cele menționate mai sus putem concluziona că legiuitorul român a ales în cadrul Legii nr. 178/2010 modelul PPP de tip Instituțional care presupune crearea unei entități juridice distincte de cea a partenerilor care o compun.

În sens larg, în doctrină⁴ s-a argumentat faptul că PPP se realizează în principal în unul din două moduri: PPP Contractual sau PPP instituțional.

PPP Contractual nu reprezintă altceva decât forma "clasică" de realizare a unui contract de concesiune în baza O.U.G. nr. 34/2006. Astfel dreptul de concesiune asupra bunurilor proprietate

¹ Expresie semnificând "obținerea unei valori cât mai mari pentru resursele utilizate".

² Prin împrumuturi fie de la bănci comerciale fie de la diferite instituții internaționale de finanțare cum ar fi Banca Mondială, Fondul Monetar Internațional, Banca Europeană de Investiții, ș.a.

³ Legea nr. 178/2010 a parteneriatului public-privat cu completările și modificările sale ulterioare aduse prin O.U.G. nr. 39/2011, publicată în M. Of., Partea I, nr. 284 din 21/04/2011 și O.U.G. nr. 86/2011 publicată în M.Of., Partea I, nr. 729 din 17/10/2011 – numită în continuare "*Legea nr. 178/2010*" sau "*Legea PPP*", coroborată cu dispozițiile H.G. nr. 1239/2010 din 08/01/2010 privind aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii parteneriatului public-privat nr. 178/2010, precum și pentru aprobarea unor măsuri privind reorganizarea Unității Centrale pentru Coordonarea Parteneriatului Public-Privat din cadrul Ministerului Finanțelor Publice – numită în continuare "*Normele metodologice*".

⁴ Comisia Europeană face o distincție între tipurile de PPP utilizate în statele membre și le separă în două mari categorii: PPP contractuale și PPP instituționale.

http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/122012_en.htm

publică, a fost definit în literatura de specialitate¹ ca fiind acel drept real principal, inalienabil, insesizabil și imprescriptibil, constituit cu titlu oneros, pe baza contractului de concesiune încheiat între autoritatea concedentă și o persoană fizică sau o persoană juridică de drept privat cu privire la un bun din domeniul public, ca modalitate de exercitare a dreptului de proprietate publică și care conferă titularului său, în mod temporar, atributele posesiei, folosinței și dispoziției, cu respectarea obligațiilor prevăzute de actul de constituire, precum și a limitelor materiale și juridice. Din această definiție putem deduce faptul că deși ambele forme de PPP urmăresc să pună în valoare bunuri publice sau să satisfacă un interes public, modul în care acest lucru se face în fiecare dintre cele două forme de PPP este radical diferit.

În practica diferitelor state pentru PPPI numit și PPP Organizațional sunt utilizate diferite denumiri în legătură cu societatea ce va pune în practică obiectivul partenerierii. Astfel, ca primă figură juridică întâlnim denumirea de "*joint ventures*", căreia îi corespunde în sistemul juridic românesc noțiunea de "*asociere în participație*"²

În ceea ce privește acest tip de asociere, în cadrul doctrinei corespunzătoare vechii reglementări³ a PPP "Consiliile județene și cele locale puteau hotărî asupra participării cu capital, în numele și în interesul colectivităților locale pe care le reprezintă, la constituirea de societăți comerciale sau la înființarea unor servicii de interes public local ori județean. Se puteau realiza astfel de societăți comerciale potrivit Legii. nr. 31/1990⁴ privind societățile comerciale, republicată, ori partenerieri simple potrivit dispozițiilor Codului Civil"⁵.

O a doua modalitate de creare a unui PPPI pe care o regăsim în practica diferitelor state constă în preluarea unei societăți ori achiziția de acțiuni într-o societate comercială, fie de către o terță persoană de drept privat, fie participarea statului în calitate de acționar într-o societate comercială. Această metodă a fost și este folosită în continuare pe scară largă în Irlanda, acest stat fiind unul dintre promotorii de succes ai PPP la nivel european⁶.

Nu în ultimul rând, amintim forma de PPPI pe care actuala reglementare din România o propune pentru dezvoltarea unor proiecte sub acest regim juridic și anume crearea unei societăți de proiect cu scopul demarării și implementării unui anumit obiectiv public. În această variantă scopul asocierii coincide cu scopul societății care este acela de a realiza anumite lucrări, bunuri sau servicii⁷.

Compania de proiect poartă diferite denumiri în cadrul sistemelor legislative din lume fiind întâlnite următoarele: "*project company*", *SPV-Special Purpose Vehicle*, *SPE-Special Purpose Entity*⁸ sau simplu *Compania* respectiv *Societatea*.

¹ V. Stoica, "Drept Civil. Drepturile reale principale", Ed. C.H. Beck, București, 2009, pag. 195.

² Art. 1949 din Codul Civil definește contractul de asociere în participație ca fiind "*contractul prin care o persoană acordă uneia sau mai multor persoane o participație la beneficiile și pierderile uneia sau mai multor operațiuni pe care le întreprinde*".

³ Ordonanța Guvernului nr. 16/2002, privind contractele de parteneriat public-privat, a fost publicată în "Monitorul Oficial al României", partea I, nr. 94 din 2 februarie 2002, fiind ulterior, succesiv, modificată și completată prin: Legea nr. 470/2002; O.U.G. nr.15/2003, publicate, respectiv, în "Monitorul Oficial al României", partea I, nr. 559 din 30 iulie 2002; nr. 204 din 28 martie 2003; nr. 501 din 10 iulie 2003. / Prin H.G. nr. 621/2002 ("Monitorul Oficial al României", partea I, nr. 480 din 15 iulie 2002) au fost aprobate Normele Metodologice de aplicare a Ordonanței Guvernului nr. 16/2002 – în prezent abrogată prin dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006.

⁴ Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată – M. Of nr. 33 din 29 ianuarie 1998, cu completările și modificările ulterioare.

⁵ Anca Ghinea, "Parteneriatul public-privat. Soluție pentru un mai bun management al comunităților locale din România. Ghid practic pentru consiliile județene", Institutul pentru Politici Publice, București, 2004. pag 18.

⁶ Public Private Partnership arrangements Act (Irish Law), Paragraful 3 (2) "*O autoritate publică poate, cu acordul ministerului de resort: (a) fie singură sau în parteneriat cu o altă entitate publică să înființeze și să înregistreze o societate comercială, / (b) fie să devină acționar într-o companie existentă având scopul de a realiza un proiect de parteneriat public-privat*".

⁷ Art. 5 din Legea nr. 178/2010 intitulat "*Tipuri de activități în contractele de parteneriat public-privat*".

⁸ În traducere liberă: "*vehicul sau entitate cu destinație specială*".

În capitolul următor vom analiza în detaliu dispozițiile Legii nr. 178/2010 privind Compania de proiect precum și reglementările corespunzătoare din Legea nr. 31/1990 cu care acestea se completează pentru a evidenția regulile prin care ia naștere, funcționează și este desființată o astfel de companie în cadrul PPP.

3. Compania de Proiect

3.1. Noțiuni Generale

Legea nr. 178/2010 definește Compania de proiect drept "*societatea comercială, persoană juridică română, având ca acționari partenerul public și pe cel privat, care sunt reprezentați proporțional cu participarea la proiectul de parteneriat public-privat, partenerul public participând cu aport în natură*"¹.

După inițierea proiectului, selecția investitorilor și semnarea acordului cu investitorii selectați² are loc ultima etapă și anume încheierea contractului de PPP.

Ulterior acestui moment "*sunt demarate procedurile conform legislației române, pentru constituirea Companiei de proiect ca societate comercială pe acțiuni având ca acționari partenerul public și partenerul privat, în vederea realizării obiectivelor contractului de PPP*"³.

Compania de proiect se organizează și funcționează conform legislației în vigoare, ca o societate comercială al cărei capital social este deținut de către partenerul public și investitorul privat⁴.

Mai mult, Normele metodologice prevăd în mod expers faptul că această Companie se organizează și funcționează conform Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și altor acte normative în vigoare, ca o societate comercială⁵.

Scopul companiei de proiect este operarea și gestionarea, pe principii economice, conform legii și actului constitutiv, a tuturor etapelor de derulare a contractului de proiect de PPP precum și transferul bunurilor și serviciilor publice rezultate către partenerul public⁶.

3.2. Constituirea Companiei de Proiect

Constituirea Companiei de proiect este reglementată de dispozițiile Legii nr. 31/1990, care privesc constituirea oricărei societăți comerciale, anumite dispoziții speciale privind societatea pe acțiuni din aceeași lege precum și dispoziții speciale din Legea PPP.

Astfel, Legea nr. 178/2010 prevede că aceasta se aplică pentru următoarele categorii de activități: derularea unui proiect de PPP între un partener public și un investitor privat, ca urmare a aplicării uneia dintre procedurile de desemnare a partenerului privat, încheierea acordului de proiect precum și pentru înființarea și reglementarea funcționării Companiei de proiect⁷.

În ceea ce privește inițiativa lansării proiectului de PPP și implicit a constituirii Companiei de proiect, Legea nr. 178/2010 prevede în mod expres faptul că aceasta aparține partenerului public⁸. În acest sens, inițiatorul trebuie să întocmească un studiu de fundamentare și fezabilitate.

Dacă în cazul constituirii unei societăți pe acțiuni în baza Legii nr. 31/1990, negocierea are loc în etapa redactării contractului de societate, în cazul Companiei de proiect acest lucru se întâmplă cu mult înaintea înființării efective a acestei companii. Astfel, condițiile generale ale contractului de PPP cuprind obligatoriu în rândul termenilor lor specifici condițiile de înființare a Companiei de

¹ Art. 4, lit.f, intitulat "*Definiții*".

² Etapele care conduc la încheierea unui contract de PPP conform art. 14, alin. (1) din Legea nr. 178/2010.

³ Art. 14, alin. (2) din Legea nr. 178/2010.

⁴ Ibidem art. 32.

⁵ Art. 93 din Normele Metodologice.

⁶ Ibidem, art. 94.

⁷ Art. 9 din Legea nr. 178/2010 – "*Domeniu de aplicare. Excepții*".

⁸ Art. 19 – "*Condiții de inițiere a proiectului de PPP*".

proiect și elementele fundamentale ale statutului acesteia ca document de bază pentru înregistrarea societății comerciale rezultate¹.

Mai mult, Legea PPP enumeră în rândul criteriile de negociere cu candidații cu care s-a semnat acordul de proiect în vederea stabilirii investitorului privat cu care se va încheia contractul de PPP fixarea responsabilităților legale ale celor doi parteneri în etapele premergătoare și responsabilități privind organizarea companiei de proiect².

Având în vedere că Legea nr. 178/2010 operează doar cu termenul de "*act constitutiv*", coroborat cu dispozițiile Legii nr. 31/1990 putem deduce că statutul și contractul de societate sunt încheiate printr-un înscris unic.

Ca în orice societate comercială, asociații societății pe acțiuni, denumiți și acționari, pot fi persoane fizice sau juridice.

Pentru societatea pe acțiuni, Legea nr. 31/1990 impune un număr minim al acționarilor ce nu poate fi mai mic de doi³.

Legea PPP nu conține prevederi contrare dispozițiilor de mai sus, în cadrul secțiunii dedicate definițiilor, se arată că partenerul privat este "*orice investitor privat care a semnat un contract de PPP*"⁴.

Privitor la aspectele referitoare la numărul minim de doi asociați necesar înființării Companiei de proiect, acest criteriu se îndeplinește întotdeauna întrucât prin definiție contractul de PPP reprezintă un acord bilateral între un partener public (autoritate/instituție publică) și un partener privat (societate comercială/O.N.G.).

În ceea ce privește posibilitatea existenței unui număr mai mare de doi asociați în cadrul contractului de PPP și al Companiei de proiect, opinăm că acest lucru nu este posibil deoarece legea vorbește pe tot parcursul său despre existența "*celor doi parteneri*" iar acolo unde se pune în discuție un număr mai mare de parteneri privați respectiv de parteneri publici, aceștia se prezintă sub forma unei asocieri, reprezentând o unică entitate juridică.

În susținerea afirmației precedente, cu privire la existența mai multor parteneri publici, art. 6 alin. (2)¹ prevede că "*în situația asocierii partenerilor publici, la constituirea asocierii, având în vedere scopul și obiectivele asocierii și ale proiectului de PPP, precum și cu respectarea dispozițiilor legale în materia proprietății publice, partenerii publici vor stabili de comun acord care dintre membrii asocierii va avea calitatea de titular al dreptului de proprietate, precum și orice alte condiții privind regimul juridic și modul de punere în valoare a bunului public realizat prin contractul de PPP*".

Asocierea poate fi întâlnită și în privința partenerului privat iar ca argument în acest sens aducem definiția largă pe care legiuitorul o atribuie partenerului public – "*persoana fizică sau juridică*" precum și explicația corespunzătoare reglementării anterioare a partenerului privat⁵ care îl definea drept "*orice persoană juridică sau asociere de persoane juridice, română sau străină*".

Dat fiind faptul că celelalte dispoziții cuprinse în actul constitutiv privind firma, aportul social, acțiunile, etc. nu prezintă distincții față de dreptul comun vom aborda în continuare problema funcționării Companiei de proiect.

3.3. Funcționarea Companiei de Proiect

În capitolul X al Normelor metodologice intitulat "*Modalitatea de organizare și funcționare a companiei de proiect*" se arată că "*partenerul public aduce ca aport la capitalul social al companiei*

¹ Art. 107, alin. (2) din Normele Metodologice.

² Ibidem, art. 47, lit. f.

³ Stanciu D. Cârpenaru, "Tratat de drept comercial", Ed. Universul Juridic, București, 2012, pag. 306.

⁴ Art. 4. lit.e¹ din Legea nr. 178/2010.

⁵ abrogată prin O.U.G. nr. 86/2011.

de proiect, în condițiile legii, bunuri aflate în proprietatea privată a statului sau a unităților administrativ-teritoriale”¹.

Din coroborarea textului de lege sus-enuțat cu art. 4 din aceeași lege² reiese în mod indiscutabil intenția legiuitorului de a construi prin intermediul PPP un mecanism de realizare a unor investiții publice prin care partenerul public să aibă exclusiv contribuții în natură.

Din lectura textului de lege reiese în mod clar faptul că partenerul privat este însărcinat în mod exclusiv cu obținerea resurselor financiare pentru derularea proiectului. Facem această precizare deoarece legea face vorbire și despre o altă entitate denumită "investitor privat"³.

Practic Legea nr. 178/2010 precizează că acest act normativ se aplică pentru "derularea unui proiect de PPP [...] între un partener public și un investitor privat". Astfel, investitorul privat, care este dispus să asigure finanțarea proiectului, odată ce a trecut de procedurile de selecție și devine parte la contractul de PPP, dobândește statutul de partener privat.

În rândurile următoare vom face o analiză a obligațiilor Companiei de proiect în baza Legii PPP.

Compania de proiect are următoarele obligații generale, transferate prin contractul de PPP⁴:

- a) proiectarea, începând cu faza de proiect tehnic;
- b) construcția;
- c) dezvoltarea;
- d) reabilitarea;
- e) operarea;
- f) întreținerea;
- g) finanțarea (*obiectivului public care face obiectul contractului de PPP*).

Pe toată perioada de funcționare a companiei de proiect, aceasta are următoarele obligații specifice în baza Legii PPP alături de celelalte obligații specifice unei societăți pe acțiuni:

▪ nu poate să își schimbe obiectul de activitate și nu poate desfășura operațiuni economice în afara scopului expres al proiectului de PPP pentru care a fost creată sau al dezvoltării acestuia în folosul comunității⁵.

▪ pe toată perioada de derulare a contractului de parteneriat public-privat, respectiv până la data rămânerii definitive și irevocabile a hotărârii de dizolvare a companiei de proiect, liderul asocierii care formează partenerul privat nu poate fi înlocuit din Compania de proiect⁶.

▪ nu are dreptul să ia decizii cu privire la schimbarea formei de proprietate sau de administrare a patrimoniului public sau privat cu care partenerul public participă la proiectul de PPP, pe toată perioada de derulare a contractului de PPP și nici cu privire la cesionarea unor drepturi primite prin contract⁷.

▪ în cazul încetării contractului de PPP prin expirarea termenului, Compania de proiect este obligată să restituie partenerului public bunurile publice și bunurile rezultate din derularea contractului de PPP, în mod gratuit și libere de orice sarcini⁸.

¹ Art. 93, alin. (2) din Normele Metodologice.

² [...] "partenerul public participând cu aport în natură".

³ investitor privat – "orice persoană juridică sau asocierie de persoane juridice, română sau străină, care și-a manifestat interesul de a participa în cadrul procedurii de selecție și este dispusă să asigure finanțarea pentru una sau mai multe dintre etapele unui proiect de parteneriat public-privat, [...], și care are calitatea de furnizor de bunuri, prestator de servicii ori executant de lucrări – cu activitate în domeniul care oferă în mod licit pe piață bunuri, servicii și/sau execuție de lucrări", conform art. 4, lit. e. din Legea nr. 178/2010.

⁴ Art. 6, alin. (1) din Legea PPP

⁵ Ibidem, art. 35.

⁶ Art. 96, alin. (1) din Normele Metodologice.

⁷ Ibidem, art. 99.

⁸ Art. 25, alin. (2) din Legea PPP.

▪ până la data rămânerii definitive și irevocabile a hotărârii de dizolvare a companiei de proiect, la încetarea contractului de PPP, părțile contractului de parteneriat public-privat sunt ținute de respectarea obligațiilor ce le revin potrivit legii și/sau contractului¹.

În continuare vom expune și drepturile specifice ce revin Companiei de proiect pentru perioada în care aceasta își desfășoară activitatea:

▪ companiei de proiect i se pot atribui, cu acordul acesteia, toate sau numai o parte dintre contractele/serviciile prestate de partenerul public în îndeplinirea atribuțiilor sale din sectorul public încredințat, în legătură cu obiectul contractului de PPP, până la preluarea bunului².

▪ prin contractul de PPP, companiei de proiect i se permite să perceapă, cu respectarea prevederilor legale în vigoare, tarife corespunzătoare pentru utilizarea de către terți a bunului public pentru o perioadă stabilită, investitorul putând să își recupereze investiția, să finanțeze întreținerea și să realizeze profit³.

▪ în conformitate cu forma de înțelegere sau asociere a entităților private care formează asocierea sub care se înregistrează partenerul privat, unele entități se pot retrage din proiect, cu acordul partenerului public, pe măsură ce au fost îndeplinite activitățile din cadrul proiectului pentru care ele au fost implicate și și-au obținut drepturile contractuale în cadrul asocierii⁴.

În ceea ce privește conducerea Companiei de proiect, aceasta este realizată de un consiliu de administrație, în care cei doi parteneri sunt reprezentați proporțional în concordanță cu cotele de participare la proiectul de parteneriat public-privat care stau la baza proporțiilor de participare la Compania de proiect⁵.

Evaluarea participării partenerului public la capitalul social și la patrimoniul companiei de proiect, în vederea stabilirii proporționalității de reprezentare a celor doi parteneri în consiliul de administrație, se va realiza înainte de începerea procedurii de selectare a partenerului privat prin însumarea valorii bunurilor cu care participă la proiect și a valorii estimate a serviciilor puse la dispoziția proiectului⁶.

Bunurile cu care participă partenerul public la proiect sunt evaluate la valoarea de piață, pe baza raportului de evaluare, întocmit conform standardelor în vigoare, de evaluatori persoane fizice sau juridice autorizate, atestate conform legii⁷.

Menționăm că la începutul lunii martie a anului 2013, Guvernul a lansat un proiect de lege⁸ de modificare a actualei reglementări în vederea creșterii operativității și eficienței mecanismului de colaborare dezbătut în aceste pagini.

Dintre modificările aduse în discuție de proiectul de lege amintit, prezintă relevanță pentru materia analizată în acest studiu următoarele aspecte:

▪ posibilitatea ca societatea de proiect să aibă ca acționari fie partenerul public și partenerul privat, fie numai partenerul privat.

▪ dreptul partenerului public de a prelua drepturile partenerului privat, din proprie inițiativă sau la solicitarea finanțatorilor proiectului în măsura în care partenerul privat nu își respectă obligațiile.

¹ Ibidem, art. 26.

² Conform dispozițiilor art. 13, alin. (2) din Legea nr. 178/2010.

³ Art. 93, alin. (3) din Normele Metodologice.

⁴ Ibidem, art. 96, alin. (2)

⁵ Art. 97 din Normele Metodologice coroborat cu art. 27 lit. f. din Legea PPP.

⁶ Art. 98, alin. (1) din Normele Metodologice.

⁷ Ibidem, alin. (2).

⁸ Informații preluate din expunerea de motive a proiectului de act normativ privind modificarea Legii nr. 178/2010, Secțiunea a 2-a, lit.B, punctul 2 – "*Schimbări preconizate*", lansat spre dezbateri publice la începutul lunii martie a anului 2013. Documentul poate fi accesat pe pagina oficială a Secretariatului General al Guvernului României, la următorul link: <http://www.sgg.ro/nlegislativ/docs/2013/03/v243680h57trwfbjs1d9.pdf>.

▪ este recunoscută posibilitatea partenerului public care este autoritate publică sau instituție publică sau asociere a acestora de a modifica unilateral partea reglementară a contractului de parteneriat public-privat precum și de a denunța unilateral contractul pentru motive determinate de interesul public, cu despăgubirea corespunzătoare a partenerului privat.

▪ este consacrat principiul echilibrului financiar și posibilitatea adaptării contractului în situația în care ca urmare a unui act normativ sau a unui act administrativ sau a unui caz de forță majoră survenit în cursul executării contractului are loc creșterea efectelor financiare negative legate de executarea obligațiilor partenerului privat, cu excepția cazului în care acesta și-a asumat riscul respectiv, ș.a.

Pentru toate celelalte aspecte privind Compania de proiect, se aplică dispozițiile Legii nr. 31/1990.

3.4. Finanțarea companiei de proiect

Având în vedere că principalul motiv pentru care PPP este considerat ca un instrument novator în rândul modalităților de realizarea a unor lucrări sau prestării unor servicii de interes public este tocmai diversitatea și amploarea modalităților și mijloacelor de finanțare pe care acest tip de proiecte le pot atrage. Date fiind aceste motive, în continuare vom aborda într-o manieră sintetică câteva dintre perspectivele privind finanțarea Companiei de proiect prevăzute în legea nr. 178/2010 și în unele documente internaționale de promovare a PPP.

Până nu demult, piața europeană de PPP s-a bazat într-o foarte mare măsură pe finanțarea datoriei de proiect prin împrumuturi provenite de la bănci comerciale și/sau alte instituții publice de finanțare (de exemplu BEI¹). De la debutul crizei financiare, împrumuturile bancare au devenit mai dificil de obținut iar condițiile de creditare s-au deteriorat în mod semnificativ afectând astfel profitabilitatea și principiul "value for money" al proiectelor desfășurate în regim de PPP.

În aceste condiții, așa cum reiese și din unele documente internaționale², finanțarea Companiei de proiect prin emiterea de obligațiuni poate juca un rol major în reducerea decalajului de finanțare. În esență, obligațiunile pentru proiectele de PPP sunt titluri de creanță emise de societățile de proiect și cumpărate de regulă de investitori instituționali (fonduri de pensii, companii de asigurări). Aceste instrumente pot fi uneori tranzacționabile pe piețele secundare.

În timp ce finanțarea prin emiterea de obligațiuni joacă un rol semnificativ în unele piețe din afara Europei (Canada este exemplul cel mai elocvent în acest sens), astfel de demersuri în Europa sunt încă în faza lor incipientă.

Opinăm că o dezbatere cu privire la modalitatea de finanțarea a PPP descrisă în rândurile de mai sus ar trebui avută în vedere și în privința modificării actualei reglementări. În Comunicarea Comisiei Europene privind PPP din 2009 s-a constituit un angajament privind sprijinirea finanțării PPP prin introducerea de noi instrumente financiare. În document se discută și despre preocupările Comisiei Europene de a găsi modalități de a face joncțiunea dintre utilizarea Fondurilor Europene și a mijloacelor de finanțare a Companiilor de proiect³.

Legiuitorul român și-a însușit observațiile făcute de organismele europene și în vederea programelor europene de finanțare din perioada 2014-2020 în cadrul proiectului de modificare al Legii PPP se menționează următoarele:

¹ Banca Europeană de Investiții.

² Opinie lansată în cadrul documentului intitulat "Finanțarea PPP prin emiterea de obligațiuni. Idei pentru autoritățile contractante", lansat în luna Octombrie 2012 de către Centrul European de Expertiză în PPP – EPEC, denumire originală: "Financing PPP's with project bonds. Issues for public procuring authorities", European PPP Expertise Center.

³ Punct de vedere exprimat în cadrul documentului "Folosirea Fondurilor Europene în PPP-explicarea modului de finanțare și începerea discuțiilor cu privire la viitor", elaborat în luna Mai 2011 de către Centrul European de Expertiză pentru PPP, denumire originală: "Using EU Funds in PPP's-explaining the how and starting the discussion on the future", European PPP Expertise Center

▪ *finanțarea proiectului se poate asigura integral din fonduri private sau poate cuprinde și o componentă de fonduri publice, inclusiv fonduri puse la dispoziție de Uniunea Europeană. Partenerul public poate contribui la finanțarea investițiilor în cadrul proiectului numai cu fonduri nerambursabile și cu cofinanțarea națională aferentă acestora. În toate celelalte etape ale proiectului fondurile publice pot fi utilizate cu respectarea prevederilor privind ajutorul de stat și încadrarea în limitele de deficit public aplicabile, cu includerea corespunzătoare a creditelor de angajament și a creditelor bugetare în bugetele publice aferente¹.*

Un prim aspect legat de finanțare în baza Legii PPP privește proprietățile realizate prin implementarea proiectului și terenurile ocupate de proiect, în afara bunurilor proprietate publică, și care nu pot fi înstrăinate sau grevate dar pot fi ipotecate, gajate și pot constitui garanții pentru finanțatorul proiectului public-privat, pe perioada de desfășurare a contractului.

De asemenea veniturile societății de proiect în cursul desfășurării proiectului de PPP pot proveni atât din tarifele colectate de la utilizatorii bunului sau serviciului public cât și din plăți efectuate de partenerul public ca beneficiar principal al serviciilor prestate de societatea de proiect.

Legea reglementează și anumite situații speciale privitoare la acțiunile societății de proiect. Este permisă constituirea de garanții numai asupra drepturilor constituite în favoarea partenerului privat sau a societății de proiect exclusiv în favoarea finanțatorilor proiectului care sunt instituții de credit, instituții financiare sau instituții financiare internaționale și numai pentru durata contractului de parteneriat public-privat.

3.5. Dizolvarea și Lichidarea Companiei de proiect

Compania de proiect se dizolvă și se lichidează potrivit regulilor generale referitoare la dizolvarea și lichidarea societăților comerciale. La aceste reguli se adaugă și o serie de dispoziții specifice cuprinse în legea PPP.

În continuare am grupat aceste reguli specifice în două categorii respectiv reguli referitoare la încetarea Companiei de proiect ca urmare a încetării contractului de PPP și obligații generate de încetare:

I. *Încetarea companiei de proiect ca urmare a încetării contractului de PPP poate avea loc într-una dintre următoarele situații²:*

▪ în cazul expirării termenului contractului încheiat între partenerul public și partenerul privat;

În ceea ce privește acest prim punct, menționăm că în proiectul legislativ de modificare a Legii PPP se prevăd în rândul schimbărilor preconizate și stabilirea unor criterii de determinare a duratei contractului³.

▪ în baza acordului dintre partenerul public și partenerul privat;

▪ în alte cazuri prevăzute de lege sau de contract.

II. *Încetarea companiei de proiect creează o serie de obligații prevăzute în Legea nr. 178/2010 după cum urmează⁴:*

▪ compania de proiect are obligația să notifice cu cel puțin 90 de zile, dar nu mai mult de 120 de zile înaintea expirării perioadei de valabilitate a contractului, partenerul public cu privire la intenția de a preda bunurile publice și bunurile rezultate din derularea contractului de PPP.

▪ partenerul public are obligația de a prelua bunurile prevăzute mai sus până la încetarea efectelor contractului.

¹ Informații preluate din expunerea de motive a proiectului de act normativ privind modificarea Legii nr. 178/2010, Op. cit.

² Art. 25, alin. (1) din Legea PPP.

³ Informații preluate din expunerea de motive a proiectului de act normativ privind modificarea Legii nr. 178/2010, Op. cit.

⁴ aspecte reglementate în alin. (2)-(5) ale art. 25 din Legea nr. 178/2010.

▪ în cazul în care partenerul privat sesizează existența unor cauze sau iminența producerii unor evenimente de natură să conducă la imposibilitatea realizării activității sau prestării serviciului de interes public, acesta notifică în termen de maximum 48 de ore acest fapt partenerului public, în vederea luării măsurilor ce se impun pentru asigurarea continuității activității sau a serviciului.

▪ în cazul în care partenerul privat se retrage unilateral din contractul de PPP, investiția consumată până la acel moment rămâne ca participare la realizarea proiectului respectiv, Compania de proiect și partenerul public neavând nicio obligație de returnare a valorii investiției respective către partenerul privat.

Lichidarea Companiei de proiect la fel ca și lichidarea societății pe acțiuni se realizează potrivit dispozițiilor Legii nr. 31/1990 și prevederilor actelor constitutive, în măsura în care acestea din urmă nu sunt incompatibile cu lichidarea societăților comerciale¹.

4. Concluzii

Compania de proiect din cadrul PPP nu reprezintă o specie distinctă de societate comercială în sistemul juridic românesc, dimpotrivă, între societatea pe acțiuni și Compania de proiect existând o legătură de incluziune.

Companiei de proiect, așa cum se prevede și în Legea nr. 178/2010, ori de câte ori nu îi sunt aplicabile prevederi exprese, îi corespund cele din dreptul comun, respectiv Legea nr. 31/1990. Totuși, ținând cont de analiza efectuată în aceste pagini, suntem îndreptățiți să afirmăm că datorită multitudinii de reguli speciale aplicabile Companiei de proiect și prevăzute în Legea PPP, aceasta reprezintă o categorie aparte de societate pe acțiuni.

În contextul în care contractele de PPP se încheie pe perioade foarte mari de timp (*49 de ani conform vechii reglementări*) și pentru realizarea obiectului lor se creează presiuni foarte mari asupra bugetului național, este esențial ca "*vehiculul special al proiectului*" – Compania de proiect, să fie bine structurată încă din momentul semnării contractului și al inițierii parteneriatului. Acest fapt este necesar tocmai pentru a asigura un management eficient al proiectului și pentru a atinge obiectivul general – satisfacerea interesului public conform principiului "*value for money*".

Salutăm pe această cale propunerea de modificare a Legii nr. 178/2010 lansată de Guvernul României și apreciem promptitudinea cu care legiuitorul român s-a aliniat noilor viziuni și perspective privind finanțarea PPP la nivel european.

Deși evoluția generală a PPP în sistemul normativ din România a fost greoaie, amploarea dezbaterilor recente din doctrină, includerea poziției de manager de proiect în parteneriat public-privat în rândul Clasificării Ocupațiilor din România la finele anului trecut și nu în ultimul rând lansarea la începutul anului 2013 în SEAP² a rubricii consacrate anunțurilor de selecție și anunțurilor de atribuire a parteneriatelor, constituie progrese îmbucurătoare ale acestei instituții juridice.

Referințe bibliografice:

- Stanciu D. Cârpenaru, "Tratat de drept comercial", Ed. Universul Juridic, București, 2012
- Valeriu Stoica, "Drept Civil. Drepturile reale principale", Ed. C.H. Beck, București, 2009
- Anca Ghinea, "Parteneriatul public-privat. Soluție pentru un mai bun management al comunităților locale din România. Ghid practic pentru consiliile județene", Institutul pentru Politici Publice, București, 2004
- "*Using EU Funds in PPP's-explaining the how and starting the discussion on the future*", European PPP Expertise Center, Mai, 2011
- "*Financing PPP's with project bonds. Issues for public procuring authorities*", European PPP Expertise Center, Octombrie, 2012
- Codul Civil, Legea nr. 287/2009 privind Codul Civil, publicată în M. Of. nr. 255/2012

¹ S.D.Cârpenaru, Ibidem, pag. 359.

² Sistemul Electronic de Achiziții Publice – www.e-licitatie.ro.

▪ Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată – M. Of nr. 33 din 29 ianuarie 1998, cu completările și modificările ulterioare

▪ Legea nr. 178/2010 a parteneriatului public-privat cu completările și modificările sale ulterioare aduse prin O.U.G. nr. 39/2011, publicată în M. Of., Partea I, nr. 284 din 21/04/2011 și O.U.G. nr. 86/2011 publicată în M.Of., Partea I, nr. 729 din 17/10/2011

▪ Ordonanța Guvernului nr. 16/2002, privind contractele de parteneriat public-privat, a fost publicată în "Monitorul Oficial al României", partea I, nr. 94 din 2 februarie 2002, fiind ulterior, succesiv, modificată și completată – *abrogată*

▪ O.U.G. nr. 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică, publicat în M. Of., Partea I nr. 569 din 30/06/2006 cu completările și modificările ulterioare

▪ O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicat în M. Of. nr. 418 din 15 mai 2006

▪ H.G. nr. 1239/2010 din 08/01/2010 privind aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii parteneriatului public-privat nr. 178/2010, precum și pentru aprobarea unor măsuri privind reorganizarea Unității Centrale pentru Coordonarea Parteneriatului Public-Privat din cadrul Ministerului Finanțelor Publice

▪ Public Private Partnership arrangements Act (Irish Law)

▪ Proiectul de act normativ privind modificarea Legii nr. 178/2010, Secțiunea a 2-a, lit.B, punctul 2 – "*Schimbări preconizate*", lansat spre dezbatere publică la începutul lunii martie a anului 2013. Documentul poate fi accesat pe pagina oficială a Secretariatului General al Guvernului României:

<http://www.sgg.ro/>

▪ Site-ul Oficial al Comisie Europene - www.europa.eu

▪ Sistemul Electronic de Achiziții Publice – www.e-licitatie.ro

THE SPECIAL LEGAL NATURE OF MATRIMONIAL PROPERTY CONTRACT IN THE HUNGARIAN CIVIL LAW

Nóra Béres

Abstract

Under the Hungarian law in force the rules of family law are not included in the Civil Code of 1959, but they are realized in independent Family Law Act, which was adopted by the legislator in 1952. This allocation is in conformity with the view that: family law is incontestably an integrant part of private law, nevertheless it is an independent branch of law and its rules have to be kept away from the Civil Code.

Keywords: *family law, Matrimonial Property, the Hungarian Civil Law, the Family Law Act marriage, law*

Correspondence between family law and civil law in the Hungarian private law

Since family law – in contradiction to civil law – principally does not regulate financial, but personal relations; family relation does not lay down the determined act of the participants, but the wide range of their attitude; regulation runs through the whole life of the affected ones; as regards family law relations change in subjects is excluded, as well as producing an aimed legal effect has primarily not direct, but indirect sanctions.¹

On the other hand – as Weiss Emilia emphasizes – “it is characteristic of marriage and family that they are not regulated by legal standards and several aspects of them do not or just a bit require or less tolerate legal intervention.”²

It is unquestioned that in the course of the codification of Family Law Act the legislator set out from entirely different economic and social conditions as they are in our time. Under the aforementioned I consider to the more significant role of women in work, the increased financial differences among families and the child- and family protection aspects enjoying continually increased support. This problem was not solved by the two novel modifications of the Family Law Act.

Within the meaning of the Family Law Act marriage is accompanied not only by personal, but also financial legal effects, thus “with the beginning of matrimony communal estate is set up between the parties. In compliance with it undivided joint property of the husband and wife is all that they either together or separately acquired during the time of their marriage, apart from that belong to the separate estate of one of them.” Therefore if the parties contract a marriage with each other, legal consequences referring to the rights of property also appear – ipso iure – in relationship between themselves.

The above-cited rules concerning to rights in property arising from matrimonial relationship – accurately reflecting the inwardness of private law – have dispositive nature. The basis of it is that the law opens the door to the partners before or in marriage to arrange their financial conditions by contract in contrast to the law for the time of marriage. The rules of Family Law Act come into force with the beginning of marriage, though the law ensures possibility within the same article (§) to the parties to deviate from these rules. I.e. the regulation of legal force does not refer to define the rules

¹ KÖRÖS András: A házassági vagyonjog korszerűsítésének elvi kérdései. (KÖRÖS I.) In: Polgári Jogi Kodifikáció, 2001. (3. évf.) 2. sz., 4. p.

² WEISS Emilia in: KÖRÖS I. i. m. 5. p.

of joint estate failing agreement between the parties – rather the possibility of wholly or partly deviation from the given rules is in focus.

The rule relating to contracting not at all grabs the nature of the type of contract, which enables to the partners in marriage almost in all questions – of course in conformity with the principle of freedom of contract - to issue from the limits determined by law. The Family Law Act does not even outline clear possibilities how the parties could deviate from the system referring to the rights of property defined by law.

Marital property law and civil law

Marital property law is the part of family law related to civil law in the closest way. The reason for this is that the legislator declares in the Family Law Act that the directives of Civil Code must also be suitably applied for the financial conditions between the partners in marriage. Herewith the law authorizes the law-enforcement bodies to find solution for problems arising owing to the reticence of marital property law regulations by the general rules of obligatory right system of Civil Code.

The other obvious interpretation of the close relationship is that the area – generally in contrast to the other parts of family law - primarily regulates financial and not family conditions. It is particularly true in case of marital property law contract that it indicates several similarities with the obligatory right owing not only to the object of its regulation but also to its contractual nature by itself.

The Family Law Book of the new Civil Code of 2013

In March 2013, after long codification works, the Hungarian Parliament adopted the law on the new Civil Code, which will be enforced in 15 March 2014. Therefore in the course of outlining the system of relations of marital property law, family law and civil law I consider essential to illustrate changes induced by the new Civil Code. The new law follows monist attitude, thus family law becomes the part of the Code, and it takes place in its fourth book.

The Code devotes a separate section for the marital property law contracts – preferring contracting, and it provides regulatory frameworks in order that the contract can fulfil its social function.¹

Summary

Although I much rather agree with the new regulations – as a consequence of those more detailed nature – than with the low number of standards in the Family Law Act – nevertheless I consider that the new Code still does not express the character of the contract and the enforcement of the parties' autonomy in the desired extent.

Conclusions

As a point of my view it would be necessary to emphasize the importance of the legal institution in a more increased way owing to the specific enforcement of the dispositive rules relating to marital property law contract. Marital property law contract is undoubtedly a type of contract, yet it is also a family law legal institution by the general contractual rule system of the obligatory right. It is arising from the aforementioned characteristic that the enforcement of dispositive rules concerning contracting deviates from rules relating to the clear civil law contracts.

Since the substance of contracts in the Civil Code is that they regulate financial conditions and the will of the contracting parties also tends toward to produce financial legal effect. On the other hand marital property law contract is a legal institution of additional nature, which is connected with

¹ KÖRÖS András: Házassági vagyoni szerződés az új Polgári Törvénykönyv Családjogi Könyvében. In: Közjegyzők Közlönye 2007. (54. évf.) 3. sz., 3. p.

marriage. However on the occasion of a marriage – in contrast to the clear civil law contracts – the will of the parties primarily does not tend toward to produce legal consequences referring to the rights of property, but to the marriage. Moreover it can be told in general that parties are much rather aware of the personal legal effects of marriage than the legal consequences referring to the rights of property. Therefore it can more often happen that as parties do not understand the resulting legal effects referring to the rights of property, thus they also do not realize the importance of the possibility to deviate from them, which could offer more favourable solution for them in many cases. By the development of alternative property law systems the new Civil Code undoubtedly improved in this area, though I believe that we have to still wait for the final solution of the problem.

Naturally in those cases when communal estate outlined by the law could ensure regulation in compliance with the income and financial condition of the parties I would not deem it necessary to deviate from possibilities outlined by the law, yet I am sure that the widely spread of this type of contract would be beneficial in several cases.

References:

- KÖRÖS András: A házassági vagyoni jog korszerűsítésének elvi kérdései. In: Polgári Jogi Kodifikáció, 2001. (3. évf.) 2. sz.
- KÖRÖS András: Házassági vagyoni jogi szerződés az új Polgári Törvénykönyv Családjogi Könyvében. In: Közjegyzők Közlönye, 2007. (54. évf.) 3. sz.
- WEISS Emília: Néhány kérdés a készülő Polgári Törvénykönyv Családjogi Könyve koncepciója köréből. In: GYEKICZKY Tamás (szerk.): Ami a múltból elkísér. A Családjogi Törvény ötven éve. Gondolat – Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Bp., 2005.

Legal sources:

- Law IV of 1952 on marriage, family and guardianship
- Law IV of 1959 on Civil Code
- Law V of 2013 on Civil Code

MODURILE DE EXERCITARE A DREPTULUI DE PROPRIETATE PUBLICĂ

Mădălina-Ștefania MAFTEI¹

Abstract

În partea introductivă a prezentei lucrări, mi-am propus să analizez particularitățile pe care le prezintă exercitarea dreptului de proprietate publică și, de asemenea, indicarea și analiza dispozițiilor constituționale în materie și prevederile din celelalte acte normative, care determină regimul juridic al exercițiului dreptului de proprietate publică.

În continuare, mi-am propus să detaliez formele specifice de exercitare a dreptului de proprietate publică, astfel cum acestea sunt reglementate în prezent, dar și cu referiri la practica judiciară existentă în materie.

Cuvinte cheie : *Proprietate, exercitare, administrare, folosință, concesiune.*

I. Introducere

După o perioadă îndelungată de îngrădiri, dreptul de proprietate și-a regăsit libertatea și un câmp liber de exprimare. Literatura de specialitate a relevat că proprietatea „constituie o enormă forță civilizatoare, deoarece se află la baza inițiativei private și este singurul resort durabil al activității omenești”. De asemenea, Cicero afirma că „proprietatea este înăscută în sufletul nostru”.²

Proprietatea este una din instituțiile fundamentale ale dreptului, - reprezentând în același timp unul din fundamentele construcției sociale, ea fiind un drept subiectiv care aparține statului sau unităților administrativ – teritoriale asupra bunurilor, care, potrivit legii sau prin natura lor, sunt de uz sau de interes public.

În cadrul acestei lucrări am cuprins totalitatea aspectelor ce țin de dreptul de proprietate publică, precum și de cele trei modalități de exercitare a acestui drept, reglementate de Codul civil, și anume dreptul de administrare, dreptul de concesiune și dreptul de folosință cu titlu gratuit.

Importanța teoretică și practică a lucrării este dată, în opinia mea, nu atât de actualitatea temei tratate, cât mai ales de expunerea clară, sistematică și precisă a problemelor proprietății, precum și de puterea de a transpune noțiunile teoretice aferente în cazuri practice, după cum vor fi prezentate în următoarea parte a studiului.

După prezentarea noțiunilor teoretice, mi-am propus drept obiectiv transpunerea acestora în unele cazuri concrete din practica judiciară, privind dreptul de administrare al regiilor autonome și al instituțiilor publice, precum și dreptul de concesiune, respectiv concesiunea bunurilor din domeniul public al Consiliului Județean.

Modalitatea prin care voi răspunde la obiectivele asumate este documentarea amănunțită din mai multe surse de informare, și, totodată, apelând la dispozițiile constituționale și ale actelor normative aferente în materie, privind modurile de exercitare a dreptului de proprietate publică.

Acumulând un volum larg de cunoștințe referitoare la această temă, studiindu-le și comparându-le, am ajuns la concluzia că o construcție juridică, oricât de solidă, riguroasă și subtilă ar fi ea, nu este făcută numai pentru frumusețea demonstrației, ci este necesar ca ea să fie utilă practicii judiciare, sau să se bazeze pe aceasta.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București (e-mail: stefania.mafteii@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prep. Univ. Drd. Bogdan Nazat (e-mail: bogdan.nazat@gmail.com).

² Ioan Adam , „ Drepturile reale ”, p. 33.

II. Conținutul propriu-zis

De-a lungul dezvoltării societății omenești, observăm diferențe fundamentale în analiza legităților și mecanismelor economico-sociale, proprietatea reprezentând o noțiune fundamentală care caracterizează sistemul economico-social al unei societăți, iar definirea proprietății a constituit obiectul de studiu într-o diversitate de opinii cu privire la conținutul și existența sa.

În dreptul roman, proprietatea era numită *dominium ex jure quiritium* și reprezenta o *plena in re potestas*. Îngrădirile proprietății erau puține și se numeau servituți. Ulterior, în Evul Mediu, dreptul de proprietate a fost mărginit, micșorat prin diferite concesiuni și restricții. Astfel, în cazul terenurilor, exista *dominium eminens* ce aparținea seniorului și *dominium utile* concedat de acesta. Proprietatea era divizată.

Codul francez a adoptat forma romană a proprietății individuale, absolute și exclusivă. Această formă a fost adoptată și de codul civil român din anul 1864.

În literatura socio-economică, conținutul proprietății este analizat atât din punct de vedere economic, cât și din punct de vedere juridic, anume ca drept de proprietate.¹

Abordând problema în sens juridic, putem observa că reglementările legale utilizează termenul de proprietate în sensuri diferite. Într-un prim înțeles, termenul de proprietate este privit în sens larg și se aplică tuturor drepturilor și în sens restrâns, prin proprietate înțelegem proprietatea corporală, și anume, aceea care poartă asupra bunurilor care au o existență materială, mobile sau imobile, și înțelegem dreptul de proprietate ca fiind un drept real, exclusiv, absolut și perpetuu.

Evoluția dreptului de proprietate, astfel cum aceasta a fost direcționată de către extinderea noțiunii de proprietate, către reducerea prerogativelor recunoscute titularului acestui drept și către consolidarea constituțională și internațională a dreptului de proprietate privată,² iar într-o altă viziune, evoluția dreptului de proprietate a fost marcată de o schimbare de mentalitate, existența unor limite, o extindere a proprietății și o transformare a acesteia.³

De-a lungul timpului, proprietatea a dat naștere unor puternice controverse, teorii, concepții, idei politice, economice, filosofice, religioase, juridice, grupate în două mari orientări.⁴ Prima dintre acestea a fost susținută, elaborată de către cei care militau pentru comunitatea de bunuri sau pentru proprietatea colectivă. În acest sens amintim că Platon a formulat critici severe asupra dreptului de proprietate privată, având rezerve asupra acestuia și mijloacelor juridice de dobândire a bunurilor. Concepția lui Platon a fost reluată și dezvoltată de către utopiștii Renașterii Thomas Morus, Tommaso Campanella, iar apoi, într-o perioadă următoare de Babeuf, Bazard, Proudhom.

Dreptul de proprietate este cel mai important și mai amplu drept real, care absoarbe toate utilitățile bunului și nu are ca limită decât bunul însuși, fiind un drept complet și total, deoarece titularul are toate puterile asupra bunului său.⁵

Constituția României statuează în cuprinsul art. 136 alin. (1) că proprietatea are două forme, și anume, publică și privată.

¹ **Cu privire la noțiunea economică de proprietate, proprietatea și dreptul de proprietate**, a se vedea C. Bîrsan, M. M. Pivniceru, op. cit., pp. 22 și 23; C. Stătescu, C. Bîrsan, op. cit., pp. 26 și urm.; V. Stoica, op. cit., pp. 213 și 214.

² **L. M. Crăciunean**, Aspecte privind regimul juridic al servituțiilor de utilitate publică, Pandectele Române nr. 6/2008, p. 50.

³ **Ph. Malaurie, L. Aynès**, Droit civil. Les biens, Defrénois, Paris, 2004, p. 105, citat de L. M. Crăciunean, op. cit., p. 50.

⁴ **L. Pop**, op. Cit., p. 38-39, citând pe **G. Marty, P. Raynaud**, Droit civil. Les biens, ediția a II-a, Ed. Sirey, Paris, p. 29; Fr. Terré, Ph. Simler, op. cit., p. 102-115; s-a precizat că existența dreptului de proprietate are, totodată, o semnificație politică specifică, în funcție de caracteristicile fiecărei proprietăți (C. Atias, Droit civil. Les biens, 8 édition, Litec, Paris, 2005, p.2).

⁵ **O. Ungureanu, C. Munteanu**, op. cit., Dreptul nr. 4/2009, p. 55, autorii citând J. Carbonnier, Préface à R. Rarijaona, Le concept de propriété en droit foncier de Madagascar (étude de sociologie juridique), 1967, în Ecrits. Textes rassemblés par Raymond Verdier, de J. Carbonnier (1908-2003), Presses Universitaires de France, 2008, p. 177.

Schimbările social – economice care au avut loc în România și care, cel puțin pe plan economic, cu evidente consecințe în cadrul relațiilor sociale, au condus la apariția sau, mai exact, la reapariția unei forme de proprietate cunoscută de toate sistemele de drept care reflectă, pe de o parte, o organizare democratică a societății, asigurată de stat, organismele sale, partidele politice, sindicate, societatea civilă, iar, pe de altă parte, de existența unei economii bazate pe cerere și ofertă.

Dreptul de proprietate publică este un drept existent și reglementat în perioada dezvoltării moderne a României, început încă din a doua jumătate a secolului al XIX-lea, înlocuit în perioada regimului totalitar pe care l-a cunoscut statul român între anii 1945-1989 cu dreptul de proprietate socialistă de stat.

După anul 1990, odată cu trecerea la organizarea democratică a societății românești, a reapărut, mai întâi, noțiunea de domeniu public, în Legea nr. 18/1991, și apoi cea de proprietate publică, în Constituția adoptată în anul 1991, revizuită în anul 2003, precum și în alte acte normative adoptate după anul 1990.

În afara reglementărilor constituționale, regimul juridic al proprietății publice îl regăsim în anumite acte normative, precum Legea nr. 213/1998 privind bunurile proprietate publică¹, Codul civil, art. 858 – 875, Legea fondului funciar nr. 18/ 1991, Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale, Legea nr. 238/2004 a petrolului, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 105/2001 privind frontiera de stat a României, Legea apelor nr. 107/1996, Legea nr. 17/1990 privind regimul juridic al apelor maritime interioare, al mării teritoriale, al zonei contigue și al zonei economice exclusive ale României, Legea nr. 46/2008 – Codul silvic, Ordonanța Guvernului nr. 43/1997 privind regimul juridic al drumurilor, Legea nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, Hotărârea Guvernului nr. 841/1995 privind modurile de transmitere fără plată și de valorificare a bunurilor aparținând instituțiilor publice.

Conform art. 866 C.civ., care reia în mare parte dispozițiile art. 136 alin. (4) din Constituție și reglementarea Legii nr. 213/1998 referitoare la modalitățile de exercitare a dreptului de proprietate publică, putem vorbi despre dreptul de administrare, dreptul de concesiune și dreptul de folosință cu titlu gratuit. Aceste drepturi sunt stabilite limitativ de lege.

Un lucru de o importanță deosebită îl constituie faptul că art. 866 din NCC, spre deosebire de art. 136 alin. (4) din Constituție și Legea nr. 213/1998, nu mai enumeră și închirierea ca o modalitate de exercitare a dreptului de proprietate publică.

Aceste drepturi reale corespunzătoare dreptului de proprietate publică sunt similare dezmembrămintelor specifice dreptului de proprietate privată, în sensul că beneficiarii acestor drepturi reale, astfel cum sunt aceștia determinați de lege, se vor bucura de anumite atribute ale dreptului de proprietate, asemeni titularilor unor dezmembrăminte, însă cu respectarea unor limite mai stricte. Trebuie precizat, însă, că dreptul de proprietate publică nu este apt de dezmembrăminte.

A. Dreptul de administrare

Acesta a fost definit² ca drept real principal, având caracter imobiliar, imprescriptibil și insesizabil, constituit cu titlu gratuit asupra unui bun din domeniul public, având ca titulari regiile autonome și instituții publice, care îi conferă titularului său posesia, folosința și dispoziția, în conformitate cu actul constitutiv.

Reglementările legale privind dreptul de administrare pornesc de la prevederile art. 136 alin. (4) din Constituția României, în conformitate cu care bunurile proprietate publică sunt inalienabile, însă pot fi date în administrare regiilor autonome și instituțiilor publice, continuând cu prevederile art. 123 alin. (1) din Legea nr. 215/2001, în conformitate cu care consiliile locale și consiliile județene hotărăsc ca bunurile din domeniul public sau din domeniul privat, de interes local sau județean, să fie date în administrare regiilor autonome sau instituțiilor publice.

¹ Publicată în M. Of. nr. 448 din 24 noiembrie 1998, modificată prin O.U.G. nr. 30/2000, publicată în M. Of. nr. 160 din 17 aprilie 2000, respinsă prin Legea nr. 113/2002, publicată în M. Of. nr. 189 din 20 martie 2002.

² V. Stoica, op.cit., p. 446.

Dreptul de administrare mai este reglementat și prin Ordonanța Guvernului nr. 15/1993, precum și prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 30/1997.¹

Codul civil reglementează dreptul de administrare la art. 867 – 870. Astfel, art. 867 alin. (1) C.civ., asemeni art. 12 alin. (2) din Legea nr. 213/1998, reglementează modalitatea de constituire a dreptului real de administrare, în sensul că acesta se constituie exclusiv prin hotărâre a Guvernului, în situația în care bunul se află în domeniul public al statului, și prin hotărâre a Consiliului județean sau local, după cum bunul se află în domeniul public de interes județean sau local.

Alin. (2) al aceluiași art., prevede că autoritățile care constituie dreptul de administrare sunt responsabile cu urmărirea și controlul modului de exercitare a acestui drept, ceea ce presupune implicit faptul că între titularul dreptului de proprietate publică și beneficiarii dreptului de administrare se creează raporturi de subordonare.

Art. 868 C.civ., asemeni art. 136 alin. (4) din Constituție și art. 12 alin. (1) din Legea nr. 213/1998, articol modificat de Legea 71/2011, alineatul 1 nemaexistând, enumeră limitativ care sunt subiectele de drept care pot fi titulare ale dreptului de administrare, respectiv regiile autonome, autoritățile administrației publice centrale sau locale și instituțiile publice de interes național, județean sau local.

Art. 868 alin. (2) C.civ., citând reglementarea statornicită de fostul art. 12 alin. (3) teza întâi din Legea nr. 213/1998, menționează prerogativele de care se bucură titularii dreptului de administrare, respectiv posesia, folosința și dispoziția materială. Deși textul art. 868 C.civ. face vorbire despre dreptul de dispoziție, trebuie precizat faptul că titularul dreptului de administrare nu se poate bucura de dispoziția juridică asupra bunului, deoarece aceasta rămâne întotdeauna atributul proprietarului bunului.

Posesia regiilor autonome și a instituțiilor publice, ca atribut al dreptului real de administrare a bunurilor proprietate publică, este asemănătoare sub aspectul elementului material cu posesia exercitată de titularul dreptului de proprietate publică, însă diferă elementul intențional, care este corespunzător doar conținutului dreptului real de administrare, iar nu dreptului de proprietate publică.

Folosința permite regiilor autonome și instituțiilor publice să exercite posesia și să întrebunțeze bunurile proprietate publică, în vederea realizării scopului pentru care au fost înființate, în puterea proprietarului și potrivit destinației bunurilor, respective uzul sau interesul public. În virtutea acestei prerogative, titularii dreptului real de administrare pot dobândi, în proprietate, fructele produse de bunurile proprietate publică pe care le administrează. În acest sens, putem da ca exemplu art. 16 alin. (2) din Legea nr. 213/1998 care stabilește că atunci când titularul dreptului de administrare direct a încheiat un contract de închiriere a bunului proprietate publică, el are dreptul să încaseze din chirie o anumită cotă-parte, restul făcându-se venit la bugetul de stat sau la bugetele locale.

În ceea ce privește natura juridică a dreptului de administrare, acesta reprezintă un drept real principal, care se constituie și se exercită în regim de drept public.² Pentru a determina natura juridică a dreptului de administrare a bunurilor proprietate publică de către regiile autonome și instituțiile publice, trebuie să avem în vedere două categorii de raporturi juridice. Prima categorie vizează raporturile juridice care se stabilesc între, pe de o parte, titularii dreptului de proprietate publică, respectiv statul și unitățile administrativ-teritoriale, iar, pe de altă parte, titularii dreptului de administrare a bunurilor proprietate publică, respectiv regiile autonome și autoritățile administrației publice centrale sau locale și alte instituții publice de interes național, județean sau local, iar cea de-a doua categorie vizează raporturile juridice ce se stabilesc între, pe de o parte, titularii dreptului de administrare a bunurilor proprietate publică, iar, pe de altă parte, celelalte subiecte de drept.³

¹ Publicată în M. Of. nr. 125 din 19 iunie 1997, modificată prin O.U.G. nr. 59/1997, publicată în M. Of. nr. 267 din 6 octombrie 1997, aprobată prin Legea nr. 207/1997, publicată în M. Of. nr. 366 din 18 decembrie 1997; O.U.G. nr. 30/1997 a mai fost modificată prin Legea nr. 103/1998, publicată în M. Of. nr. 198 din 28 mai 1998, prin O.G. nr. 25/1998, publicată în M. Of. nr. 313 din 27 august 1998 și prin O.G. 70/1998, publicată în M. Of. nr. 313 din 27 august 1998.

² V. Stoica, p. 442.

³ G. Boroi, L. Stănculescu, op. cit., p. 45.

Ca regulă generală, dreptul de administrare ia ființă prin acte juridice de drept administrativ, existând, deci, raporturi juridice de subordonare specifice, însă, în raporturile de drept privat, dreptul de administrare este opozabil erga omnes, întrucât este un drept real, care poate fi apărat prin mijloace de drept civil.¹ Așadar, dreptul de administrare a bunurilor proprietate publică este un drept real cu o natură juridică mixtă, atât administrativă, cât și civilă, iar din această calificare rezultă importante consecințe practice.²

Art. 869 C.civ. prevede că dreptul de administrare poate fi revocat „dacă interesul public o impune, de organul care l-a constituit”. Putem observa că sfera de aplicare a revocării, la care se referă acest text de lege, este mai largă față de cea reglementată de fostul art. 12 alin. (3) din Legea nr. 213/1998 (- în prezent abrogată -), întrucât revocarea conform reglementării anterioare era posibilă numai atunci când exista o neexecutare a drepturilor și obligațiilor născute din actul de constituire de către titularul dreptului de administrare, deci numai cu titlu de sancțiune.

Aceeași trăsătură de drept administrative face imposibilă dezmembrarea dreptului de administrare a bunurilor proprietate publică, posibilitate specific dreptului civil.

Natura civilă a dreptului real de administrare a bunurilor proprietate publică are drept consecință opozabilitatea dreptului respective față de celelalte subiecte de drept. Așadar, împotriva acestora, titularul dreptului de administrare poate recurge la mijloacele de apărare specific dreptului civil.

Astfel, în cazul în care titularul dreptului de administrare este împiedicat în exercitarea dreptului său, acesta poate exercita acțiunea confesorie împotriva oricărei persoane, inclusiv împotriva titularului dreptului de proprietate publică, conform art. 870 alin. 2) și art. 696 alin. (1) C.civ., asigurându-se astfel o apărare efectivă, precum și eficiența acestui drept real opozabil erga omnes. Tot în cadrul art. 870 C.civ., reluând dispozițiile fostului art. 12 alin. (4) din Legea nr. 213/1998, se stabilește faptul că, într-un proces vizând dreptul de administrare, titularul acestui drept se bucură de calitate procesuală activă și pasivă.

În legătură cu raporturile juridice dintre titularii dreptului real de administrare a bunurilor proprietate publică și celelalte subiecte de drept, trebuie reținute și caracterele juridice ale acestui drept, anume inalienabilitatea, imprescriptibilitatea și insesizabilitatea.

B. Dreptul de concesiune

Acest drept a fost definit³ ca drept real inalienabil, imprescriptibil și insesizabil constituit cu titlu oneros în baza unui contract de concesiune încheiat între o autoritate publică și un subiect de drept privat, respectiv persoană fizică sau juridică, cu privire la un bun din domeniul public, conferind titularului posesia, folosința și dispoziția, conform obligațiilor care rezultă din contractul încheiat, pe o perioadă determinată de timp.

Cadrul legal îl reprezintă dispozițiile constituționale ale art. 136 pct. 4, precum și reglementările Ordonanței de urgență a Guvernului 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică⁴ și acelea ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.⁵

Codul civil reglementează contractul de concesiune la art. 871 – 873.

¹ V. Stoica, p. 445.

² G. Boroș, L. Stănculescu, op. cit., p. 46.

³ V. Stoica, op. cit., p. 456.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 569 din 30 iunie 2006, aprobată cu modificări prin Legea nr. 22/2007, publicată în M. Of. nr. 35 din 18 ianuarie 2007.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări prin Legea nr. 337/2006, publicată în M. Of. nr. 625 din 20 iulie 2006.

Contractul de concesiune de bunuri proprietate publică se încheie în formă scrisă și prin acesta o autoritate publică, denumită concedent, transmite, pentru o perioadă determinată, unei alte persoane, denumită concesionar, care acționează pe riscul și răspunderea sa, obligația de exploatare a unui bun proprietate publică, în schimbul unei redevențe. S-a precizat că forma scrisă este necesară ad validitatem, iar lipsa acesteia constituie o cauză de nulitate absolută și virtuală a actului juridic.¹

Obiectul contractului de concesiune îl reprezintă bunurile proprietate publică a statului sau a unităților administrativ – teritoriale, iar redevența obținută constituie venit la bugetul de stat sau la bugetele locale.

Potrivit art. 5 din O.U.G. nr. 54/2006, calitatea de concedent, în numele statului sau al unităților administrativ – teritoriale, o pot avea autoritățile publice de la nivel central, respectiv ministerele sau alte organe de specialitate ale administrației publice centrale, pentru bunurile proprietate publică a statului, și consiliile județene, consiliile locale sau instituțiile publice de interes local, pentru bunurile proprietate publică a județului, orașului sau comunei, iar calitatea de concesionar o poate avea orice persoană fizică sau juridică, română sau străină, precum este prevăzut în art. 6 din ordonanță, articol ce își găsește corespondentul în art. 871 alin. (2) C.civ. Pe cale de consecință, rezultă că persoanele juridice de drept public pot avea calitatea de concesionar – ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. Mai mult, potrivit art. 59 din ordonanță, concesionarea se poate face prin atribuire directă în favoarea companiilor și societăților naționale.

În toate cazurile, exercitarea dreptului de concesiune este supusă controlului din partea concedentului, asemenea control exercitându-se în condițiile legii și ale contractului de concesiune, astfel cum prevede art. 872 alin. (3) C.civ.

Concesionarul va plăti concedentului o redevență proporțională cu beneficiile obținute din exploatarea bunului concesionat, care devine venit la bugetul de stat sau, după caz, la bugetele locale, de unde rezultă că concesiunea se face cu titlu oneros.

Art. 59 din O.U.G. nr. 54/2006 permite subconcesiunea numai în mod excepțional, prin aprobarea concedentului și cu respectarea anumitor condiții, ceea ce conferă contractului de concesiune un puternic caracter intuitu personae.

Contractul de concesiune este încheiat în conformitate cu legea română, indiferent de naționalitatea sau cetățenia concesionarului, pentru o durată de cel mult 49 de ani, durata concesiunii stabilindu-se de către concedent pe baza studiului de oportunitate. Contractul poate fi prelungit o singură dată, prin simplul acord de voință al părților, pe o perioadă egală cu cel mult jumătate din durata inițială. Acest lucru este prevăzut în art. 7 din O.U.G. nr. 54/2006.

Sub sancțiunea nulității absolute, titularul dreptului de concesiune nu are prerogativa dispoziției juridice asupra bunurilor concesionate. În acest sens, potrivit art. 872 alin. (1) teza a II-a C.civ, concesionarul nu poate înstrăina și nici greva bunul dat în concesiune sau, după caz, bunurile destinate ori rezultate din realizarea concesiunii și care trebuie, potrivit legii sau actului constitutiv, să fie predate concedentului la încetarea, din orice motive, a concesiunii.

La expirarea termenului concesiunii, concesionarul este obligat să restituie, în deplină proprietate, liber de orice sarcină, bunul concesionat, inclusiv investițiile pe care le-a realizat.

Contractul de concesiune poate să înceteze, potrivit art. 57 din O.U.G. nr. 54/2006 prin ajungerea la termenul prevăzut în contract, afară de situația prelungirii lui prin acordul părților pentru o perioadă de cel mult jumătate din durata sa inițială, prin denunțarea unilaterală a contractului de către concedent, în cazul în care interesul național sau local impune o asemenea încetare, cu plata de despăgubiri juste și prealabile către concesionar, dacă acesta suferă un prejudiciu ca urmare a unei asemenea denunțări unilaterale, prin reziliere, în cazul neexecutării culpabile a obligațiilor contractuale de către oricare dintre părțile sale, cu plata de despăgubiri în sarcina părții răspunzătoare de neexecutare sau prin dispariția, printr-un caz de forță majoră, a bunului concesionat, precum și în

¹ G. Boroi, L. Stănculescu, op. cit., p. 48.

cazul imposibilității obiective a concesionarului de a-l exploata, prin renunțare, fără plata unei despăgubiri.

În ceea ce privește apărarea în justiție a dreptului de concesiune, aceasta revine concesionarului, care poate exercita acțiunea confesorie, conform dispozițiilor art. 873 C.civ., raportat la art. 696 alin. (1) din același cod. Acțiunea confesorie poate fi formulată inclusiv împotriva titularului dreptului de proprietate publică.¹

Litigiile referitoare la încheierea, executarea și încetarea contractului de concesiune sunt de competența instanțelor judecătorești de drept comun.

C. Dreptul de folosință cu titlu gratuit

Acesta reprezintă² un drept real principal, inalienabil, insesizabil și imprescriptibil care este constituit de către autoritatea competentă asupra unui bun din domeniul public, în scopul exercitării dreptului de proprietate publică, având ca titular o persoană juridică de drept privat de utilitate publică și care conferă titularului atributele posesiei, folosinței și dispoziției, obligând la respectarea îndatoririlor stabilite în actul de constituire.

Dreptul de folosință cu titlu gratuit este reglementat la art. 874 – 875 din Codul civil.

În plus față de dispozițiile înscrise în art. 136 alin. (4) din Constituție, care prevăd în mod expres posibilitatea bunurilor proprietate publică a statului sau a unităților administrativ – teritoriale să fie date în folosință gratuită unor persoane fizice sau juridice, potrivit art. 874 alin. (1) C.civ., dreptul de folosință asupra bunurilor proprietate publică se acordă, cu titlu gratuit, pe termen limitat, în favoarea instituțiilor de utilitate publică.

De asemenea, potrivit art. 124 din Legea nr. 215/2001, bunurile mobile și imobile proprietate publică a unităților administrativ – teritoriale pot fi date în folosință gratuită, pe termen limitat, persoanelor juridice fără scop lucrativ care desfășoară activitate de binefacere sau de utilitate publică ori serviciilor publice.

Dreptul de folosință gratuită se naște prin acte ale autorităților publice, este un drept real, deoarece permite titularului exercitarea unor prerogative asupra bunurilor primite în folosință, în acest sens, titularul dreptului de folosință cu titlu gratuit nu beneficiază de fructele civile în lipsa unor dispoziții contrare în actul de constituire, este un drept temporar, are ca obiect bunuri imobile proprietate publică a statului sau bunuri imobile și mobile proprietate publică a unităților administrativ – teritoriale, și, de asemenea, are ca beneficiari numai persoane juridice fără scop lucrativ care desfășoară activitate de binefacere sau de utilitate publică ori serviciile publice.

Art. 874 alin. (2) C.civ. stabilește regula potrivit căreia veniturile rezultate din folosirea bunului dat în folosință gratuită, respectiv fructele civile, se cuvin proprietarului bunului, iar nu celui în favoarea caruia s-a instituit dreptul de folosință gratuită. Cu toate acestea, regula stabilită de acest articol, nu are caracter imperativ, astfel încât părțile pot deroga de la aceasta, prin dispozițiile actului de constituire.

Cât privește regimul juridic al dreptului de folosință gratuită, se aplică, în mod corespunzător, regulile referitoare la dreptul de administrare, cu precizarea că dreptul de folosință gratuită, spre deosebire de dreptul de administrare, are caracter temporar. Art. 874 alin. (3) stabilește că „dispozițiile privind constituirea și încetarea dreptului de administrare se aplică în mod corespunzător”.

În ceea ce privește apărarea în justiție a dreptului de folosință cu titlu gratuit, aceasta revine titularului dreptului, care poate exercita acțiunea confesorie, conform dispozițiilor art. 875 C.civ., raportat la art. 696 alin. (1) din același cod, împotriva oricui ar încălca prerogativele recunoscute titularului acestui drept, inclusiv împotriva titularului dreptului de proprietate publică.

¹ G. Boroi, L. Stănculescu, op. cit., p. 50.

² V. Stoica, op. cit., p. 461.

În continuare, mă voi raporta la prezentarea a trei cazuri din practica judiciară în materie.

Voi începe cu prezentarea celor două cazuri din jurisprudență, privind dreptul de administrare al regiilor autonome și al instituțiilor publice.¹

Primul caz face referire la un teren provenit din fostele izlazuri comunale, cultivat cu seminceri furajeri, caz în care prefectul refuză să admită ordin de restituire a acestuia în proprietatea unei comune.

Astfel, potrivit art. 40 din Legea nr. 18/1991, terenurile provenite din fostele izlazuri comunale transmise unităților de stat, și care, în prezent, sunt folosite ca pășuni, fânețe și arabil, vor fi restituite în proprietatea comunelor, orașelor și municipiilor, după caz, și în administrarea primăriilor, pentru a fi folosite ca pășuni comunale și pentru producerea de furaje sau semințe de culturi furajere. Fac excepție suprafețele acoperite cu vii, pomi, seminceri furajeri, heleștee, lacuri sau cele destinate pentru producerea de legume, fructe, materie primă pentru fabricile de conservare, orezării și câmpuri experimentale, destinate cercetării agricole, care vor fi compensate în echivalență de către Ministerul Agriculturii și Alimentației.

Prima instanță a stabilit în mod întemeiat că numai terenul în suprafață de 45 ha se poate restitui în proprietatea comunei Căpâlna, întrucât celelalte terenuri de până la 116 ha sunt cultivate cu semincere furajere, astfel cum rezultă din raportul de expertiză tehnică efectuat în cauză.

Față de cele arătate, recursul formulat de Consiliul local al comunei Căpâlna, jud. Bihor urmează să fie respins, întrucât motivele invocate nu sunt întemeiate, terenul ce depășește suprafața de 45 de ha, nefiind restituibil conform art. 40 din Legea nr. 18/1991. Această sentință a fost pronunțată de Curtea Supremă de Justiție, Secția de contencios administrativ, Decizia nr. 1539 din 15 septembrie 1997.

Al doilea caz pe care îl voi prezenta, redă faptul că, prin acțiune, Prefectul municipiului București și al sectorului agricol Ilfov a cerut în contradictoriu cu Consiliul local al municipiului București, să se dispună anularea hotărârii din 25 noiembrie 1993.

Prin hotărârea respectivă, autoritatea deliberativă a administrației publice locale a stabilit încetarea dreptului de folosință a Regiei Generale de Apă București asupra unui teren situat în București, urmând ca acesta să constituie aport în natură al consiliului la constituirea unei societăți comerciale. În această situație, Curtea de Apel București a admis acțiunea, însă, împotriva acestei sentințe, Consiliul local București a declarat recurs.

Din actele dosarului rezultă că terenul în litigiu, situat în București, este proprietatea Consiliului local al municipiului București. El a fost trecut în proprietatea statului pe baza Decretului nr. 92/1950, la capitolul Băi publice. Pe terenul respectiv s-a aflat Baia Publică Arcului, demolată în anii 1984 – 1985. După demolarea vechii construcții, Regia Generală de Apă București, care a administrat baia publică, nu a mai folosit terenul până în prezent, astfel cum rezultă din adresa acestei regii.

În aceste condiții rămâne fără probatoriu susținerea din acțiunea prefecturii, în sensul că terenul intravilan, neocupat de construcții, ar fi trecut din proprietatea publică, ocrotită prin art. 135 alin. (3) din Constituție, în proprietatea Regiei Generale de Apă București, ca urmare a aplicării art. 5 din Legea nr. 15/1990.

Aparținând domeniului public de interes local, imobilul este inalienabil, imprescriptibil și insesizabil. El se află în administrarea efectivă a Consiliului local al municipiului București și în calitatea sa de proprietar, această autoritate administrativă poate dispune neîngrădit exploatarea lui, inclusiv în vederea obținerii unor venituri, prin concesiune, închiriere, locație de gestiune sau chiar participarea la constituirea unei societăți comerciale pe acțiuni.

¹ **Marin Voicu, Mihaela Popoacă**, „Dreptul de proprietate și alte drepturi reale. Tratat de jurisprudență.”, Editura Lunina Lex, București, 2002, p. 64-66.

Se constată din considerentele expuse că, însușindu-și în mod necritic afirmațiile din acțiune și omițând înscrisurile probatorii atașate la dosar, instanța de fond nu a stabilit regimul juridic real al terenului în discuție.

În consecință, urmează a se admite recursul și a fi casată sentința, în sensul respingerii acțiunii prefectului. Acest caz a fost soluționat la Curtea Supremă de Justiție, Secția de contencios administrativ, Decizia nr. 530 din 4 iulie 1994.

Voi încheia prin prezentarea unui caz din jurisprudență, privind dreptul de concesiune, respectiv concesiunea bunurilor din domeniul public al Consiliului Județean.¹

Obiectul acțiunii de față îl constituie refuzul Consiliului Județean Tulcea de a accepta oferta de preț propusă pentru concesiunea prin încredințare directă spre valorificare a resursei stufile din amenajările 6 Martie, Iazurile, Dranov-Ghiol, Periteasca și Ceamurlia, invocându-se că s-a încălcat un drept recunoscut de lege, respectiv art. 26 din Legea nr. 219/1998, fiind produs un prejudiciu constând în profitul brut nerealizat și dobânzi, solicitat pe temeiul dispozițiilor art. 11-13 din Legea nr. 29/1990.

Potrivit Legii nr. 213/1998 art. 3 alin. (3), „domeniul public al județelor este alcătuit din bunurile prevăzute la pct. I din anexa la lege și din alte bunuri de uz sau interes public județean, declarate prin hotărârea consiliului județean, dacă nu sunt declarate prin lege bunuri de uz sau de interes public național.”

Hotărârea de trecere a bunurilor poate fi atacată, în condițiile legii, la instanța de contencios administrativ competentă, în a cărei rază teritorială se află bunul.

Potrivit Legii nr. 69/1996, Consiliul Local Tulcea a devenit proprietarul, în regim public, al suprafeței de 79.000 ha teren arabil și amenajări piscicole.

În virtutea acestui drept, Consiliul Județean și-a exercitat prerogativa de „dispoziție” asupra bunului, prin refuzul la oferta reclamantei, în sensul de a i se concesiunea, fără licitație, prin încredințare directă, exploatarea amenajărilor de stof citate în prezenta hotărâre (6 Martie, Iazurile, Dranov-Ghiol, Periteasca și Ceamurlia).

Legea nr. 219/1998 constituie o lege cadru cu privire la regimul concesiunilor. Ea nu poate fi aplicată separat, făcându-se abstracție de Legea nr. 213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al acestuia și Legea nr. 69/1991, republicată și modificată prin O.U.G. 88/1997.

Din dispozițiile normative citate, rezultă că autoritatea administrativă are dreptul de a alege condiția cea mai avantajoasă pentru exploatarea bunului a cărei proprietate îi aparține.

În acest sens, pentru exercitarea atribuțiilor de exploatare și dezvoltarea proprietății publice a județului, Consiliul Județean Tulcea a adoptat acte normative de autoritate, precum aprobarea caietului de sarcini pentru licitația acestor exploatare stufile, organizarea de licitație, refuzul încredințării directe (practicat în raporturile cu reclamanta).

Prin acțiunea de față, reclamanta a atacat tocmai acest refuz, motivând că i s-a adus o gravă atingere unui drept recunoscut de lege, ceea ce a condus la un prejudiciu.

Pentru justificarea acțiunii sale, reclamanta a invocat ca temei al dreptului său art. 26 din Legea nr. 219/1998 privind regimul concesiunilor, însă textul invocat ca temei al dreptului subiectiv încălcat, nu dă naștere la un astfel de drept în favoarea reclamantei, așa cum greșit se susține.

Art. 2 din Legea nr. 219/1998 prevede expres că bunurile proprietate publică sunt inalienabile și că ele pot fi date în administrare, concesionate, dar numai în condițiile legii.

Dreptul proprietarului de a se bucura de exercitarea nestingherită a atributelor de posesie, folosință și dispoziție asupra bunului nu poate fi interpretat ca un refuz de a aproba o ofertă (de concesiune directă, fără licitație). Această sentință a fost pronunțată de Curtea de Apel Constanța, Secția de contencios administrativ, Decizia nr. 65/16.06.2000.

¹ **Marin Voicu, Mihaela Popoacă**, „Dreptul de proprietate și alte drepturi reale. Tratat de jurisprudență.”, Editura Lunina Lex, București, 2002, p. 69.

III. Concluzii

În cadrul acestui studiu am abordat tema „Modurile de exercitare a dreptului de proprietate publică”, prin raportare la dispozițiile constituționale și ale actelor normative aferente în materie.

În ceea ce privește rezultatul obținut, consider că am cuprins majoritatea aspectelor privind modurile de exercitare a dreptului de proprietate publică, transpunând noțiunile teoretice în practică.

Tot în concluzie, doresc să precizez că pe tărâmul proprietății, ca factor natural și necesar al omului, și nu spoliație ori negația egalității, cum susțin sofiștii, jurisprudența trebuie să-i asigure, omogen, tot ceea ce ea încorporează absolut și inviolabil, deplin și exclusiv, perpetuu și transmisibil.

Noțiunile generale și dispozițiile în materie, modurile de exercitare, precum și aplicarea normelor care guvernează proprietatea, axate pe jurisprudență internă, formează structura solidă și de rezistență a lucrării.

În opinia mea, într-o viitoare activitate de cercetare în acest domeniu, ne-am putea raporta și la alte cazuri practice privind dreptul de administrare al regiilor autonome și al instituțiilor publice, precum și dreptul de concesiune, respectiv concesiunea bunurilor din domeniul public.

Referințe bibliografice

1. **Gabriel Boroi, Carla Alexandra Angheliescu, Bogdan Nazat**, „*Drepturile reale principale*”, Editura Hamangiu, 2013.
2. **Cristian Jora**, „*Drepturile reale*”, Editura Universul Juridic, București, 2012.
3. **Marin Voicu, Mihaela Popoacă**, „*Dreptul de proprietate și alte drepturi reale. Tratat de jurisprudență*”, Editura Lumina Lex, București, 2002.
4. **Liviu Pop**, „*Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*”, Editura Lumina Lex, București, 2001.
5. **Ion Filipescu, Andrei I. Filipescu**, „*Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*”, Editura Actami, București, 2000.
6. **Flavius – Antoniu Băiaș, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei**, „*Noul Cod civil, comentariu pe articole*”, Editura C.H. Beck, București, 2012.
7. **Noul Cod civil**, „*Note, corelații, explicații*”, Editura C.H. Beck, București, 2011.
8. **Gabriel Boroi**, „*Drepturi reale principale*”, Editura Dareco, București, 2005.
9. **Ioan Adam**, „*Drepturile reale*”, Editura AllBeck.
10. **Valeriu Stoica**, „*Drepturile reale principale*”, Editura C.H.Beck, București, 2009.
11. **Gabriel Boroi, Mona-Maria Pivniceru, Tudor Vlad Rădulescu, Carla Alexandra Angheliescu**, „*Drepturile reale principale*”, Editura Hamangiu, 2011.
12. **Corneliu Bîrsan**, „*Drepturile reale principale*”, Editura Hamangiu, 2013.

CONTRACTUL DE TRANSPORT DE BUNURI

Alexandru Ionuț TOADER*

Abstract

Contractul de transport este acel contract prin care o parte, cărașul profesionist, se obligă, în schimbul unei remunerații, să efectueze o deplasare de persoane sau de bunuri pe o anumită distanță cu un vehicul corespunzător.

Obligațiile la care se îndatorează părțile contractului de transport de bunuri, sunt precizate în documentul de transport sau în recipisa de primire, după caz, astfel încât fiecare parte să-și cunoască obligațiile contractuale și să le execute la momentul precizat în contract. Părțile au libertatea de a introduce și alte mențiuni în documentul de transport, în baza libertății de a contracta.

Contractul de transport de bunuri nu presupune doar deplasarea bunurilor dintr-un loc în altul, ci necesită mai multe activități precum depozitarea bunurilor, încărcarea și descărcarea mărfurilor, asigurarea lor etc.

Cuvinte cheie: *expeditor, căraș, destinatar, obligații, preț, răspundere*

1. Introducere

Noțiunea dreptului transporturilor

Dreptul transporturilor este un ansamblu de reglementări ce privesc activitatea profesională desfășurată de către transportatori, cu mijloace de deplasare corespunzătoare, în baza unui contract încheiat în condiții legale, având ca obiect persoane și/sau bunuri.

Contractul de transport de bunuri constă într-o prestare de servicii, având ca scop transportarea de bunuri de la un punct de pornire la locul de sosire, cu un mijloc de transport corespunzător, în condiții legale și de siguranță. Acest tip de contract este supus regulilor generale la contractul de transport, iar în Codul civil este supus regulilor speciale.

Contractul de transport de bunuri și contractul de transport de persoane și bagaj este reglementat în codul civil, în art. 1955 – 2008.

Potrivit profesorului I. N. Fiñescu „prin contractul de transport de mărfuri, cărașul se obligă să transporte sau să facă să se transporte dintr-un loc în altul lucruri, în schimbul unei contra-prestațiuni (prețul transportului), predând la locul de destinație lucrurile transportate aceleași persoane, care le-a expedit sau unei alteia (destinatar)”¹.

Profesorul Paul Demetrescu definea contractul de transport ca fiind acea activitate prin care „întreprinderea de transport se obliga în schimbul unui preț, să transporte înăuntrul unui termen, călători, mărfuri sau bagaje și să le pazească și să le elibereze destinatarului – care poate fi expeditorul sau o terță persoană”².

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Transportul de bunuri este cel mai important din punct de vedere economic, cantitativ și valoric. Există două tipuri de transport de bunuri : transporturi curente și transporturi particularizate.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: t_alex02@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. Univ. dr. Vasile Nemeș și Asistent Univ. dr. Sitaru Dan Alexandru (sitaru.alexandru@yahoo.com).

¹ Curs de Drept Comercial, Ion. N. Fiñescu, Editura Al. Doicescu 1929, vol. 1, p. 490.

² Contractul de transport, Editura Didactică și pedagogică, Prof. Univ. Paul Demetrescu, București, 1962, pag.

Transporturile curente au ca obiect materii prime, cum ar fi minereu de fier, cărbune, petrol brut cât și materiale. Celelalte tipuri de transporturi, și anume transporturile particularizate, au ca obiect transmiterea de energie electrică prin rețele de înaltă tensiune, transportarea gazului metan prin conducte, transportul bagajelor pe bandă rulantă, de obicei în aeroporturi.¹

Părțile contractante

Subiectele de drept care au calitatea de părți contractante diferă în funcție de tipul de transport ce urmează să se realizeze : de persoane, de bunuri. În ceea ce privește transportul de persoane, „contractul se încheie și se execută în raporturile dintre căraș și călător (pasager)²”. La contractul de transport de bunuri, încheierea contractului se face între expeditor și căraș.

Contractul de transport de bunuri presupune trei părți: expeditorul, cărașul și destinatarul. Prin contractul de transport, se înțelege o parte, denumită transportator, care are obligația de a transporta o persoană sau un bun dintr-un loc în altul, în schimbul unui preț pe care destinatarul este obligat să-l plătească în locul și la timpul convenit. De cele mai multe ori, eliberarea încărcăturii intervine față de o terță persoană la destinație, numită destinatar.

Expeditorul mai este denumit încărcător sau predator, atunci când se încheie contracte care au ca obiect strămutarea de bunuri. Deseori se întâmplă ca în locul expeditorului, să acționeze mandatarul sau comisionarul său în vederea încheierii contractului de transport.

În contractul de transport de bunuri, dacă destinatarul este o terță persoană în raport cu contractul intervenit între căraș și expeditor, acesta va deveni titular de anumite drepturi (va primi marfa strămutată) și de obligații (acesta poate fi ținut la plata taxelor de transport) în raport cu cărașul, deși nu a contractat cu acesta nici personal, nici prin mandatar.³

De asemenea, expeditorul în calitate de cedent, transmite drepturile ce decurg din contractul de transport în patrimoniul destinatarului, astfel el devenind cesionar.

O mare parte a literaturii de specialitate consideră că drepturile destinatarului derivă dintr-o stipulație pentru altul. Astfel, expeditorul este stipulant, cărașul deține poziția de promitent, iar destinatarul pe cea de terț beneficiar.

Noi opinăm că stipulația pentru altul produce numai efectul de a crea drepturi în favoarea terțului beneficiar, nu și obligații. Ori în contractul de transport, beneficiarul poate fi ținut în anumite condiții să suporte costul pentru deplasarea bunurilor.

Drepturile față de căraș sunt dobândite de către destinatar, de la momentul încheierii contractului de transport de bunuri, existând totuși un termen suspensiv și o condiție rezolutorie stipulate în contract. Drepturile destinatarului pot fi exercitate împotriva cărașului, numai după ce marfa ajunge la destinație. În altă ordine de idei, expeditorul poate revoca drepturile destinatarului, în timp ce marfa se deplasează, înlocuind primul destinatar cu altul.

Încheierea contractului de transport

Pentru a exista un contract de transport de bunuri valabil, trebuie să existe elementele constitutive : capacitate, consimțământ, obiect și cauză juridică.

Capacitatea părților contractante se referă la aptitudinea de a avea capacitate deplină de exercițiu, adică de a exercita drepturile și obligațiile prin acte juridice încheiate în nume propriu. În condițiile codului comercial, numai cărașului i se impune calitatea de comerciant. Prin comerciant, se înțelege acea persoană fizică sau juridică care savârșește în nume propriu și în baza specializării sale fapte de comerț.

Consimțământul reprezintă manifestarea de voință a părților în ceea ce privește încheierea contractului de transport, consimțământ care trebuie să îndeplinească anumite condiții : să nu fie

¹ Dreptul Transporturilor, Ediția a II-a, Editura Lumina Lex 2003, Prof. univ. dr. Octavian Căpățînă, Conf. univ. dr. Gheorghe Stancu, p.27.

² Curs de Dreptul Transporturilor, Conf. Univ. Dr. Gheorghe Stancu, Editura Lumina Lex 2007, p. 49.

³ Dreptul Transporturilor, Ediția a II-a, Editura Lumina Lex 2003, Prof. univ. dr. Octavian Căpățînă, p. 53.

alterat de vreun viciu, să fie exteriorizat cu intenția de a produce efecte juridice, să provină de la o persoană cu discernământ.

Obiectul contractului de transport constă în obligațiile la care se îndatorează părțile. Principala obligație a cărașului este de a transporta bunurile, iar obligația ce îi revine expeditorului este de a plăti transportul.

Cauza juridică se referă la scopul în vederea căruia s-a încheiat contractul de transport. Cărașul urmărește să obțină prețul transportului în care este inclus profitul său, iar expeditorul urmărește deplasarea bunurilor conform unor interese.

Fiind un contract consensual, contractul de transport se încheie prin simplul acord de voință al părților, însă dovada existenței lui se face printr-un înscris, denumit document de transport sau scrisoare de trăsură.

Contractul încheiat între căraș și expeditor poartă denumirea de document de transport. Acest document constituie instrumentul probator pentru părți, făcând o triplă dovadă :

- a) Confirmă existența contractului de transport;
- b) Existența obligațiilor asumate de căraș față de cealaltă parte contractantă (călător, expeditor, destinatar);
- c) Precizarea răspunderii corespunzătoare a cărașului după ce bunurile au intrat în custodia și posesia sa.

Documentul de transport potrivit dreptului comun, are putere doveditoare cu titlu ad probationem, iar nu ad validitatem. Existența unui contract de transport, poate fi stabilită, în lipsa unui înscris corespunzător, prin orice alt mijloc de probă. În acest sens, în decizia nr.1085 din 21 februarie 2003, instanța a hotărât respingerea acțiunii reclamantei CFR București – Sucursala Cluj împotriva pârâtei SC „E” SA Satu Mare, pe motiv că plata sumei reprezentând taxa de transport neîncasată, inițial necuprinsă în scrisoarea de trăsură, nu se impută pârâtei, ci expeditorului care trebuia să aibă o documentație de transport completă¹.

Potrivit Prof. Univ. Dr. Gheorghe Căpățînă și a jurisprudenței tradiționale, se arată că „din termenii art. 414 și următoarele din Codul Comercial, rezultă că scrisoarea de cărat nu este neaparat necesară pentru existența contractului de transport, care se poate dovedi prin orice mijloc de proba admis de Codul Comercial”².

Existența contractului de transport poate fi dovedită prin mai multe documente probatorii. Astfel, potrivit art. 1956 din N.C.C., contractul de transport se dovedește prin documente de transport, precum scrisoare de trăsură, recipisă de bagaje, foaie de parcurs, conosament, tichet ori legitimație de călătorie sau altele asemenea, de la caz la caz.

În decizia 7385/2002, instanța a respins acțiunea formulată de reclamanta SNCFR SMF – SA Agenția Teritorială Constanța, prin care aceasta solicitase obligarea pârâtei SC „D” SA Constanța, la

¹ **Secția comercială, Î.C.C.J., decizia nr.1085** din 21 februarie 2003. Prin acțiunea înregistrată la data de 15 aprilie 2000, reclamanta SNTFM CFR București – Sucursala Cluj a chemat în judecată pe pârâta SC „E” SA Satu Mare, solicitând, ca în baza sentinței civile ce se va pronunța, să fie obligată la plata sumei reprezentând taxa de transport neîncasată, inițial necuprinsă în scrisoarea de trăsură, dar comunicată ulterior de către căile ferate ungare. Tribunalul a respins acțiunea ca nefondată, apreciind că pârâta nu datorează sumele solicitate, având în vedere dispozițiile art.61 pct. 1 din Regulamentul de transport, culpa aparținând expeditorului. Împotriva acestei sentințe reclamanta a declarat apel. În motivarea soluției, instanța de apel a reținut că staționarea pe parcursul MAV s-a produs din cauza documentației incomplete care a însoțit vagonul, documentație care trebuia întocmită de către expeditorul ceh. Reclamanta a declarat recurs, în temeiul art.304 pct. 9C. proc. civ., susținând că prin preluarea mărfii de la căraș pârâta a preluat și obligațiile ce grevează asupra transportului și potrivit art. 76(1) din regulamentul de transport,

datorează taxele de staționare pe parcursul MAV. Recursul este nefundat. Instanța de apel, în mod corect, a considerat că beneficiara pârâtă nu poate fi obligată la plata taxei de staționare pe parcursul MAV, atâta timp cât această staționare s-a produs din cauza documentației incomplete care a însoțit vagonul, documentație întocmită de expeditorul ceh, făcându-se aplicarea dispozițiilor art. 61.1 din regulamentul de transport. În considerarea dispozițiilor art. 312 C. proc. civ., recursul a fost respins.

² Curtea de Casație, secția a III-a, decizia din 30 ianuarie, 1915, în „Buletin de decizii”, p. 1323.

tarife de transport, accesorii și penalități de întârziere, din cauza unei neregularități ce privea completarea scrisorii de trăsură¹.

De asemenea, tot în jurisprudență s-a mai decis că „în conformitate cu art. 3, pct. 13 Cod comercial, contractul de transport de lucruri pe apă și uscat fiind enumerat printre faptele de comerț, este un contract de natură comercială și ca atare, potrivit art. 46 Cod comercial poate fi dovedit cu oricare din mijloacele de probă admise de acest text, deci și cu proba cu martori, și aceasta chiar și în cazurile prevăzute de art. 1191 din Codul Civil”².

În cazul în care scrisoarea de trăsură³ lipsește, proba existenței contractului de transport trebuie să fie una pertinentă și convingătoare⁴. De asemenea, s-a arătat că factura eliberată de furnizor, nu atestă prin ea însăși încheierea unui contract de transport, fiind doar un înscris eliberat și destinat să producă efecte numai între furnizor și cumpărător. În plus, factura este res inter alios acta, de unde rezultă că nu poate fi opusă cărașului, care este un terț față de raporturile dintre vânzător și cumpărător.

În transportul de bunuri, calitatea de titular aparține în primă fază expeditorului. Apoi, calitatea se strămută asupra destinatarului din momentul în care documentul îi parvine. Astfel, odată

¹ Decizia nr.7385 din 5 decembrie 2002. Prin sentința civilă nr.1705 din 21 iunie 2000 a Tribunalului Constanța – secția comercială a fost admisă excepția lipsei calității procesuale pasive invocată de pârâta SC „D” SA Constanța, iar acțiunea reclamantei SNCFR – SMF SA Agenția Teritorială Constanța prin care aceasta solicitase obligarea pârâtei la tarife de transport, accesorii și penalități de întârziere a fost respinsă.

Apelul declarat de reclamantă a fost respins prin decizia civilă nr.1080 din 19 decembrie 2000 a Curții de Apel Constanța – secția comercială.

Instanța de apel a reținut că din scrisoarea de trăsură rezultă că destinatarul transporturilor efectuate de reclamantă este SC „M.J.C.O.” SRL iar nu pârâta și întrucât terța societate figurează în scrisoarea de trăsură și în calitate de expeditor al mărfurilor transportate, potrivit art.61.1 din Regulamentul T.F., expeditorul răspunde de exactitatea datelor înscrise în scrisoarea de trăsură, tot expeditorului revenindu-i și obligația achitării tarifelor de transport și accesorii, conform art.62 din același regulament, dacă nu există convenție contrară, ceea ce nu s-a dovedit în speță.

Reclamanta a declarat recurs, susținând că pârâta este cea care a ridicat marfa, având calitatea de destinatar.

Recursul este nefondat.

Din scrisoarea de trăsură pe care reclamanta și-a întemeiat acțiunea rezultă că predătorul mărfii este SC „M.J.C.O.” SRL Focșani, societate care figurează și în calitate de destinatar.

Această neregularitate în ceea ce privește completarea scrisorii de trăsură nu afectează însă valabilitatea contractului de transport, după cum prevăd dispozițiile art.59 din Regulamentul T.F., cum corect au reținut și instanțele.

Răspunderea în achitarea tarifelor de transport, în speță, revine expeditorului mărfii în temeiul dispozițiilor art.62.1 din același regulament, nefăcându-se dovada de către reclamantă a unei convenții contrare între expeditor și calea ferată. Mai mult, la interogatoriul luat reclamantei la 9 mai 2000, cu ocazia rejudecării fondului, aceasta a recunoscut că scrisoarea de trăsură este în posesia ei, situație în care, chiar dacă s-ar admite că pârâta este destinatarul mărfii, aceasta nu răspunde de achitarea tarifelor, după cum prevăd dispozițiile art.62.2 din același regulament.

În apel, reclamanta a susținut că pârâta ar avea calitatea de comisionar, invocând dispozițiile art.406 alin.2 C.com., calitate pe care nu a dovedit-o, acțiunea sa fiind întemeiată pe dispozițiile art.62 din Regulament.

În consecință, Curtea a stabilit că instanța de apel, în mod corect, a constatat răspunderea pârâtei, motiv pentru care criticile formulate sunt nefondate, recursul fiind respins.

² Curtea de Casație, secția a III-a, decizia din 4 octombrie 1927, în revista „Dreptul”, 1928, p. 93.

³ Scrisoarea de trăsură (scrisoarea de cărat) este un titlu de valoare pe care expeditorul îl predă cărașului. Scrisoarea de trăsură poate fi la ordin, care poate fi transmisă prin gir, sau la purtător (art. 414 C.com.). Scrisoarea de cărat trebuie să cuprindă : a) natura, greutatea, măsura sau numărul lucrurilor de transportat și dacă lucrurile sunt în lăzi sau pachete și calitatea acestora, numărul și sigiliile sau mărcile puse pe dânsese; b) numele expeditorului și locuința sa; c) numele și locuința cărașului; d) locul de destinație și persoana destinatarului, cu arătare dacă scrisoarea de trăsură este la ordin sau la purtător; e) prețul transportului și sumele datorate cărașului pentru expe-dițiune, adaugându-se celelalte clauze asupra căroră părțile s-au înțeles. Expeditorul se poate desemna el însuși ca destinatar (art. 415 C.com). Cărașul va da expeditorului, când acesta i-ar cere, un exemplar al scrisorii de trăsură, subscris de dânsul. Mențiunile necuprinse în scrisoarea de cărat nu pot fi opuse destinatarului sau posesorului exemplarului scrisorii de trăsură la ordin sau la purtător, ce a fost subscris de căraș (art. 417 C.com.).

⁴ Dreptul Transporturilor, Ediția a II-a, Editura Lumina Lex 2003, Prof. Univ. Dr. Octavian Căpățină, p. 68.

identificat titularul, acesta poate chiar să dispună schimbarea itinerariului prestabilit, prin contraordin dat pe parcurs cărașului.

Potrivit articolului 1.961 din Codul Civil, expeditorul are obligația de a preda transportatorului, în afară de documentul de transport, documente suplimentare fiscale, vamale, sanitare și altele, necesare în vederea efectuării transportului.

Potrivit legii, bunurile nu pot fi transportate dintr-un loc în altul fără documentele de transport, unde trebuie să se regăsească mențiuni speciale cu privire la mărfurile transportate, proveniența bunurilor transportate, mijlocul de transport, elemente de identificare ale expeditorului, a transportatorului și a destinatarului și, în anumite situații, a persoanei care are obligația de a plăti transportul. De asemenea, în documentul de transport trebuie să fie specificat locul și data recepției bunului, a punctului de plecare și a destinației, termenul de executare al transportului și prețul, volumul, cantitatea sau masa bunului la momentul predării spre transport, gradul de pericol al bunului, în anumite situații. Părțile au libertatea de a introduce și alte mențiuni în documentul de transport, în baza libertății de a contracta.

Documentul de transport trebuie să cuprindă toate mențiunile de mai sus și se întocmește în cel puțin trei exemplare, câte unul pentru fiecare parte și anume: unul pentru transportator, unul pentru expeditor și altul care merge până la destinație împreună cu bunul transportat.

În cazul în care documentul de transport lipsește, transportatorul are obligația de a elibera expeditorului o recipisă de primire a bunului spre transport, la cererea acestuia, care va ține loc documentului de transport, unde vor exista aceleași elemente necesare efectuării transportului.

Conform articolului 1.962 alin. 2 din Codul civil, se prevede că dispozițiile privind recipisa de transport nu se aplică în cazul transportului rutier de mărfuri. Astfel, în cazul transportului rutier, bunurile nu pot circula decât împreună cu documentele de transport, excluzând recipisele și alte înregistrări.

În situația în care expeditorul predă pentru transport mai multe colete, transportatorul are dreptul să îi solicite acestuia câte un document de transport pentru fiecare colet în parte, dacă prin lege nu se prevede altfel (art. 1.963 Cod civil).

Potrivit textelor de lege din art. 1964-1965 din Codul civil, părțile contractului de transport de bunuri nu pot negocia documentele de transport, decât în cazul în care părțile sau legea specială dispun astfel. În situația în care este negociabil, documentul de transport la ordin se transmite prin gir, iar cel la purtător prin remitere.

Articolul 1974 din Codul civil, prevede că dreptul expeditorului de a modifica contractul de transport se stinge de îndată ce destinatarul și-a manifestat voința de a-și valorifica drepturile ce rezultă pentru el din contractul de transport potrivit legii sau de îndată ce expeditorul a predat destinatarului duplicatul de pe documentul de transport.

Atunci când documentul de transport este la ordin sau la purtător, transferul proprietății bunurilor transportate are loc prin efectul transmiterii acestui document¹.

Obligațiile părților la punctul de pornire

Contractul de transport de bunuri presupune parcurgerea a trei etape distincte : locul de pornire, de-a lungul itinerariului și locul destinației.

În prima etapă, expeditorul are obligația de a pregăti condițiile materiale și juridice necesare în vederea efectuării transportului. Aceste condiții sunt : a) alegerea unui mijloc de transport ; b) predarea bunurilor ; c) încărcarea acestora ; d) colaborarea la întocmirea documentelor de transport ; e) plata prețului.

În ceea ce privește alegerea mijlocului de transport, acest lucru depinde de bunurile care urmează a fi transportate, particularități pe care expeditorul trebuie să le cunoască. Totodată,

¹ Drept Comercial, Conf. Univ. dr. Vasile Nemeș, Editura Hamangiu 2012, p. 385.

expeditorul trebuie să țină cont de o eventuală înțelegere cu destinatarul în ceea ce privește alegerea vehiculului.

În funcție de natura mărfii, expeditorul trebuie să pună în vedere anumite condiții pentru a transporta bunurile. Dacă produsul care urmează a fi transportat este unul alterabil, expeditorul trebuie să solicite vagoane frigorifice. În cazul transportului de animale vii, sunt necesare vehicule care să le asigure integritatea fizică.

În cazul în care există anumite defecțiuni ale mijlocului de transport, acestea trebuie aduse la cunoștința cărăușului, dar înainte de a începe încărcarea bunurilor. Totuși, dacă acel cărăuș menține mijlocul de transport, trebuie făcută o mențiune în documentul de transport, unde să se precizeze obiecțiile expeditorului.

În ceea ce privește predarea mărfii în vederea transportului, acest fapt se realizează prin transmiterea temporară a posesiei bunurilor de la expeditor la cărăuș, în scopul de a transporta bunurile până la destinație. Obligația de a încărca marfa în mijlocul de transport, cade în principiu, asupra expeditorului. Această operațiune de încărcare a bunurilor cuprinde trei etape : introducerea bunurilor în spațiul interior al vehiculului ; așezarea lor într-o ordine ; luarea unor măsuri care să prevină sustragerea.

Plata prețului transportului îi revine expeditorului, acesta având calitatea de debitor contractual al prețului datorat cărăușului. Momentul la care se va face plata este stabilit prin acordul părților.

În cazul în care expeditorul întârzie, cărăușul are posibilitatea de a suspenda efectuarea transportului, în virtutea excepției non adimpleti contractus. Această excepție este considerată în literatura de specialitate ca fiind „un mijloc de apărare aflat la dispoziția uneia dintre părțile contractului sinalagmatic, în cazul în care i se pretinde executarea obligației ce-i incumbă, fără ca partea care pretinde această executare să-și execute propriile obligații”¹. Momentul în care se realizează obligația de plată a prețului se stabilește prin acordul părților contractante. În cazul în care expeditorul întârzie să plătească prețul transportului, cărăușul poate ridica excepția de neexecutare a contractului.

Prin excepție, costul deplasării bunurilor, poate fi suportat, în totalitate sau în parte, de către destinatar printr-o clauză inserată în documentul de transport, având denumirea de clauză de plata transmisă. Astfel, această schimbare devine opozabilă cărăușului, doar dacă o acceptă, asumându-și riscul de neplată după executarea transportului, dacă acceptă această clauză.

Obligația principală a transportatorului din contractul de transport este de a transporta bunurile predate pentru transport până la destinație, conform art. 1968 din Codul civil. De asemenea, art. 1958 alin. 3 Cod civil prevede că transportatorul care își oferă serviciile publicului trebuie să transporte orice persoană care solicită serviciile sale și orice bun al cărui transport este solicitat, dacă nu are un motiv întemeiat de refuz. Pasagerul, expeditorul și destinatarul sunt obligați să respecte instrucțiunile transportatorului.

Transportatorul care s-a obligat prin contract să efectueze un transport, are posibilitatea de a-și substitui un alt transportator, urmând ca acesta din urmă să devină parte în contractul de transport chiar dacă executarea obligației sale este totală sau parțială (art. 1960 C. civ.).

Articolul 1969 C. civ. dispune că transportul trebuie efectuat în termenul stabilit de părți. Dacă termenul în care trebuie făcut transportul nu a fost determinat de părți, se ține seama de practicile statornicite între părți, de uzanțele aplicate la locul de plecare, iar în lipsa acestora, se stabilește potrivit împrejurărilor. Astfel, transportatorul are obligația de a efectua transportul în termenul prevăzut în contractul de transport.

Transportul se efectuează după regulile prescrise de către expeditor sau destinatar. Astfel, art. 1970 alin. 1 din Codul civil, prevede că expeditorul poate suspenda transportul și cere restituirea

¹ Teoria generală a obligațiilor, Drept civil, C. Stătescu, C. Bîrsan, 1992, p. 80, nr. 72.

bunurilor sau predarea lor altei persoane decât aceleia menționată în documentul de transport ori dispune cum va crede de cuviință, fiind obligat să plătească transportatorului cheltuielile și contravaloarea daunelor care sunt consecința imediată a acestui contraordin.

Pentru a putea exercita acest drept de contraordin, expeditorul trebuie să prezinte documentul de transport semnat de transportator sau recipisa de primire, în cazul în care un astfel de document a fost eliberat. Acest drept de contraordin încetează în momentul în care destinatarul a solicitat predarea bunurilor¹.

Predarea bunurilor transportate se face la domiciliul sau sediul destinatarului, dacă din contract, din practicile statornicite între părți ori conform uzanțelor nu rezultă contrariul. Transportatorul îl înștiințează pe destinatar cu privire la sosirea bunurilor și la termenul pentru preluarea acestora, dacă predarea nu se face la domiciliul sau sediul acestuia (art. 1976 alin. 3 Cod civil). Există situații în care destinatarul refuză să primească bunurile transportate ori nu este de găsit. În astfel de situații, Codul civil prevede, în art. 1981 că, dacă destinatarul nu este găsit, refuză sau neglijează preluarea bunurilor ori dacă există neînțelegeri privind preluarea bunurilor între mai mulți destinatari sau din orice motiv, fără culpa sa, transportatorul nu poate preda bunurile transportate, acesta va solicita imediat instrucțiuni expeditorului, care este obligat să i le transmită în maximum 15 zile, sub sancțiunea returnării bunurilor către expeditor, pe cheltuiala acestuia, sau a vânzării lor de către transportator, după caz.

La sfârșitul perioadei de depozitare sau la expirarea termenului pentru primirea instrucțiunilor expeditorului, obligațiile transportatorului sunt cele de la depozitul gratuit, cu obligația pentru expeditor de a-i rambursa integral cheltuielile de conservare și depozitare a bunurilor. Transportatorul are dreptul la despăgubiri de la destinatar sau de la expeditor, după caz, pentru pagubele cauzate de întârzierea destinatarului în preluarea bunurilor transportate (art. 1981 alin. 3 și 4 Cod civil).

Răspunderea transportatorului

În ceea ce privește răspunderea transportatorului, art. 1984 din Codul civil prevede că transportatorul răspunde pentru prejudiciul cauzat prin pierderea totală sau parțială a bunurilor, prin alterarea ori deteriorarea acestora, survenită pe parcursul transportului, sub rezerva aplicării dispozițiilor art. 1959, precum și prin întârzierea livrării bunurilor. De asemenea, art. 1992 Cod civil dispune că transportatorul răspunde și pentru paguba cauzată prin neefectuarea transportului sau prin depășirea termenului de transport.

Transportatorul nu poate limita sau exclude răspunderea sa decât în cazurile prevăzute de lege. Astfel, potrivit art. 1995 Cod civil, clauza prin care se înlătură sau se restrânge răspunderea stabilită prin lege în sarcina transportatorului se consideră nescrisă. Cu toate acestea, expeditorul își poate asuma riscul transportului în cazul pagubelor cauzate de ambalaj sau în cazul transporturilor speciale care măresc riscul pierderii sau stricăciunii bunurilor (art. 1995 alin. 2 C. civ.).

Potrivit art. 1988 din C. civ., transportatorul nu este ținut să transporte documente, sume de bani în numerar, titluri de valoare, bijuterii sau alte bunuri de mare valoare. Dacă totuși acceptă transportul unor astfel de bunuri, transportatorul trebuie să acopere, în caz de pierdere, deteriorare sau alterare, numai valoarea declarată a acestora. În situația în care s-a declarat o natură diferită a bunurilor ori o valoare mai mare, transportatorul este exonerat de orice răspundere.

Cauze speciale de exonerare a răspunderii

În Lege sunt prevăzute câteva cauze speciale de exonerare a răspunderii căraușului. În conformitate cu art. 1959 alin. 2 C. civ., transportatorul răspunde pentru prejudiciile cauzate prin întârzierea ajungerii la destinație, cu excepția cazului fortuit și a forței majore. Astfel, cazul fortuit și forța majoră eliberează răspunderea transportatorului de pagubele cauzate prin întârzierea mărfii la destinație.

¹ Curs de Drept Comercial, Vasile Nemeș, Editura Hamangiu 2012, p. 387.

De asemenea, art. 1991 C. civ. prevede că transportatorul nu răspunde dacă pierderea totală ori parțială sau, după caz, alterarea ori deteriorarea s-a produs din cauza:

- a) unor fapte în legătură cu încărcarea sau descărcarea bunului, dacă această operațiune s-a efectuat de către expeditor sau destinatar;
- b) lipsei ori defectuoșității ambalajului, dacă după aspectul exterior nu putea fi observată la primirea bunului pentru transport;
- c) expedierii sub o denumire necorespunzătoare, inexactă ori incompletă a unor bunuri excluse de la transport sau admise la transport numai sub anumite condiții, precum și a nerespectării de către expeditor a măsurilor de siguranță prevăzute pentru acestea din urmă;
- d) unor evenimente naturale inerente transportului în vehicule deschise, dacă, potrivit dispozițiilor legii speciale sau contractului, bunul trebuie transportat astfel;
- e) naturii bunului transportat, dacă aceasta îl expune pierderii sau stricăciunii prin sfărâmare, spargere, ruginire, alterare interioară spontană și altele asemenea;
- f) pierderii de greutate, oricare ar fi distanța parcursă, dacă și în măsura în care bunul transportat este dintre acelea care prin natura lor suferă, obișnuit, prin simplul fapt al transportului, o asemenea pierdere;
- g) pericolului inerent al transportului de animale vii;
- h) faptului că prepusul expeditorului, care însoțește bunul în cursul transportului, nu a luat măsurile necesare pentru a asigura conservarea bunului;
- i) oricărei alte împrejurări prevăzute prin lege specială.

Obligațiile expeditorului

Obligațiile principale ale expeditorului în contractul de transport de bunuri sunt: predarea documentelor de transport și a bunurilor ce urmează a fi transportate, ambalarea bunurilor transportate, plata transportului și despăgubirea căraușului pentru prejudiciile cauzate de marfa ce face obiectul transportului.

În conformitate cu art. 1967 din C. civ., expeditorul trebuie să predea bunurile la locul și în condițiile convenite prin clauzele contractului sau, în lipsa acestora, potrivit practicilor statornicite între părți ori uzanțelor, să completeze și să predea documentul de transport, fiind răspunzător pentru prejudiciile cauzate prin întârziere¹.

Expeditorul are obligația de a plăti prețul transportului și contravaloarea cheltuielilor făcute de către transportator, în privința bunurilor transportate, precum și a pagubelor suferite. Plata prețului și a cheltuielilor generate de marfa transportată, în contractul de transport, este prevăzută în art. 1978 C. civ. Potrivit acestui text de lege, prețul transportului și al serviciilor accesorii prestate de transportator sunt datorate de expeditor și se plătesc la predarea bunurilor pentru transport, dacă nu se prevede altfel prin contract sau legea specială, după caz. Dacă bunurile nu sunt de aceeași natură cu cele descrise în documentul de transport sau valoarea lor este superioară, transportatorul are dreptul la prețul pe care l-ar fi cerut dacă ar fi cunoscut aceste împrejurări, dispozițiile legii speciale fiind aplicabile.

Obligațiile destinatarului

În conformitate cu art. 1979 C. civ., la primirea bunurilor transportate, destinatarul are dreptul să ceară să se constate, pe cheltuiala sa, identitatea, cantitatea și starea bunurilor transportate. În cazul în care se constată existența unor vicii, transportatorul este obligat să suporte cheltuielile făcute. Dacă cele două părți, respectiv căraușul și destinatarul, au unele neînțelegeri privind calitatea sau starea unei mărfi, instanța poate dispune, la cererea uneia dintre părți, constatarea stării acesteia de unul sau mai mulți experți numiți din oficiu. Prin aceeași hotărâre se poate dispune sechestrarea mărfii sau depunerea ei într-un depozit public sau, în lipsă, într-un alt loc ce se va determina. Dacă păstrarea

¹ A se vedea și aspectele privind predarea bunurilor în vederea efectuării transportului Octavian Căpățînă, Gheorghe Stancu, op. cit., p. 82.

mărfii ar putea aduce mari pagube sau ar ocaziona cheltuieli însemnate, se va putea dispune chiar vânzarea ei pe cheltuiala celui căruia îi aparține, în condițiile care se vor determina prin hotărâre.

Prețul transportului poate fi suportat și de către destinatarul bunurilor transportate, atunci când părțile convin astfel. În cazul acesta, art. 1980 C. civ. prevede că destinatarul nu poate intra în posesia bunurilor transportate decât dacă plătește transportatorului sumele datorate potrivit contractului și eventualele rambursuri cu care transportul a fost grevat, în condițiile prevăzute de lege. În cazul unei neînțelegeri asupra sumei datorate, destinatarul poate prelua bunurile transportate dacă plătește transportatorului suma pe care susține că o datorează acestuia din urmă și consemnează diferența reclamată de transportator la o instituție de credit.

Totuși, în toate cazurile transportatorul are acțiune împotriva destinatarului, chiar dacă acesta a ridicat bunurile transportate.

În ceea ce privește încetarea contractului de transport, Codul civil nu reglementează cazurile de încetare, nici pentru transportul de bunuri și nici pentru transportul de persoane și bagaje. În această situație, contractul de transport este supus cazurilor generale de încetare a contractelor. Cazurile principale de încetare a contractului de transport sunt: imposibilitatea de a efectua transportul, pierrea totală sau parțială a bunurilor înainte de a efectua transportul, refuzul expeditorului de a preda marfa spre transport etc. Pe lângă aceste cazuri, părțile pot stipula în contract și alte cazuri de încetare a contractului, în baza principiului libertății de a contracta.

3. Concluzii

Având în vedere cele enumerate mai sus, contractul de transport:

- presupune obligații atât pentru cărașul profesionist, cât și pentru destinatar.
- pentru a exista un contract de transport de bunuri valabil, părțile trebuie să aibă capacitate, consimțământ, obiect și cauză juridică.
- principala obligație a cărașului este de a transporta bunurile, iar obligația ce îi revine expeditorului este de a plăti transportul.
- este supus cazurilor generale de încetare a contractelor.

Referințe bibliografice

- Teoria generală a obligațiilor 1992, C. Stănescu, C. Birsan,
- Drept Comercial, Conf. Univ. dr. Vasile Nemes, Editura Hamangiu 2012
- Noul Cod Civil, Editura Hamangiu 2011
- Dreptul Transporturilor, Ediția a II-a, Editura Lumina Lex 2003, Prof. Univ. Dr. Octavian Capatina
- Curtea de Casatie, secția a III-a, decizia din 4 octombrie 1927, în revista „Dreptul” 1928
- Curtea de Casatie, secția a III-a, decizia din 30 ianuarie, 1915, în „Buletin de decizii”
- Curs de Dreptul Transporturilor, Conf. Univ. Dr. Gheorghe Stancu, Editura Lumina Lex 2007
- Curs de Drept Comercial, Ion. N. Fintescu, Editura Al. Doicescu 1929, vol. 1
- Contractul de transport, P. Demetrescu, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1962

RĂSPUNDEREA ADMINISTRATORILOR SOCIETĂȚII CU RĂSPUNDERE LIMITATĂ ȘI SOCIETĂȚII PE ACȚIUNI

Doru Mihai PÂRVU¹

Abstract

Răspunderea asociațiilor și administratorilor societăților reglementate de Legea nr.31/1990 continuă să suscite interes în literatura de specialitate și practică, noile tendințe jurisprudențiale fiind de natură să justifice abordarea acestei problematici prin lucrarea de față. Plecând de la ideea că societatea cu răspundere limitată, așa cum îi spune și numele, presupune răspunderea asociațiilor în limita aportului adus la capitalul social, respectiv răspunderea limitată a asociațiilor, trăsătură caracteristică societăților de capitaluri, în studiul de față vom analiza toate tipurile de răspundere, începând de la răspunderea primilor membri ai organelor de conducere, administrare și control a societății, în cazul încălcării cerințelor legale de constituire a societății, răspunderea asociațiilor față de societate și față de creditori, și terminând cu răspunderea civilă, contractuală și penală a administratorilor.

Vom avea în vedere și mecanismele de garantare a creditorilor în cadrul celor 2 tipuri de societăți, cu scopul final de a vedea dacă întradevăr creditorii SRL-urilor sunt protejați în schimburile comerciale și dacă caracterul intuitu personae al societății comerciale cu răspundere limitată impune sau nu o răspundere limitată a asociațiilor, dar și modul cum sunt afectați creditorii personali ai asociațiilor.

The shareholders and administrators` liability of the companies regulated by the Law no. 31/1990 continues to stir the interest in the specialized literature and in practice, the new jurisprudential trends being designed to justify the approach of this issue by this present paper.

Starting from the idea that the limited liability company, as it says its names, implies the shareholders` liability within the limit of a share capital, respectively the shareholders` limited liability, a feature proper to the capital companies, in the present study we will analyze all the types of liability beginning with the first members` liability of governing bodies, the administration and control of the company in case of breach of the legal demands of company`s constitution; the shareholders` liability in relation to the company and in relation to the creditors and ending with the administrators` civil, contractual and criminal reliability.

We will bear in mind the underwriting mechanisms of the creditors within the two types of companies, with the final aim to see if the creditors of the limited liability companies are indeed protected in the commercial exchanges and if the intuitu personae character of limited liability companies imposes or not the shareholders` limited liability but also the way how the shareholders` personal creditors are affected.

Cuvinte cheie: *asociați, actionari, administrator, răspundere personală, intuitu personae, societate cu răspundere limitată, societate pe acțiuni*

I.INTRODUCERE

În vederea desfășurării unei activități comerciale aducătoare de profit în România orice persoană fizică sau juridică se poate asocia și poate constitui o societate comercială, cu respectarea prevederilor legale. În art. 2 din Legea nr. 31/1990 se reglementează formele în care se pot asocia persoanele fizice sau juridice în vederea desfășurării unor activități comerciale.

¹ Student, Universitatea "Româno-Americană" din București; (e-mail: mihaiparvu_ro@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lector univ. dr. Luminița Tulească. (luminita.tuleasca@tuleasca.com)

Lucrarea de față are în vedere doar două din cele cinci forme de desfășurare a activităților comerciale, considerate de doctrină și dovedite în practică a fi cele mai folosite și utilizate forme. Este vorba despre Societatea pe Acțiuni (în continuare S.A.) și Societatea cu Răspundere Limitată (în continuare S.R.L.).

Plecând de la ideea că orice activitate comercială presupune existența unui risc în desfășurarea afacerii, am vrut să observ ce presupune acest risc în funcție de tipul de societate ales, cum afectează acest risc terți contractanți și cine poate fi tras la răspundere.

Orice raport juridic presupune existența unor drepturi și obligații. Având în vedere că nerespectarea obligațiilor atrag răspunderea diferitelor persoane, am decis să tratez comparativ cele două tipuri de societăți, plecând de la premisa că S.A. presupune răspunderea limitată a acționarilor în limita aportului adus la capitalul social și faptul că, din punct de vedere al răspunderii, S.R.L.-ul fiind o societate mixtă, adoptă aceeași formă de răspundere a asociaților ca și în cazul S.A., deși cele două forme de societate se adresează unor clase complet diferite de persoane. Mă refer aici la faptul că în S.A. nu contează persoana asociatului, ci doar aportul adus în societate, iar în S.R.L. lucrurile stau diametral opus, principala caracteristică fiind încrederea reciprocă a asociaților și caracterul *intuitu personae* al acesteia.

Deși răspunderea asociaților este asemănătoare, lucrurile stau diferit în ceea ce privește administrarea celor două societăți, lucru deosebit de important în cazul în care se solicită răspunderea societății, deoarece, societatea, prin organele sale de conducere răspunde pentru orice prejudiciu creat terților.

Scopul acestei lucrări este acela de a observa dacă această răspundere a asociaților este echitabilă față de nevoile societății și dacă această facilitate acordată de legiuitor întreprinzătorilor, mă refer aici la existența și utilitatea societății comerciale cu răspundere limitată, este justificată în comparație cu protejarea drepturilor terților contractanți.

II. PRECIZĂRI PREALABILE

Fundamentul constituirii societății este reprezentat de voința asociaților, care trebuie să concorde în privința a trei lucruri: punerea unor bunuri în comun, modalitatea de desfășurare a activității comerciale și împărțirea profitului realizat. „Societatea funcționează conform legii majorității sau unanimității. Voințele asociaților sunt legate prin obligația de a realiza obiectul social, fiind subordonați acestuia. Majoritatea poate modifica actul constitutiv dacă atingerea scopului o impune. Conducătorii societății sunt obligați să asigure realizarea obiectului societății. Deciziile majorității pot fi anulate dacă acestea contravin interesului social și de aceea nu se confundă interesul comun al asociaților cu interesul social.”¹

„Voința socială a oricărei societăți comerciale exprimată de adunarea generală este adusă la îndeplinire prin actele persoanelor sau organelor anume investite, care realizează administrarea și conducerea societății”² Astfel, conform principiului separației de competențe, Adunarea Generală a Asociaților, în continuare AGA este organul deliberativ care exprimă voința persoanei juridice cu scopul realizării obiectului social al acesteia, obligativitatea îndeplinirii acestor hotărâri revenind administratorilor societății, care sunt însărcinați să îndeplinească orice acte juridice sau operațiuni necesare în vederea îndeplinirii obiectului de activitate. Al 3-lea organ al societății este format din cenzori sau auditori interni, care sunt însărcinați cu vegherea respectării legii, a statutului și deciziilor AGA.

„Această separație de atribuții reprezintă limita competențelor fiecărui element din structura societății, depășirea acestei limite putând duce la nulitatea sau inopozabilitatea actului astfel încheiat ori la răspunderea persoanei vinovate.”³

¹ Ion Turcu „Tratat teoretic și practic de drept comercial”, Volumul II, ed. C.H. Beck, 2008, p. 374

² St. D. Cârpenaru, “Tratat de Drept Comercial Român”, ediția a II-a, revăzută și adăugită, edit. Universul Juridic, București, 2011, p. 260

³ St. D. Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, Legea societăților comerciale, Comentariu pe articole, Ediția 4, Editura C.H.Beck, București 2009, p. 428

III. ADMINISTRAREA SOCIETĂȚILOR

Un rol deosebit în desfășurarea activității comerciale îl au administratorii, fiind persoanele care concretizează obiectul de activitate al societății comerciale, astfel că ne vom apleca mai mult asupra acestui aspect. Administrator poate să fie orice persoană fizică sau juridică, care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: capacitate deplină de exercițiu, onorabilitate și limitarea cumulului calității de administrator sau de director. În cazul în care administrator este o persoană juridică aceasta va desemna un reprezentant persoană fizică, care trebuie să îndeplinească condițiile menționate anterior.

Sensul tradițional al termenului de administrator definea orice persoană care se ocupa de gestiunea afacerilor societății. „Noțiunea de administrator acoperă o foarte largă paletă de concepte juridice sau funcții în cadrul sistemului de organizare al societății comerciale. Astfel, gestiunea sau, după caz, reprezentarea în relațiile cu terții, pot fi încredințate: a) niciunui dintre asociați; b) administratorului unic; c) consiliului de administrație; d) consiliului de administrație și directorilor; e) directoratului; f) managerilor, în cazul unor societăți de stat; g) conducătorilor, în cazul unor societăți comerciale din domeniul pieței de capital.”¹

Cu privire la natura juridică a raportului dintre administrator și societate, doctrina a statuat, în majoritate, că raportul juridic are ca izvor legea și contractul de mandat. Art. 72 din Legea nr. 31/1990 prevede în acest sens „Obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege”, cu următoarea precizare: „Întrucât parte în contractul de mandat este societatea comercială, mandatul administratorului este comercial, iar nu civil.”²

Cu privire la răspunderea administratorului, art. 1915 alin.1 din Codul Civil dispune „Administratorii răspund personal față de societate pentru prejudiciile aduse prin încălcarea legii, a mandatului primit sau prin culpă în administrarea societății.” Codul civil, fiind normă generală în cauză, nu face decât să afirme ideea răspunderii administratorului, normele speciale sunt mult mai cuprinzătoare, însă această răspundere este astfel garantată.

Puterile administratorului sunt foarte largi, însă nu nelimitate. Acesta este îndreptățit deasemenea să reprezinte societatea în toate raporturile juridice dintre societate și terți, fără a depăși limitele prevăzute în mandat sau în actul constitutiv. Nu în toate cazurile administratorul are și dreptul de reprezentare. De precizat totuși, că în lipsa unei stipulații contrare în actul constitutiv sau prin hotărâre AGA, toți administratorii din societatea cu răspundere limitată au drept de reprezentare a societății. De altfel, în cadrul SRL –ului poate fi numit oricare dintre asociați în poziția de administrator, iar dacă nu este numit nici un administrator, atunci oricare dintre asociați se consideră că poate reprezenta societatea.

„Pe lângă obligațiile și răspunderile ce decurg din mandat, administratorii societăților comerciale au și unele răspunderi specifice decurgând din dispozițiile Legii nr. 31/1990 sau ale actului constitutiv ori ale hotărârilor adunărilor generale (art. 72 din Legea nr. 31/1990). Astfel, dacă sunt mai mulți administratori, conform dispozițiilor art. 73, ei sunt răspunzători solidar pentru: a) realitatea vărsămintelor efectuate de asociați; b) existența reală a dividendelor plătite; c) existența registrelor cerute de lege și corecta lor ținere; d) exacta îndeplinire a hotărârilor adunărilor generale; e) stricta îndeplinire a îndatoririlor pe care legea și actul constitutiv le impun.”³

„Orice administrator este, de fapt, prezumat a avea și calitatea de reprezentant, când se manifestă ca atare în raporturile cu terții. Este suficient să aibă destulă tărie de pregnanță, pentru a crea convingerea contractantului că este conformă cu adevărul.”⁴ „În scopul cunoașterii de către terți a persoanelor care administrează și reprezintă societatea, legea instituie anumite formalități de

¹ Gh. Piperea, „Drept comercial. □ntreprinderea”, ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 214

² St. D. Cărpănu, „Tratat de Drept Comercial Român”, p. 269;

³ Ion Turcu „Tratat teoretic și practic de drept comercial”, op. cit., p.467;

⁴ Gh. Piperea, „Drept comercial. □ntreprinderea”, p.218;

publicitate.”¹ Practica a statuat că societatea este obligată să respecte actele încheiate de submandatar în numele administratorului instanța reținând în acest caz „trebuie avut în vedere prezumția bunei credințe cumpărătorilor, care nu a fost răsturnată prin nici un fel de probe, dimpotrivă toate împrejurările și elementele cuprinse în contractul de vânzare-cumpărare conduc la concluzia existenței bunei credințe a acestora. Faptul că reprezentanta societății avea asupra sa ștampila societății constituie unul dintre elementele care i-au determinat pe cumpărători să o considere ca pe o reprezentantă legală.”²

Trebuie menționat că limitele atribuțiilor administratorului prevăzute în actul constitutiv, nu pot fi opozabile terțului, chiar dacă au îndeplinit formalitățile legale de publicitate, aceste limite privind doar administrarea internă a societății, raporturilor cu terții fiindu-le aplicabile limitele legale ale funcției de administrator. În acest caz societatea este ținută să respecte clauzele convenite, existând și decizii ale jurisprudenței în acest sens.³ Astfel, indiferent dacă este vorba de un SRL sau de un SA, societatea este obligată să respecte obligațiile asumate de administrator, chiar și prin depășirea prerogativelor sale⁴, societatea putând doar să se îndrepte împotriva administratorului. În același sens a statuat și doctrina „clauzele actului constitutiv ori hotărârile organelor statutare ale societății care limitează puterile conferite de lege organelor societății, sunt inopozabile terților.”⁵

„Pe de-o parte, însuși art. 70 LSC face referire la două categorii de limite ale mandatului administratorilor, respectiv, limitele legale și limitele statutare (convenționale) ale atribuțiilor administratorilor. Pe de altă parte, nu orice administrator executiv are și calitatea de reprezentant legal al societății⁶, ci numai cel căruia i s-a încredințat această funcție de către AGA, sau după caz, de Consiliul de administrație în cazul sistemului unitar sau Consiliului de supraveghere în cazul sistemului dualist.”⁷

Așa cum am menționat anterior, administrarea societății poate fi încredințată unuia sau mai multor administratori. „Sistemul unitar organizează pluralitatea administratorilor într-o singură entitate colectivă, pe un singur palier, adică într-un consiliu de administrație (CA), în care, după opțiunea societății, administratorii pot delega o parte din atribuțiile lor către directori, aleși dintre administratori ori din afara consiliului, sau pot decide să nu delege nici o atribuție la directori. Sistemul dualist organizează pluralitatea administratorilor în două entități colective, pe două paliere, adică într-un consiliu de supraveghere (CS) și un directorat, atribuțiile celor două entități colective fiind complet distincte și separate, prin lege.”⁸ Legea precizează că societățile pe acțiuni sunt obligate să aibe cel puțin 3 administratori în cazul în care fac obiectul obligației legale de auditare.

Trebuie menționat de la început că SRL-urile nu au obligativitatea denumirii unui administrator, pot să exercite chiar asociații această funcție, pe când, în cazul SA, mecanismele de gestionare ale societății sunt mult mai complexe, fiind nevoie de alegerea unuia dintre cele două sisteme de administrare.

IV. ÎNCHEIEREA UNUI CONTRACT DE MUNCĂ

O primă mare diferență între SRL și SA este posibilitatea administratorului de a încheia un contract de muncă. „Pe durata îndeplinirii mandatului, administratorii nu pot încheia cu societatea un

¹ St. D. Cârpenaru, “Tratat de Drept Comercial Român”, p. 266;

² Curtea de Apel Timisoara, decizie civilă nr. 23/2008, disponibilă pe web site-ul:

<http://jurisprudentacedo.com/Constate-nulitatea-absoluta-a-contractului-de-vanzare-cumparare-autenticat-sub-In-motivarea-cererii-reclamanta-arata-ca-administratorul-delegat-a-hotarat.html>

³ ÎCCJ decizia comercială nr. 1279 din 27 martie 2008; www.scj.ro

⁴ Luminita Tuleasca, Dreptul Comertului Internațional, Ed. a-II –a, Universul Juridic, Bucuresti, 2011, p.93

⁵ Carmen Todiciă, Revista “Curierul Judiciar”, nr. 7/2012, p. 415

⁶ Luminita Tuleasca, Dreptul Comertului Internațional, op.cit., p.94

⁷ Gh. Piperea, “Drept comercial. □ntreprinderea”, op. cit., p.216

⁸ Ibidem , p.221

contract de muncă. În cazul în care administratorii au fost desemnați dintre salariații societății, contractul individual de muncă este suspendat pe perioada mandatului.”¹

Această prevedere legală este aplicabilă doar societăților pe acțiuni, în cadrul SRL-ului cu unic asociat administratorul poate încheia cu societatea un contract de munca.

Doctrina susține acest punct de vedere, motivând astfel: „Precizările OUG nr. 82/2007 fac acum ușor de înțeles ideea că societățile cu răspundere limitată nu vor fi nevoite să-și organizeze administrația după sistemul consiliu de administrație – manager, managerii de SRL-uri nu vor fi obligați să încheie un contract de mandat cu societatea, putând fi pur și simplu numiți prin hotărâre a adunării generale sau angajați cu contract de muncă, nu vor fi obligați să-și cumpere o poliță de asigurare profesională și nu vor fi obligați să renunțe la contractul de muncă în schimbul unui contract de mandat. Inclusiv unicul asociat într-o societate unipersonală va putea să încheie un contract de muncă cu propria societate.”² Această situație are în vedere posibilitatea asociatului, chiar și a asociatului unic de a avea atât calitatea de administrator cât și calitatea de salariat. Această posibilitate, destul de întâlnită în practică, este posibilă și datorită relațiilor dintre asociați, știindu-se faptul că relațiile dintre aceștia se bazează pe prietenie și încredere.

Având în vedere cele menționate anterior credem că ar trebui să fie posibilă răspunderea solidară a asociaților cu răspunderea administratorilor pentru actele și faptele juridice încheiate de administratori în contul societății. Având în vedere un element esențial necesar SRL-ului pentru legala înființare și desfășurare a activității, *affectio societatis*, definit în doctrină ca fiind „un element constitutiv al societății, caracterizat prin absența subordonării între asociați, voința de a colabora, pe picior de egalitate, în conducerea afacerilor sociale, participând activ și/sau controlând gestiunea societății, precum și prin acceptarea riscurilor comune, element a cărui intensitate diferă în funcție de norma societății comerciale și/sau categoria de asociați.”³ și posibilitatea de a alege un administrator dintre asociații societății, credem că asociații ar trebui să răspundă solidar, chiar cu propriul patrimoniu, pentru prejudiciile cauzate terților de către societate. În acest mod, întreprinzătorii se vor gândi de două ori înainte de a înființa un SRL și vor înființa o societate doar pentru scopul de a desfășura o activitate comercială și nu pentru alte scopuri ascunse.

V. CALITATEA DE PROFESIONIST A ADMINISTRATORULUI

Trebuie evidențiat faptul că administratorul este văzut diferit în funcție de tipul societății în care își desfășoară activitatea. În cadrul SRL-ului este o evidentă apropiere și legătură între administrator și asociați, iar administratorii în cadrul SA sunt văzuți ca profesioniști, indiferent că este vorba de sistemul unitar sau dualist de administrare. În acest sens, art. 197 alin 2 din LSC prevede că: „administratorii nu pot primi, fără autorizarea adunării asociaților, mandatul de administrator în alte societăți concurente sau având același obiect de activitate, nici să facă același fel de comerț ori altul concurent pe cont propriu sau pe contul altei persoane fizice sau juridice sub sancțiunea revocării și răspunderii pentru daune.” Acest articol se referă exclusiv la SRL. Este de observat că dacă administratorul înșeală încrederea asociaților acesta, pe lângă sancțiunea revocării are și o răspundere față de societate pentru toate daunele pe care le provoacă acesteia.

Pentru a evidenția calitatea de profesionist al administratorului unei SA legea acordă posibilitatea administratorului, de a deține această funcție, în același timp în maxim cinci societăți disticte. Există și excepții de la regulă, în cazul în care îndeplinește anumite condiții, acesta poate deține această funcție la mai mult de cinci societăți. Art. 153¹⁶ alin. 1 din LSC, introdus prin Legea nr. 441/2006, prevede această interdicție, iar la alin. 2 al aceluiași articol prevede și derogarea. Nu

¹ ibidem, p. 243

² Monica Novac, „Calitatea de salariat și administrator al societății cu răspundere limitată”, publicată pe site-ul <http://www.juridice.ro/202417/calitatea-de-salariat-si-administrator-al-societatii-cu-raspundere-limitata.html> ultima vizualizare a acestui articol la data de 21 martie 2013.

³ Gh. Piperea, “Drept comercial. □ntreprinderea”, op. cit., p. 159

vom insista prea mult pe dezbateră acestui articol, fiind evidentă diferența de reglementare, dar o să punctăm totuși sancțiunea nerespectării acestei dispoziții. „În cazul încălcării dispoziției legale privind limitarea cumulului de mandate, persoana în cauză este obligată să demisioneze din funcțiile de membru al consiliului de administrație sau al consiliului de supraveghere care depășesc numărul maxim de mandate, în termen de o lună de la data apariției situației de incompatibilitate. La expirarea acestei perioade, persoana respectivă pierde mandatul obținut prin depășirea numărului legal de mandate, în ordinea cronologică a numirilor și va fi obligată la restituirea remunerației și a altor beneficii primite către societatea în care a exercitat acest mandat.”¹ Totuși doctrina statuează că rămân valabile deciziile la care administratorul în cauză a luat parte în administrarea mandatului.

Diferențele sunt majore între administratorii SRL și SA. Pe lângă diferențele semnalate între limitările impuse administratorilor în cele două societăți, este de remarcat diferența de răspundere a acestora. Pe de-o parte administratorul SRL-ului poate fi obligat la daune interese iar administratorul SA-ului are ca și sancțiune doar obligația de demisie și în subsidiar restituirea unor foloase necuvenite primite de la ultima societate, care, în mod cronologic l-a numit în funcție. Pe lângă faptul că nu se pune problema creării unor prejudicii societății, aceste decizii luate în stare de incompatibilitate rămân valabile. Având în vedere sancțiunea aplicată administratorului SRL-ului și a faptului că administratorul și asociații din cadrul SRL-ului au strâns relații de legătură, această ipoteză întărește afirmația anterioară în care propuneam ca asociații să răspundă solidar cu administratorii în caz de prejudicii create terților.

VI. ORGANIZAREA ADMINISTRATORILOR SOCIETĂȚILOR PE ACȚIUNI

Pentru a putea continua analiza răspunderilor administratorilor va trebui să disecăm problemele celor două sisteme de administrare. Sistemul unitar și sistemul dualist.

În doctrină societățile pe acțiuni sunt denumite corporații, iar modul de funcționare al acestora este asemănător cu funcționarea statului: „Există o similitudine între marile companii (corporații) și stat”². Pentru buna desfășurare a activității societății, aceasta ar trebui să funcționeze după Principiul guvernării corporatiste, a căror principii de funcționare sunt limitarea comportamentului managerial abuziv și eficientizarea activității societății.

„Unul dintre principiile guvernării corporatiste statuează că societatea este un contract între acționari iar managerul își exercită funcția în baza unui mandat, ce impune drepturi și obligații ambelor părți. Separarea funcției manageriale de atribuțiile de control și supraveghere permite contractualizarea raporturilor dintre societate și managerii săi și, în consecință, o mai mare capacitate de control al comportamentului managerial.”³

Compartimentarea atribuțiilor de gestiune este recomandată de principiile guvernării corporatiste, dar este prevăzută și de LSC, care la art. 8 lit. g), conform căruia „în actul constitutiv pot fi reglementate drepturi speciale de administrare și reprezentare acordate unora dintre administratori.”

Administrarea societății în sistemul unitar se face de către un consiliu de administrație, care poate să acorde sau nu conducerea societății unuia sau mai multor directori, numind pe unul dintre aceștia director general. În acest caz directorii sunt reprezentanții legali ai societății, consiliul de administrație având doar rolul de supraveghere al directorilor.

„Reprezentanții legali sunt acei administratori care, prin actul constitutiv, hotărârea AGA sau decizia CA, sunt desemnați în această calitate. În sistemul unitar, se poate desemna un director

¹ St. D. Cârpenaru „Tratat de drept Comercial Român”, ed. a III-a, revizuită, Ed. Universul Juridic, București 2012, p. 206

² St. D. Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, Legea societăților comerciale, Comentariu pe articole, op.cit, p. 429

³ Ibidem, p. 432

general, care poate fi și președintele CA. Acesta este reprezentantul legal al societății care poate „transmite” această atribuție numai în cazul în care acest lucru i s-a permis prin actul constitutiv.”¹

„Directorii pot fi numiți dintre membrii consiliului, caz în care acești directori pot fi numiți și administratori executivi, sau dintre terții de consiliu, caz în care acești directori pot fi denumiți administratori delegați, întrucât exercită atribuții delegate de CA.”² În doctrina recentă denumirea de Director este înlocuită cu cea de manager.

În cazul delegării de funcții, administratorii care nu au funcție de director sunt denumiți administratori neexecutivi iar ceilalți care dețin și calitatea de director sunt denumiți administratori executivi, cu obligativitatea ca în CA să fie majoritate de administratori neexecutivi.

Directorii au calitatea juridică de mandatar ai CA, astfel că, în raport cu societatea aceștia au calitatea de sub-mandatar ai acesteia. În consecință răspunderea administratorilor este solidară, indiferent dacă aceștia au calitatea de administratori executivi sau neexecutivi. În acest sens art 144¹ alin. 1 dispune că „Membrii consiliului de administrație își vor exercita mandatul cu prudența și diligența unui bun administrator.” Posibilitatea revocării mandatului directorilor în orice moment de către CA justifică această răspundere solidară.

Sistemul dualist de administrare și conducere a societății presupune față de sistemul unitar o separare completă a atribuțiilor de control de cele executive, în care directoratul îndeplinește atribuțiile de administrare și conducere, iar consiliul de supraveghere are atribuții de control și de supraveghere a activității directoratului. Spre deosebire de sistemul unitar „membrii consiliului de supraveghere nu pot fi concomitent membri ai directoratului.”³

Dacă în cadrul sistemului unitar separația atribuțiilor este opțională, în cazul sistemului dualist această separare este obligatorie, fiind prevăzută de lege.

„Consiliul de supraveghere nu are nici una dintre atribuțiile clasice ale administratorilor și în nici un caz nu are dreptul de a reprezenta societatea în raport cu terții”⁴ Față de sistemul unitar, CS are posibilitatea de a introduce acțiune în răspundere față de membrii directoratului și de asemenea pot să îi demită cu o majoritate de 2/3 din numărul total de voturi.

Directoratul este reprezentantul legal al societății în raport cu terții. Membrii directoratului trebuie să ia deciziile împreună, dar pot delega pe unul dintre aceștia pentru reprezentarea și încheierea unor acte juridice. Consiliul de supraveghere reprezintă directoratul în raport cu societatea. Denumirea de manager poate fi folosită și pentru desemnarea directoratului, în doctrină managerul fiind definit ca fiind „un profesionist în activitatea de conducere a unui agent economic.”⁵

„Asigurarea de răspundere profesională a managerilor este obligatorie în societățile pe acțiuni”⁶, neîndeplinirea acestei obligații putând duce până la demiterea din funcție a acestora. În această situație, prin manager înțelegem inclusiv administratorii neexecutivi.

Managerul, fiind privit ca o persoană care își exercită profesia în mod independent are obligația de a încheia o poliță de asigurare de răspundere profesională, în favoarea societății. Fiecare manager în parte trebuie să încheie în mod individual o asemenea poliță, având în vedere că este asigurată o răspundere individuală. Trebuie totuși precizat că această asigurare acoperă prejudiciul societății produs prin erorile din activitatea managerilor, care sunt discutabile. Este bine știut că riscul este de esență activităților comerciale, societatea neputând imputa managerilor lipsa profitului. Doctrina arată că „asigurarea de răspundere profesională a managerilor poate fi un important mijloc

¹ Gh. Piperea, Drept comercial. □ntreprinderea, op. cit., p. 223

² Ibidem, p. 222

³ Daniel Mihail Șandru, Societățile comerciale în Uniunea Europeană, Ed. Universitară, București, 2006, p. 258

⁴ Gh. Piperea, “Drept comercial. □ntreprinderea”, op. cit., p. 224

⁵ St. D Cărpănu, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, Legea societăților comerciale, Comentariu pe articole, op.cit, p. 434

⁶ Ibidem, p. 627

de asigurare contra riscurilor de insolvență, întrucât poate permite societății o rapidă dezdăunare față de eventualele prejudicii cauzate de managerii societății.”¹

Spre deosebire de cele prezentate anterior, administratorii unei societăți comerciale cu răspundere limitată nu au această obligație de încheiere a unei polițe de asigurare. În același sens trebuie să amintim că administratorii SA au prerogative mult mai largi în desfășurarea activității. Avem în vedere aici posibilitatea măririi capitalului social al SA până la limita maximă impusă de capitalul autorizat, în condițiile în care există această prerogativă în actul constitutiv. Este adevărat că această mărire beneficiază de acordul prealabil al acționarilor, prin semnarea actului constitutiv, dar oportunitatea luării acestei decizii aparține în exclusivitate administratorilor, decizia fiind obligatorie și pentru acționarii care au dobândit acțiuni în timpul funcționării societății.

O altă problemă pe care o putem pune în discuție aici este posibilitatea administratorilor în cadrul SA de a alege un administrator provizoriu în caz de vacanță a postului, fapt ce ar putea influența deciziile ulterioare, până la numirea de către AGA a unui administrator definitiv. Simpla calitate de administrator într-o SA fără acordul prealabil al AGA presupune prin sinea ei o decizie aptă să producă prejudicii societății, poate chiar datorită notorietății persoanei respective.

De remarcat în acest context și posibilitatea CA de a revoca membri ai directoratului din funcție. Având în vedere faptul că societatea are obligația să despăgubească persoana demisă de către CA fără vreun motiv temeinic, această decizie presupune o cheltuială din partea societății, fără ca în prealabil AGA să își fi dat acordul. Desigur că acționarii se vor putea întoarce cu acțiune în regres împotriva administratorilor dacă această decizie este aptă să producă răspunderea acestora.

Toate cele trei situații prezentate anterior justifică încheierea unei polițe de asigurare a administratorilor fie că vorbim de sistemul unitar sau de sistemul dualist de administrare a societății. În cadrul SRL-ului administratorii nu pot fi supuși unor astfel de riscuri, fapt ce justifică neobligativitatea administratorilor de încheiere a unei polițe de asigurare. Mergând mai departe cu acest raționament considerăm că răspunderea asociaților cu propriul lor patrimoniu în cadrul SRL-ului nu ar face decât să întărească încrederea terților contractanți. Consider că nu ar putea fi efecte negative dacă ne raportăm la aceste argumente, pentru că, în acest fel asociații SRL-ului ar depune mai multe diligențe în desfășurarea afacerii.

Pentru a concluziona în legătură cu obligativitatea poliței de asigurare a administratorilor facem precizarea că aceștia răspund solidar pentru deciziile luate în comun care aduc prejudicii societății. Persoana care a votat contrar nu este absolvită de vină, aceasta trebuind să consemne poziția contrarie și să anunțe în termeni legali organele de control ale societății, auditori interni sau cenzori. În situație similară se află și partea care nu a fost prezentă la luarea deciziei, având aceleași obligații de înștiințare a organelor de control.

„În dreptul german membrii directoratului au, practic, poziția managerului. Acesta nu poate fi salariat al societății, în sensul dreptului muncii, întrucât el are statutul angajatorului față de societate, calitate incompatibilă cu cea de salariat. În sistemul legislativ german se face o distincție logică, între, pe de o parte, încheierea între societate și director a unui contract de prestări servicii, care precizează datoriile managerului în ce privește direcțiunea și gestiunea societății și remunerația pe care acesta o primește în contrapartidă. Numirea managerului este independentă de contractul de prestări servicii și în jurisprudența germană este unanim admisă, în caz de revocare din funcția de director, contractul de prestări servicii poate să subziste.”² Acest lucru face mai ușoară răspunderea contractuală a directorului, iar consecințele nerespectării contractului sunt atenuate prin faptul că acel contract poate să subziste concedierii directorului, de esență fiind realizarea obiectivelor societății și nu persoana care este îndrituită să le realizeze.

¹ Ibidem, p. 629

² St. D Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale, Comentariu pe articole*, op.cit., p. 434

VII. RĂSPUNDEREA ADMINISTRATORILOR

„Sancțiunile încălcării limitelor atribuțiile administratorilor sunt variate. Trebuie reținut, însă, că acestea au în vedere actele juridice încheiate cu depășirea limitelor atribuțiilor, și nu faptele juridice și operațiunile materiale ale administratorilor. Pentru obligațiile ce rezultă din faptele juridice și operațiunile administratorilor, societatea răspunde pentru fapta proprie, dacă faptul sau operațiunea au fost săvârșite cu prilejul exercitării funcției.”¹

Societatea răspunde în calitate de comitent pentru „persoanele care fac parte din organele societății și a căror faptă ilicită angajează în principiu răspunderea civilă delictuală directă a societății comerciale”², în baza contractului de mandat, în care, administratorul are calitatea de prepus al societății.

O sancțiune a administratorului poate fi revocarea sa din funcție de către AGA. „Oricare ar fi prevederile actului constitutiv, votul secret este obligatoriu pentru revocarea lor și pentru luarea hotărârilor referitoare la răspunderea administratorilor.”³

Pentru a realiza o imagine de ansamblu asupra întregii răspunderi a administratorilor, vom face un studiu general asupra categoriilor de răspundere. În primul rând, raportat la faptele săvârșite răspunderea poate fi civilă (patrimonială) sau penală.

Administratorul, persoana cauzatoare de prejudiciu răspunde diferit în funcție de persoana prejudiciată. Avem în vedere trei forme:

a) Răspunderea obișnuită a administratorului față de societate, în bază legală și în temeiul contractului de mandat. În acest sens doctrina arată principalele obligații ale acestora: „Administratorii sunt solidar răspunzători față de societate pentru: realitatea vărsămintelor efectuate de asociați; existența reală a dividendelor plătite; existența registrelor cerute de lege și corecta lor ținere; exacta îndeplinire a hotărârilor adunărilor generale; stricta îndeplinire a îndatoririlor pe care legea sau actul constitutiv le impun.”⁴

b) Răspunderea excepțională a administratorului față de terți potrivit dreptului comun (în caz de depășire a mandatului);

c) Răspundere agravată a administratorului în cazul insolvenței societății.

Răspunderea civilă, avem în vedere aici atât răspunderea contractuală cât și răspunderea delictuală a administratorului față de societate, această răspundere se va materializa printr-o răspundere directă atunci când prejudiciul este cauzat societății sau o răspundere de regres când prejudiciul este cauzat unui terț.

În jurisprudență a fost pronunțată următoarea soluție în legătură cu răspunderea pârâtului în temeiul contractului de mandat: „Pârâtul, având calitatea de director general trebuia să exercite conducerea operativă a societății. În această calitate, pârâtul a dat dovadă de neglijență în exercitarea atribuțiilor care îi reveneau în temeiul contractului de mandat, și, nesocotind avertizările directorului economic cu privire la calitatea de debitoare rău platnice ale celor două societăți, pârâtul a fost chemat în judecată de către societate și obligat de instanță să despăgubească societatea pentru că a contractat cu două societăți comerciale rău platnice.”⁵

Doctrina a încercat să clasifice motivele pentru care se angajează răspunderea administratorilor. Aceasta poate fi angajată pentru incompetență, ineficiență, greșelile de gestiune ori fraudă a acestora. „De regulă, răspunderea pentru incompetență ineficiență ori pentru greșeli de gestiune este o răspundere contractuală, iar pentru faptele ilicite săvârșite de administrator în paguba

¹ Ibidem, p. 441

² Daniel M. Șandru, “Funcționarea Societăților comerciale. Noutăți legislative”, edit. Tribuna Economică, Bucureștie, 2008, p. 266

³ Daniel Mihail Șandru, “Societățile comerciale în Uniunea Europeană”, op. cit. p. 243

⁴ Smaranda Angheni - “Societăți comerciale”, Ed. CH BECK, București, 2010, p. 25

⁵ Curtea de Apel Tg. Mureș, Decizia 101/2008 <http://jurisprudentacedo.com/Obligarea-acestui-a-in-temeiul-art-155-din-Legea-nr-31/1990-la-plata-prejudiciului-cauzat-reclamantei-in-calitatea-sa-de-administrator-al-acesteia-la.html>

societății, răspunderea sa are caracter delictual, fiind o răspundere ce decurge din încălcarea obligațiilor stabilite în sarcina sa de lege.”¹

Orice faptă licită sau ilicită a administratorului nu trebuie să aducă terțului nici un prejudiciu. Ocrotirea terțului contractant este un principiu esențial avut în vedere de legiuitor. Acest lucru îl statuează și doctrina. În cazul în care administratorul produce un prejudiciu unui terț printr-o faptă licită sau ilicită acest prejudiciu trebuie reparat. Societatea acționează ca un garant al acestuia și răspunde pentru administrator în calitate de comitent. Trebuie însă avut în vedere că societatea poate fi chemată să răspundă doar în cazul în care prepusul său acționează cu depășirea limitelor mandatului sau exercitarea abuzivă a prerogativelor sale. În acest caz societatea va despăgubi pe terțul contractant și se va îndrepta cu acțiune în regres împotriva administratorului. În cazul în care fapta săvârșită de administrator nu are nici o legătură cu exercitarea atribuțiilor sale, societatea nu va putea răspunde pentru acest prejudiciu, administratorul răspunzând singur, în nume propriu, pentru fapta sa.

Pentru prejudicii cauzate societății tragerea la răspundere se face de către AGA, prin intermediul acțiunii în răspundere, cu vot majoritar în adunarea generală ordinară, și poate fi introdusă contra: fondatorilor, administratorilor, directorilor, membrilor directoratului, consiliului de supraveghere, cenzorilor sau auditorilor financiari. Această acțiune este prevăzută în LSC art. 155.

Prin intentarea acestei acțiuni împotriva administratorilor sau membrilor directoratului, mandatul acestora încetează de drept, AGA fiind obligată în același timp să numească alte persoane în locul acestora. Acțiunea în răspundere este intentată în folosul societății, iar AGA este obligată să desemneze o persoană care să reprezinte interesul societății.

Dacă totuși această acțiune în răspundere nu este pornită, acționarii minoritari au la dispoziție o acțiune subsidiară, pentru protejarea intereselor lor și anume acțiunea în despăgubiri. Condițiile cerute de lege pentru intentarea acestei acțiuni sunt: acționarii care au introdus-o să dețină cel puțin 5% din capitalul social, AGA să nu fi dispus începerea acțiunii în răspundere, sau să fi dispus neînceperea acțiunii în răspundere iar acționarul/ acționarii care au introdus-o să fi deținut calitatea de acționar la momentul în care a fost dezbătută în cadrul AGA problema admiterii acțiunii în răspundere.

Acțiunea în despăgubiri se introduce de către acționar în nume propriu, dar în contul societății. În cazul în care instanța va admite irevocabil acțiunea, beneficiile acțiunii vor fi ale societății și nu ale acționarilor care au introdus acțiunea, acționarii fiind totuși îndreptățiți în acest caz la recuperarea cheltuielilor de judecată pe care le-au efectuat, sumă pe care o vor recupera de la societate. Acest drept le este prevăzut acționarilor prin art. 157¹ din LSC.

De remarcat totuși, că în cazul admiterii de către instanță a acțiunii, AGA au posibilitatea revocării mandatului administratorilor, respectiv directoratului și nu o obligație în acest sens.

„Spre deosebire de dreptul nostru, în dreptul francez acțiunea în răspundere nu aparține adunării generale, ci asociaților/acționarilor. Legea franceză consacră responsabilitatea individuală și solidară, după caz, a administratorilor față de societate și față de terți (în rândul cărora pot fi incluși și asociații care pot dovedi un prejudiciu personal, distinct de prejudiciul social), pentru încălcarea legii, violarea statutelor și greșelile de gestiune.”² Aceste prevederi sunt completate de norme legale care lipsesc de efect menționarea în actele constitutive a unor prevederi contrare sau care le restricționează, cum ar fi o aprobare prealabilă a adunării generale.

În dreptul român nu s-au adoptat astfel de prevederi, pe bună dreptate credem, pentru că ar conferi acționarilor minoritari unele drepturi pe care le-ar putea folosi ca o metodă de șantaj, care nu poate fi benefică în spiritul desfășurării activităților comerciale. Aceași opinie există și în doctrină „acțiunea în răspundere s-ar putea transforma, prin atitudinile șicanatoare, într-un mijloc de intimidare a administratorilor ori chiar de paralizare a activității sale.”³

¹ Gh. Piperea, “Drept comercial. □ntreprinderea”, op. cit., p. 229

² Gh. Piperea, “Drept comercial. □ntreprinderea”, op. cit., p. 234

³ Ibidem, p. 235

VIII. CAZURI DE NERĂSPUNDERE A ADMINISTRATORILOR

„Regula admite că insuccesele unei societăți nu sunt, neapărat, consecința unei judecăți neglijente sau frauduloase a managementului sau a consiliului de administrație: în orice tranzacție, riscul inerent poate transforma deciziile luate cu bună-credință în eșecuri. Atât timp cât discernământul membrilor consiliului nu este afectat de o miză personală, sunt informați corespunzător în legătură cu natura afacerii și sunt convingși că hotărârile sunt luate în interesul societății, atunci ei sunt exonerati de răspundere.”¹

Această exonerare de răspundere a administratorilor este diferită în funcție de persoana prejudiciată. Răspunderea civilă a administratorului este bazată pe culpă dacă ne raportăm la terți, aceștia având obligația de a face dovada îndeplinirii condițiilor prevăzute de lege pentru răspundere civilă delictuală. În schimb dacă ne raportăm la persoana prejudiciată ca fiind societatea, răspunderea administratorului este contractuală în baza contractului de mandat și legală în condițiile stabilite de lege. În acest sens art. 144 indice 1 din LSC stabilește în sarcina administratorului obligații de diligență și de prudență.

Răspunderea față de terți a administratorului are un caracter excepțional, doctrina arătând trei situații în care administratorul poate răspunde față de terți: când administratorul a acționat în numele societății iar fapta sa să nu aibe nici o legătură cu exercițiul funcției sale, când administratorul a garantat personal datoriile societății sau în caz de insolvență.

Pe tot parcursul funcționării societatea este răspunzătoare pentru toate activitățile desfășurate, toate actele încheiate de mandatarii săi, iar în caz de insolvență administratorii vor putea răspunde doar în condiții speciale. În aceste condiții creditorii societății se pot afla într-o reală imposibilitate de a-și recupera creanța în cazul în care societatea nu dorește acest lucru. Deși interesul creditorului s-a aflat în centrul atenției legiuitorului și cu toate că au fost concepute nenumărate protecții ale terților, în realitate acest mecanism nu este deloc funcțional, legiuitorul trebuind să introducă noi metode de constrângere a persoanelor implicate în desfășurarea activităților comerciale.

IX. RĂSPUNDEREA ÎN CADRUL PROCEDURII INSOLVENȚEI

Procedura insolvenței este ultimul mecanism pe care îl au la îndemână creditorii societății pentru recuperarea datoriilor². Această procedură are un caracter colectiv³, toate bunurile societății supuse acestei proceduri fiind administrate de o singură persoană, administrator judiciar sau lichidator, cu scopul de a le valorifica și de a despăgubi toți creditorii societății, în mod egal. Aceștia sunt înscrisi într-un singur tabel de creanțe, fiind astfel posibilă o privire de ansamblu asupra tuturor datoriilor societății, necesară pentru a respecta dreptul tuturor creditorilor. Este discutabilă și această egalitate știindu-se faptul că statul, prin instituțiile sale are prioritate în valorificarea creanțelor în fața celorlalți creditori, iar creditorii chirografari, care sunt ultimii despăgubiți, de cele mai multe ori nu își îndestulează creanța.

Pentru a nu prejudicia creditorii, legea permite o acțiune în răspundere contra membrilor organelor de conducere și a altor persoane care au dus societatea în stare de insolvență⁴. Această acțiune este o acțiune colectivă și poate fi intentată doar de către comitetul creditorilor, administratorul judiciar sau lichidator. Faptele care se pot contesta sunt strict prevăzute la art. 138 al Legii nr. 85/2006 (Legea insolvenței). În acest sens, în practică s-a reținut că această răspundere este derogatorie de la dreptul comun și că, pe lângă îndeplinirea celor patru condiții ale răspunderii: prejudiciul, fapta ilicită, legătura de cauzalitate dinre fapta ilicită și prejudiciu, mai trebuie îndeplinite două condiții cumulative și anume starea de insolvență a debitoarei și săvârșirea uneia dintre faptele expres și limitativ prevăzute de lege.⁵

¹ Ibidem, p. 238

² Luminița Tuleașcă, Falimentul Bancilor și societăților de asigurări, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 111

³ Ibidem, p. 119

⁴ Luminița Tuleașcă, The liability for banks insolvency, CKS-eBook 2010, p. 601, Ed. Pro Universitaria, București, 2010, p.596-618

⁵ Curtea de Apel București – secția a V-a comercială, decizia comercială nr. 812/08.09.2008, <http://www.jurisprudenta.org/Search.aspx>

Doctrina consideră că pe lângă această acțiune în răspundere stabilită de Legea insolvenței, creditorii societății ar mai putea introduce în nume propriu, o acțiune individuală în daune, împotriva administratorului, chiar și după deschiderea procedurii insolvenței. „Potrivit art. 73 alin. (2) LSC, acțiunea în răspundere contra administratorului aparține și creditorilor societății, care o vor putea exercita numai în caz de deschidere a procedurii reglementate de Legea insolvenței.”¹ Tot doctrina precizează că această acțiune este posibilă, fiind de competența instanței de drept comun și nu de competența judecătorului-sindic, cu îndeplinirea condiției: „față de societatea comercială să se fi deschis deja procedura de insolvență, un creditor care va putea dovedi un prejudiciu individual, va putea cere în justiție administratorilor să acopere acest prejudiciu.”²

Acționarii prejudiciați de faptele administratorilor pot introduce o acțiune în răspundere contra acestora chiar și pe parcursul deschiderii procedurii insolvenței, iar sumele rezultate vor servi la acoperirea datoriilor creditorilor înscrși la masa credală. În acest sens, doctrina stautează că „pe perioada insolvenței, acțiunea în răspundere reglementată de Lege societăților comerciale este de interes doar pentru acționari.”³

Înterpretând sintagma „orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului” prevăzută în art. 138 din Legea insolvenței înțelegem că legiuitorul are în centrul atenției recuperarea creanțelor creditorilor, iar dacă acest drept le este restrâns prin fapte imputabile unor persoane, acestea sunt obligate să răspundă. Această sintagmă are în vedere și răspunderea asociaților/acționarilor, legea nefăcând distincție între aceștia. Dacă se dovedește că asociații au prejudiciat societatea aceștia răspund pentru fapta proprie, putând să răspundă cu patrimoniul personal.

În condițiile arătate mai sus credem că o răspundere a asociaților, cu propriul patrimoniu ar trebui să fie permisă chiar din timpul funcționării societății. Asociații în cadrul SRL-ului pot prevedea o eventuală stare de insolvabilitate a societății, ei având obligația de maximă diligență, de verificare a activității administratorilor. Corelativ cu obligațiile de diligență și prudență pe care le au administratorii în desfășurarea activității societății, ar trebui introdusă și o asemenea obligație a asociaților, dezinteresul acestora putând fi sancționat. În cazul SA conducerea societăților este asigurată de persoane profesioniste, astfel încât acționarii se pot încrede întrutotul în acțiunile și deciziile acestora. Făcând această comparație reiese în mod evident că asociații ar trebui să aibe mai mult decât o obligație de diligență, trebuind să fie impusă și o sancțiune.

O atare sancțiune ar fi în folosul tuturor, în special al terților creditorilor, care, în mod evident, beneficiază de o deosebită atenție a legiuitorului fiind un principiu de bază în actuala reglementare. Fiind în spiritul acestui principiu, răspunderea asociaților încă din timpul societății i-ar responsabiliza mai mult pe aceștia. Procedura insolvenței are efecte reduse asupra asociaților, iar aceștia văd prin aceasta mai mult o modalitate de scăpare de datorii decât o sancțiune.

X. RĂSPUNDEREA PENALĂ

Răspunderea în materie penală a administratorilor nu prezintă un deosebit interes în studiul de față, totuși facem o foarte scurtă trecere în revistă a acesteia. Administratorii răspund penal, conform infracțiunilor prevăzute de legea penală. Trebuie menționat totuși că sunt prevăzute infracțiuni în Legea insolvenței la art. 143 – 147, iar acestea sunt infracțiunile de bancrută simplă, bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, delapidare și refuzul punerii la dispoziție de documente ori informații. Deasemenea și LSC prevede la TITLUL VIII faptele care constituie infracțiune; toate aceste infracțiuni au punct comun „înșelarea încrederii”. Persoanele care au săvârșit astfel de infracțiuni nu mai pot fi asociați, administratori sau membri ai directoratului în viitor, în alte societăți comerciale.

Persoanele care au săvârșit astfel de infracțiuni nu mai pot fi asociați, administratori sau membri ai directoratului în viitor, în alte societăți comerciale.

¹ Gh. Piperea, “Drept comercial. □ntreprinderea”, op. cit., p. 241

² Gh. Piperea, “Drept comercial. □ntreprinderea”, p. 241

³ Ibidem, p. 243

Persoanele răspund pentru prejudiciu printr-o acțiune civilă introdusă în procesul penal sau separat, din punct de vedere al laturii civile nu se schimbă nimic față de cele prezentate anterior.

XI. CONCLUZII

Toate aspectele prezentate în prezenta lucrare ne conduc la concluziile anticipate la începutul lucrării, și anume că, este inechitabilă răspunderea asociațiilor societăților comerciale cu răspundere limitată în același fel ca și acționarii din societățile pe acțiuni.

Plecând de la ideea că organele de conducere ale societății au răspunderi diferite în cele două tipuri de societăți am ajuns la o concluzie logică în sensul necesității unei răspunderi diferite și a asociațiilor.

Principiul conform căruia societatea, prin activitatea sa, nu trebuie să aducă nici un prejudiciu unui terț contractant, ar trebui să primeze în fața răspunderii asociațiilor în limita aportului adus la capitalul social.

În acest sens, propunem, *de lege ferenda*, introducerea unor reglementări cu privire la posibilitatea răspunderii cu propriul patrimoniu al asociațiilor, chiar din timpul funcționării societății, salvând în acest fel societatea de la faliment și protejând terții contractanți. Această răspundere ar putea fi de natură legală sau contractuală, asociații garantând toate contractele societății, în calitate de fideiusori ai societății.

O astfel de răspundere ar fi bine venită pentru persoanele care desfășoară activități comerciale cu bună credință și nu cu scopul de a masca alte interese ilicite, reducând astfel numărul societăților fictive existente la ora actuală. Deasemenea, ar însemna și o degrevare a instanțelor de judecată îndrituite cu soluționarea insolvențelor și o activitate comercială sănătoasă în care societățile nu vor mai avea „grija” intrării în insolvență a partenerilor contractuali.

Nu în ultimul rând, o astfel de reglementare ar fi benefică întregii economii a României, funcționarea societăților ar fi mult mai sigură și relațiile comerciale s-ar desfășura într-un ritm mai accelerat, patrimoniile personale ale contractanților fiind o garanție în acest sens.

BIBLIOGRAFIE

- Smaranda Angheni, *Societăți comerciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2010
- Cârpenaru, St. D., *Tratat de Drept Comercial Român*, ediția a III-a, revizuită, Ed. Universul Juridic, București, 2012
- Cârpenaru, St. D., David, S., Predoiu, C., Piperea, Gh. *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, Ediția 4, Ed. C.H.Beck, București, 2009
- Novac, Monica, *Calitatea de salariat și administrator al societății cu răspundere limitată* www.juridice.ro
- Piperea, Gh., *Drept comercial. Întreprinderea*, Ed. C.H. Beck, București, 2011
- Șandru, D.M., *Societățile comerciale în Uniunea Europeană*, Ed. Universitară, București, 2006
- Șandru, D.M., *Funcționarea Societăților comerciale. Noutăți legislative*, ed. Tribuna Economică, București, 2008
- Todică, Carmen, *Revista “Curierul Judiciar”*, nr. 7/2012
- Tulească, Luminița, *Dreptul Comerțului Internațional*, ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2011
- Tulească, Luminița, *The liability for banks insolvency*, CKS–eBook 2010, Ed. Pro Universitaria, București, 2010
- Tulească, Luminița, *Falimentul Băncilor și societăților de asigurări*, ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 119
- Turcu, Ion, *Tratat teoretic și practic de drept comercial*, Volumul II, Ed. C.H. Beck, București, 2008

DREPTUL CREDITORILOR CHIROGRAFARI ASUPRA PATRIMONIULUI DEBITORULUI

Laura COLȚAN¹

Abstract

Prin această temă urmăresc ca, în cuprinsul acestei lucrări să grupez și să analizez toate mijloacele juridice acordate de lege creditorilor chirografari, în scopul realizării drepturilor lor de creanță pe temeiul existenței gajului general asupra patrimoniului debitorului, accentuând tendințele practicii judiciare contemporane și prezentând analiza detaliată a dispozițiilor Noului Cod civil, în materia drepturilor creditorilor chirografari asupra patrimoniului debitorului. Lucrarea abordează aspecte atât din practica judiciară românească cât și cea străină (referire la cea franceză), fără a omite practica Curtii Constituționale și cea a Curtii Europene a Drepturilor Omului.

Cuvinte cheie : *gaj general, acțiune oblică, acțiune revocatorie, simulație, acțiuni directe.*

Introducere

Lucrarea cu tema “*Drepturile creditorilor chirografari asupra patrimoniului debitorului*” abordează, în materia obligațiilor civile, un domeniu care readuce în prim-planul cercetării o temă de actualitate, ce, uneori, nu a primit o reglementare legală sau, alteleori, a primit o reglementare insuficientă, în condițiile în care preocupările practicii și literaturii de specialitate de până acum, deși deosebit de valoroase, au fost totuși mai puțin sistematizate și nu au cuprins, până acum, sub aceeași cupolă, toate mijloacele juridice de drept substanțial pe care legiuitorul și practica judiciară constantă le-au pus la dispoziția creditorilor chirografari, în vederea realizării dreptului lor de creanță.

Prin titlul ales s-a urmarit ca, în cuprinsul unei singure lucrări, să fie grupate și analizate mijloacele juridice acordate de lege creditorilor chirografari, în scopul realizării drepturilor lor de creanță pe temeiul existenței gajului general asupra patrimoniului debitorului.

Lucrarea a urmărit să asigure o abordare sistematică a mijloacelor de protecție a drepturilor creditorilor, prezentând analiza detaliată a dispozițiilor Noului Cod civil, în materia drepturilor creditorilor chirografari asupra patrimoniului debitorului.

Continutul lucrării

Dispozițiile Noului Cod civil (art. 31-33) reglementează, alături de regula indivizibilității, și excepția, posibilitatea de divizare sau afectare a patrimoniului, accentuându-se pe de-o parte, ideea unității patrimoniului, promovată de concepția clasică, iar, pe de altă parte, ideea că, în urma divizării, o persoană nu are mai multe patrimonii, ci patrimoniul poate fi format din mai multe mase patrimoniale, denumite patrimonii de afectare². Masele patrimoniale sunt compuse din drepturi și obligații, cu care nu se confundă, fiind constituite pentru o durată limitată de timp, corespunzătoare scopului pentru care acestea au fost constituite. Subrogația reală cu titlu universal operează în cadrul fiecărei mase patrimoniale, iar fiecare dintre patimoniile de afectare constituie gajul general al creditorilor ce au constituit drepturi asupra fiecărei mase patrimoniale. Între masele patrimoniale se poate realiza un transfer de drepturi și obligații, în condițiile legii și fără a prejudicia drepturile creditorilor asupra fiecărei mase patrimoniale.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din Bucuresti (laura.coltan@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prep.univ.drd Bogdan Nazat, (e-mail bogdan.nazat@gmail.com)

² Noul Cod civil, art. 31.

Astfel, gajul general al creditorilor dintr-o garanție generală și comună devine o garanție specializată, dreptul creditorilor urmând a fi exercitat, cu prioritate, asupra masei patrimoniale în legătură cu care s-a născut creanța și doar în cazul în care bunurile din patrimoniul de afecțatiune nu sunt suficiente vor putea fi urmărite și celelalte bunuri ale debitorului, cu excepția masei patrimoniale afectate exercitării unei profesii, caz în care dreptul de gaj este limitat doar la bunurile din acest patrimoniu.

Dacă aceasta reprezintă evoluția dreptului de gaj general impusă de evoluția noțiunii de patrimoniu, Noul Cod civil aduce și alte elemente cu caracter inovator, în sensul că deși creanțele au luat naștere cu privire la bunurile ce compun activul patrimonial, “*debitorul și creditorul putând conveni să limiteze dreptul creditorului de a urmări bunurile care nu îi sunt ipotecate*”. Astfel, anumiți creditori chirografari nu vor mai avea un drept de gaj general cu privire la toate bunurile din patrimoniul debitorului, prin convenția părților stabilindu-se o insesizabilitate convențională, cu privire la bunuri existente în patrimoniul debitorului, cu excepția celor ipotecate. Caracterul de garanție comună a dreptului de gaj general este, astfel, limitat, obiectul gajului general fiind diferit pentru creditorii chirografari ai aceluiași debitor.

De asemenea, principiul egalității creditorilor cunoaște derogări, în sensul că este reglementată posibilitatea încheierii unor convenții cu privire la ordinea îndestulării creditorilor chirografari.

Analiza titularilor dreptului de gaj general, asupra întregului patrimoniu al debitorului, permite realizarea unei distincții între diferite categorii de creditori, propunându-se utilizarea sintagmei de *creditori chirografari specializați* pentru creditorii chirografari ce au un drept de gaj general specializat asupra patrimoniilor de afecțatiune. Distincția între creditorii chirografari specializați și creditorii chirografari ordinari are în vedere dreptul de gaj general specializat al primilor, ce exclude posibilitatea creditorilor ordinari de a urmări bunurile din masele patrimoniale, constituite, de altfel, în cadrul patrimoniului debitorului, privit ca universalitate juridică.

În doctrină se arată, de regulă, că ne aflăm în prezența unui “*drept de gaj general*” al creditorului chirografar asupra patrimoniului debitorului său. Această exprimare își are explicația și în influența exercitată de dreptul civil francez¹. Este vorba de diferența de redactare dintre art. 2324 Noul Cod civil român și art. 2093 C. civ. francez întrucât, în textul celui din urmă, se arată că bunurile debitorului constituie “*gajul comun al creditorilor săi*” pe când în textul art. 2324 Noul Cod civil român nu apare termenul de “gaj” ci se precizează că: “*cel care este obligat personal răspunde cu toate bunurile sale mobile și imobile, prezente și viitoare. Ele servesc drept garanție comună a creditorilor săi.*”

Asupra limitelor dreptului de gaj general, se analizează inalienabilitatea convențională, îngrădire temporară a dispoziției asupra bunului dobândit, ce atrage insesizabilitatea, adică posibilitatea creditorului de a proceda la urmărirea bunurilor declarate inalienabile prin voința părților.

În acest sens, stabilindu-se natura juridică a clauzei de inalienabilitate, se arată că inalienabilitatea este o simpă sarcină personală, o obligație de a nu face, actul juridic încheiat fiind un act afectat de o sarcină. Privită din perspectiva înstrăinătorului, interdicția de înstrăinare apare ca un drept personal de a vedea neschimbată starea bunului, privită din perspectiva dobânditorului, interdicția de înstrăinare constituie o îngrădire temporară a dreptului său de dispoziție asupra bunului dobândit. Inalienabilitatea convențională este analizată, de asemenea, din perspectiva Noului Cod civil, ce cuprinde, prevederi exprese referitoare la „*clauzele de inalienabilitate*” reglementată în dispozițiile articolelor 627, 628, 629, referitoare la condițiile impuse pentru valabilitatea și pentru exercitarea clauzei de inalienabilitate, domeniul de aplicare, sancțiunea aplicabilă în cazul nerespectării clauzei de inalienabilitate și la “*clauzele de insesizabilitate*”.

¹ **Constantin Stătescu, Corneliu Bârsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor**, Ediția a IX-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, 2008

De asemenea, reține atenția asupra limitării dreptului creditorului chirografar de a urmări bunurile debitorului care fac obiectul unei mase patrimoniale prevazute de Noul Cod civil, în care se tratează și relațiile dintre masa patrimonială fiduciară și restul patrimoniului fiduciarului, respectiv dintre masa patrimonială fiduciară și patrimoniul constituitorului fiduciei. În acest sens se susține că, în lipsă unei stipulații contrare prin contractul de fiducie, titularii creanțelor născute în legătură cu bunurile din masa patrimonială fiduciară nu pot urmări decât aceste bunuri. În mod excepțional, prin contractul de fiducie se poate institui obligația fiduciarului sau / și a constituitorului de a răspunde pentru o parte sau pentru tot pasivul fiduciei, caz în care se va urmări, mai întâi, activul masei patrimoniale fiduciare, iar ulterior, în limita și în ordinea stabilită prin contractul de fiducie, bunurile fiduciarului sau/ și ale constituitorului. Bunurile din masa patrimonială fiduciară pot fi urmărite și de creditorii constituitorului care au o garanție reală asupra bunurilor acestuia și a cărei opozabilitate este dabândită, potrivit legii, anterior stabilirii fiduciei.

În cazul în care contractul de fiducie a fost încheiat în fraudă drepturilor de creanță ale unora dintre creditorii constituitorului, aceștia au la dispoziție o acțiune revocatorie, în urma admiterii acesteia bunurile din masa patrimonială fiduciară putând fi urmărite pentru satisfacerea creanței creditorilor care au introdus acțiunea sau care au intervenit în cauză. În ceea ce privește calificarea dată acestei acțiuni, se arată că titularii fac parte din categoria creditorilor chirografari, ce au drept de gaj general asupra patrimoniului constituitorului, și că acțiunea este exercitată întrucât în mod fraudulos debitorul lor a scos bunuri din patrimoniul său, micșorând garanția pe care aceștia o au pentru realizarea creanței lor.

Acțiunea oblică

Noțiunea acțiunii oblice este prezentată în urma analizei doctrinei și jurisprudenței române, dar și a celei franceze, având în vedere că atât autorii români, cât și cei francezi, în enunțarea și structurarea ideilor au pornit de la o reglementare legală similară, articolul 974 din Codul Civil anterior, prin întarea în vigoare a Noului Cod civil acțiunea oblică este reglementată la articolul 1560 și 1561, fiind un corespondent “aproape fidel”, al articolului 1166 din Codul Civil francez. De asemenea, pentru formularea și fundamentarea definiției acțiunii oblice se analizează nu doar definițiile doctrinare, cât și cele jurisprudențiale.¹

Analiza domeniului acțiunii oblice pornește de la principiul enunțat de reglementarea legală “creditorii pot exercita toate drepturile și acțiunile debitorului cu caracter patrimonial”, fiind identificate excepțiile ce se încadrează în sintagma „drepturi și acțiuni exclusiv personale ale debitorului” ce sunt împărțite în două mari categorii: excluderi legate de natura sau caracterul drepturilor exercitate și limite ținând de libertatea debitorului.

Prima categorie de excepții analizează posibilitatea exercitării pe cale oblică de către creditor a drepturilor debitorului alienabile, dar insesizabile, cum ar fi plata unei indemnizații de asigurare, a dreptului la întreținere, dobândit de către debitor printr-un contract de întreținere.

În ceea ce privește limitele ținând de libertatea debitorului se tratează posibilitatea exercitării pe calea acțiunii oblice de către creditorul a drepturilor de opțiune, drepturi subiective ale debitorului, de natură patrimonială, ce fac parte din categoria drepturilor potestative, precum și a unor drepturi ale debitorului ce pun în discuție anumite considerații de ordin moral sau familial, cum ar fi dreptul de reducere sau sistare a pensiei de întreținere, dacă veniturile salariale ale debitorului s-au diminuat față de momentul la care a fost stabilită pensia sau creditorul pensiei de întreținere nu mai îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru a putea obține pensia de întreținere, dreptul de a cere revocarea donației facute de un soț celuilalt.

În urma analizei jurisprudenței ce abordează condițiile referitoare la debitor pentru exercitarea acțiunii oblice, se constată tendința de a permite creditorului de a interveni în patrimoniul debitorului

¹ **Liviu Pop, Ionuț-Florian Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile.***, Editura Universul Juridic, 2012

doar în cazul unei *carențe caracterizate* a debitorului, ce presupune identificarea cauzelor ce l-au determinat sau l-au împiedicat pe acesta să acționeze, întrucât imixtiunea creditorului în afacerile debitorului este justificată exclusiv de o inacțiune ilegitimă a debitorului, și anume un refuz de a uza de drepturile sale, o neglijanță din partea sa sau o inacțiune certă de a acționa.

Pornind de la o soluție de speța s-a pus problema dacă creditorului chirografar îi este opozabilă simulația atunci când acționează în numele debitorului înstrăinător fictiv, parte în contractul secret, pe calea acțiunii oblice împotriva dobânditorului fictiv, în urma analizei argumentelor invocate, apreciindu-se că în cadrul acțiunii oblice el exercită drepturile debitorului său și îi sunt opozabile toate excepțiile pe care le are împotriva acestuia pârâtul, neavând relevanță calitatea sa de terț de actul secret ostensibil, întrucât nu acționează în nume propriu.

Se remarcă faptul că spre deosebire de prevederile anterioare, Noul Cod civil reglementează cazuri particulare de aplicabilitate ale acțiunii oblice, clarificând drepturile creditorilor chirografari întemeiate pe gajul general de a accepta succesiunea în locul debitorului său moștenitor și de a putea cere raportul donației în locul debitorului lor, în situația în care acesta are calitatea de descendent sau de soț supraviețuitor al defunctului, situații ce sunt analizate în mod distinct.

În acest sens art.1107 din Noul Cod civil prevede că „*creditorii succesibilului pot accepta moștenirea, pe cale oblică, în limita îndestulării creanței lor.*” Trebuie să avem în vedere că prin acceptarea succesiunii, creditorii chirografari exercită în locul debitorului lor un drept de opțiune al debitorului, având în vedere că de la data deschiderii succesiunii bunurile succesoriale constituie o masă patrimonială distinctă ce se regăsește în patrimoniul debitorului. Astfel, nu se poate aprecia că, în acest caz, pe calea acțiunii oblice creditorii fac să ia naștere un drept nou în patrimoniul debitorului, întrucât dreptul exista anterior exercitării acțiunii oblice. Acceptarea succesiunii nu face decât să se consolideze dobândirea care a avut loc la data deschiderii moștenirii. Întrucât creditorii exercită drepturile debitorului, în cazul exercitării acțiunii oblice trebuie să fie îndeplinite condițiile privitoare la termenul de opțiune succesorală¹.

În ceea ce privește bunurile ce vor intra în patrimoniul debitorului, legiuitorul a limitat, însă, valoarea bunurilor succesoriale, Noul Cod civil menționând „*limita îndestulării creanței lor*”. Limitarea posibilității creditorilor succesibilului de a accepta moștenirea, pe cale oblică, în limita îndestulării lor, apreciem că nu corespunde scopului acțiunii oblice ca măsură conservatorie a drepturilor creditorului chirografar. În acest sens, menționăm că exercitarea acțiunii oblice de către unul dintre creditorii chirografari are în vedere realizarea ulterioară a creanțelor aparținând tuturor creditorilor urmăritori, în considerarea caracterului colectiv al acțiunii oblice. Interpretarea restrictivă a textului de lege, în sensul acceptării bunurilor succesoriale doar în limita creanței creditorului reclamant, ar lipsi de finalitate scopul urmărit prin exercitarea acțiunii oblice, întrucât creditorul reclamant nu are un drept de preferință cu privire la acele bunuri, ci acestea servesc garanției generale, comune proporționale a tuturor creditorilor chirografari.

Insolvabilitatea, cauză obstaculativă a realizării creanței. Executarea obligațiilor, deși este obligatorie, faptic nu întotdeauna se realizează de bunăvoie de către debitor, caz în care se pune problema executării silite. Cum însă garantarea obligațiilor se face cu bunurile debitorului, ce pot fi volatizate, prin înstrăinare de către acesta, producând o însărcinare a sa, creditorul este expus situației de a nu avea ce executa, în fața unei insolvabilități a debitorului. Această stare poate fi generată și din pricina situației efectiv precare a debitorului (patrimoniul său fiind sărăcit de elemente active – bunuri, creanțe, etc.), dar nu puține sunt situațiile în care starea este în mod voluntar indusă de acesta, manifestându-se chiar o tendință a debitorului aflat în dificultate (sub amenințarea iminenței executării) de a încheia acte juridice cu terți, fie pentru a prejudicia creditorii, fie pentru a avea un eventual profit viitor.

¹ Liviu Pop, Ionuț-Florian Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile.*, Editura Universul Juridic, 2012

Insolvabilitatea indusă fraudulos de către debitor. Remedii. Realitatea dovedește că sunt situații, și nu puține, când debitorii în mod deliberat își creează sau accentuează această stare de insolvabilitate (prin înstrăinarea bunurilor, grevarea lor etc.), cu scopul de a limita posibilitatea creditorului de a-și executa creanța, această atitudine fiind fără îndoială un act fraudulos și vătămător pentru creditor.

Cu scopul de a-l pune la adăpost pe creditor față de astfel de acte frauduloase, legea pune la dispoziția creditorului un instrument juridic prin care acesta poate anihila astfel de acte viclene. Ne referim la acțiunea revocatorie sau pauliană (denumire preluată după numele preotului Paulus, care, spre anii 150-125 î.Hr. a contribuit la formarea acestui instrument juridic), prin care creditorul poate ataca în justiție actele încheiate de debitor în fraudă sa. Aceasta întrucât legiuitorul nu poate să tolereze fraudă debitorului care, precum am arătat, prin micșorarea patrimoniului său, cauzează o daună creditorului¹. Efectul admiterii unei astfel de acțiuni este acela al desființării actului față de creditor (ca și în cazul anulării acestuia), vorbind astfel de o inopozabilitate a actului față de acesta, ce-i va permite să procedeze la executarea silită asupra bunului, ignorând actul debitorului prin care, eventual, îl înstrăinase. Rezumând, putem reține că acest instrument juridic reprezintă un adevărat remediu pentru creditorul fraudat, dar în egală măsură și o veritabilă garanție legală a exercitării de către debitor a obligațiilor sale cu buna-credință.

Acțiunea revocatorie. Reținând caracterul de “remediu” al acțiunii revocatorii, obiectivat în acel mijloc, instrument juridic a cărui finalitate (funcție) este aceea de a înlătura consecințele actelor frauduloase ale debitorului, prin care acesta își creează sau potențează starea de insolvabilitate (o însărcinare deliberată), considerăm deopotrivă că acest instrument juridic va avea și un rol preventiv, dedus din aceea că, o dată atenționați, de existența acestui instrument “adaptat” unor astfel de situații juridice (create în scop de fraudă) debitorii, tentați, a apela la astfel de mașinațiuni, își vor înfrâna pornirea antisocială, conștientizând că o astfel de operațiune ar putea fi zădărnicită prin exercitarea unei astfel de acțiuni.

Sediul materiei îl regăsim în Noul Cod Civil la art. 1562 care prevede că **“Dacă dovedește un prejudiciu, creditorul poate cere să fie declarate inopozabile față de el actele juridice încheiate de debitor în fraudă drepturilor sale, cum sunt cele prin care debitorul își creează sau își mărește o stare de insolvabilitate”** iar la alin. (2) să completeze că **“Un contract cu titlu oneros sau o plată făcută în executarea unui asemenea contract poate fi declarată inopozabilă numai atunci când terțul contractant ori cel care a primit plata cunoștea faptul că debitorul își creează sau își mărește starea de insolvabilitate”**.

Condițiile exercitării acțiunii revocatorii. Noul Cod civil, deși mai generos în a oferi și condițiile de exercitare a acestei acțiuni, se limitează a consacra doar două dintre acestea, respectiv prima referitoare la prejudiciul încercat de creditor, urmare a încheierii acestui act, consacrat în termeni la alin. (1) al art. 1562, ce prevede că **“Dacă dovedește un prejudiciu, creditorul poate cere (...)”**, iar cea de a doua condiție reliefată de legiuitor se referă de această dată la situația încheierii de acte frauduloase oneroase de către debitor, caz în care, se cere ca terțul să fi cunoscut că prin acest contract sau plată făcută **“debitorul își creează sau își mărește starea de insolvabilitate”** – alin. (2) al aceluiași articol².

Condiții referitoare la actul încheiat de debitor. Elementul material și moral. În prealabil se impune a preciza că, față de exprimarea generică a legii “actele viclene ale debitorului”, fără o circumstanțiere a acestora, apare ca întemeiată, teza potrivit cu care toate actele prin care o persoană își diminuează patrimoniul, dacă sunt frauduloase pentru creditor, pot fi atacate pe calea acțiunii

¹ Constantin Stătescu, Corneliu Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ediția a IX-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, 2008

² Liviu Pop, Ionuț-Florian Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile.*, Editura Universul Juridic, 2012

revocatorii¹. Condițiile privind actul implică un element material și unul moral – *prejudiciul și fraudă* – ce trebuie dovedite în cadrul procedurii judiciare de către reclamant, respectiv de creditorul fraudat, astfel că în vreme ce elementul prejudiciu, ca element material, poate fi în mod facil dovedit prin orice mijloc de proba (de regula prin procesul verbal al executorului de constatare a inexistenței de bunuri susceptibile de executare), elementul *fraudă* (elementul moral) ce reprezintă un element de natură psihică (format în mintea debitorului) este mai dificil de probat, și oricum imposibil prin mijloace de probă directe (pentru că ar presupune o introspecție). Acest element se va dovedi prin orice mijloc de probă (indirectă) ce va evidenția acele împrejurări care să formeze convingerea judecătorului investit cu soluționarea cererii că debitorul la data facerii actului (sau anterior) cel puțin cunoaște că prin acesta creează un prejudiciu creditorului. În plus, practica judiciară a relevat faptul că noțiunea de fraudă – condiție a acțiunii pauliene – are un înțeles special, ce nu se confundă cu dolul contractual, ci este suficient ca debitorul să fi avut cunoștință de rezultatul păgubitor al actului față de creditor. Astfel, se apreciază pe drept cuvânt că dacă se probează cunoașterea de către debitor a rezultatului actului (în sensul că proprii creditori nu vor mai avea ce executa, sau deși vor avea, va fi insuficient) se poate prezuma că a vrut să păgubească pe creditorii săi.

În practică sunt reputeate ca fiind acte frauduloase: actele de înstrăinare a bunurilor către o societate comercială al cărui administrator era membru al familiei administratorului vânzătoarei, urmărindu-se împiedicarea creditorului în executarea creanței în cazul în care debitorul a înstrăinat imobilul terților dobânditori care sunt fiul și nora pârâtului debitor și care locuiesc împreună cu acesta, la numai patru zile după pronunțarea hotărârii care constată creanța reclamantei creditoare; încheierea unui contract de împrumut formal pentru acoperirea unei datorii, scopul real fiind transferarea activelor la societatea concurentă înființată de fiica și cumnatul administratorului, printr-o executare silită premeditată.

Se observă astfel că majoritatea actelor atacate sunt acte prin care se constituie sau se transfera drepturi asupra bunurilor debitorului, sunt încheiate cu o a treia persoană (fiind acte bilaterale, multilaterale) așa încât, acțiunea revocatorie, în mod obligatoriu va fi introdusă și împotriva acestei de a treia persoane (în contra terțului). Se pune rațională întrebare dacă terțul este ținut să suporte consecințele ilicitității actelor debitorului (celui cu care a contractat) și prin urmare, deși a dobândit dreptul asupra bunului, totuși creditorul să poată a-l executa (în final, ajungând să fie lipsit de acesta).

Natura actului fraudulos. Act cu titlu gratuit sau oneros. Observăm că Noul Cod Civil, referindu-se la actele ce pot face obiect al acțiunii pauliene se rezumă numai a arăta condiția cerută în cazul contractului cu titlu oneros și în cazul unei plăți, când se cere a fi întrunită condiția relei credințe a terțului cocontractant ori, respectiv, beneficiar al plății. Aceasta nu înseamnă nici pe departe că în noua reglementare actele cu titlu gratuit exced domeniului acțiuni pauliene, ci dimpotrivă, condițiile de exercitare (și de admisibilitate) ale acestora, în cazul celor din urma, vor fi mai lesnicioase.

Așadar soluția diferă după cum actul de înstrăinare este unul cu titlu gratuit (spre exemplu donație) sau cu titlu oneros (spre exemplu vânzare). În situația primei categorii de acte nu este cerută condiția ca terțul să fi fost complice la fraudă debitorului, ci în acest caz se ivește un conflict între acesta (terț) care dorește a păstra un câștig (*certat de lucro captando*) și creditorul fraudat, ce tinde spre a evita o pagubă (*certat de damno vitando*), care se va fi finalizat – din rațiuni de echitate – în favoarea creditorului, actul urmând a fi declarat imputabil acestuia, care va putea, proceda la executarea silită asupra sa. Dimpotrivă, în cazul unui act cu titlu oneros, în puterea principiului protecției dobânditorului cu titlu oneros de bună-credință, se cere pentru revocarea actului a fi dovedită și “*complicitatea la fraudă*”, a acestuia, întrucât până la proba contrară (spre pildă în caz de simulație) a dat o valoare pentru bunul respectiv, pe care ar trebui – teoretic – să o recupereze de la

¹ Constantin Stătescu, Corneliu Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ediția a IX-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, 2008

transmitător, respectiv de la același debitor insolvabil, regres numai iluzoriu, întrucât, față de insolabilitatea acestuia, este cert că nu va putea recupera acea valoare. Așa încât dreptul terțului de bună credință ar rămâne numai în sfera abstractului juridic, soluție profund inechitabilă. În sensul stabilirii conținutului noțiunii de “*complicitate la fraudă*” practica și doctrina au relevat că este suficient a se proba faptul că acesta (terțul) cunoștea la data facerii actului că se ivește sau se agravează starea de insolabilitate a debitorului (transmițătorului), cu efectul prejudicierii creditorilor săi, despre care se cere ca acesta să aibă cunoștința. Altfel spus, se cere împlinirea condiției “cunoașterii păgubirii creditorilor”, astfel că, odată probat acest fapt, se probează și intenția (indirect – respectiv nu a urmărit, dar a acceptat) frauduloasă. De altfel Noul Cod civil, prevede **în termeni** că “*Un contract cu titlu oneros sau o plată făcută în executarea unui asemenea contract poate fi declarată inopozabilă numai atunci când terțul contractant ori cel care a primit plata cunoștea faptul că debitorul își creează sau își mărește starea de insolabilitate*”(art. 1562 alin. (2) NCC), astfel încât se absolutează condiția relei-credințe a terțului contractant sau beneficiar al plății, și, în plus, se determină înțelesul acestei noțiuni, de rea-credință, care în această materie se întrușchipează sub forma cunoașterii de către terț a faptului că prin încheierea acestui act debitorul “*își creează sau își mărește starea de insolabilitate*,”¹. Textul trebuie interpretat în sensul că terțul trebuie să aibă inclusiv reprezentarea faptului ca urmare a acestei stări creditorii cocontractantului ori ai plătitorului vor fi pagubiți.

Condiții privitoare la creditor. Pe lângă cele două condiții (materială și morală) referitoare la actul debitorului, se cere, în privința creanței creditorului, ca aceasta să fie certă, lichidă și exigibilă în momentul pronunțării hotărârii de declarare a inopozabilității actului atacat prin acțiunea pauliană, cu unele observații legate de situațiile particulare care pot apărea, când unele dintre aceste condiții nu sunt cerute: de pildă condiția lichidității creanței (adică, creanța să aibă un quantum precis, spre exemplu, o suma de bani determinată) este cerută numai atunci când creanța are ca obiect o suma de bani, în cazul celorlalte creanțe, calitatea de a fi lichidă nu este cerută (spre exemplu în cazul în care prin actele frauduloase se paralizază exercițiul unui drept de creanță specializat, care are ca obiect un anumit bun, cum ar fi dreptul de opțiune născut dintr-o promisiune bilaterală de vânzare-cumpărare, când promitentul-vânzător înstrăinează bunul unei terțe persoane. Din perspectiva Noului Cod civil se impune a sublinia condiția impusă de art. 1563, care, referindu-se la “*condițiile privitoare la creanța*” prevede că “*aceasta (creanța) trebuie să fie certă la data introducerii acțiunii*,”. Prin urmare, se cere ca la data promovării acțiunii pauliene creditorul fraudat să dețină față de debitorul său o creanță certă, neechivocă, care, în raport de dispozițiile art. 379 alin (3) din Codul de procedura civilă în vigoare, este înțeleasă ca fiind “*acea creanță a cărei existență trebuie să rezulte din însuși actul de creanță sau și din alte acte, chiar neautentice, emanate de la debitor sau recunoscute de dânsul*,”. Tot astfel, Noul Cod de Procedura Civilă, la art. 653 alin. (2) determină o creanță ca fiind certă atunci când “*existența ei neîndoielnică rezultă din însuși titlul executoriu*,”.

Efectele acțiunii revocatorii. Urmare a admiterii acțiunii revocatorii, actul atacat, dovedit ca fiind fraudulos, va fi inopozabil creditorului, el putând urmări bunul care forma actul ca și cum acesta n-ar fi ieșit din patrimoniul debitorului. Deși se observă o apropiere de sancțiunea nulității, totuși nu suntem în prezența acesteia, întrucât efectele acțiunii revocatorii sunt relative, respectiv actul va putea fi ignorat numai de către creditorul care a introdus acțiunea și a fost biruitor, pe când în cazul nulității efectele se produc față de toate celelalte subiecte de drept (*erga omnes*). Altfel spus, admiterea acțiunii pauliene atrage ineficacitatea actului fraudulos numai în raporturile dintre creditor și terțul părât, sancțiune reputată de practică și doctrină fiind cea a inopozabilității. De remarcat este faptul că însăși Curtea Constituțională consideră acțiunea pauliană ca fiind un mijloc juridic prin care creditorul poate cere **anularea actelor juridice** făcute în fraudă drepturilor sale de către debitor. Astfel se naște o contradicție relativă atât la natura acțiunii pauliene cât și la efectele acesteia, întrucât pe de o parte este

¹ Noul Cod civil , art.1562

socotită drept o acțiune în a nulare, iar pe de altă parte ca fiind o acțiune în inopozabilitatea actului. Și din această perspectivă, Noul Cod civil înlătură pentru viitor aparența contradicție, consacrand *expressis verbis* că “*actul atacat va fi declarat inopozabil,*” (art. 1565). Referindu-se în continuare la efectele admiterii acțiunii pauliene, Noul Cod civil, în articolul precizat, statuează că această inopozabilitate va opera atât față de creditorul care a introdus acțiunea, cât și față de toți ceilalți creditori care, putând introduce acțiunea, au intervenit în cauză. Aceștia vor avea dreptul de a fi plătiți din prețul bunului urmărit, cu respectarea cauzelor de preferință existente între ei.

Din perspectiva efectelor admiterii acțiunii, se disting trei aspecte diferite dar conexe, mai precis raporturile ce se creează între cei ce se bucură de, sau, după caz, suportă efectele admiterii acțiunii.

Simulația este o operațiune juridică complexă, unitară, care constă în încheierea și existența concomitentă, între aceleași părți contractante, a două contracte : unul aparent sau public, prin care se creează o situație juridică aparentă, contrară realității și altul secret, care dă naștere situației juridice dintre părți, anihilând sau modificând, total sau parțial, efectele produse în aparența în temeiul contractului public, care conține în sine acordul, implicit sau explicit, al părților de a simula¹.

Analizându-se natura juridică a simulației, se apreciază că aceasta este privită dintr-o dublă perspectivă, cea a *actului secret*, caz în care aceasta reprezintă o excepție de la principiul opozabilității efectelor contractului, întrucât terța persoană este îndreptățită să ignore, să respingă acele situații juridice care au fost create prin actul secret, atâta timp cât manifestarea de voință a fost disimulată prin încheierea actului aparent, iar manifestarea de voință a acestora la încheierea actelor prin care au dobândit drepturi ulterioare s-a întemeiat pe actul public, și cea a *actului public*, caz în care simulația reprezintă un caz special de manifestare a aparenței în drept.

Condiții specifice ale simulației: existența voinței de a simula, exteriorizate în cadrul acordului simulatoriu, existența actului secret, existența actului public.

Pornindu-se de la opiniile exprimate în doctrină, se procedează la efectuarea de distincții cu privire la terți în materia simulației ce au obligația de diligență de a cerceta registrele de publicitate imobiliară și au, astfel, posibilitatea să ia cunoștința de eventuala înregistrare a actului secret. Astfel, se arată că succesorul cu titlu particular, dobânditorul unui bun imobil de la una din părțile simulației, are obligația de diligență de a verifica registrul de publicitate imobiliară la momentul dobândirii pentru a verifica existența dreptului de proprietate în patrimoniul vânzătorului sau eventualele sarcini ce poartă asupra imobilului, în timp ce creditorul chirografar, ce are doar un drept de gaj general, ce nu este supus formalităților de publicitate imobiliară, nu are o obligație de verificare a registrelor de publicitate imobiliară. Astfel, în ceea ce-l privește pe acesta din urmă, se apreciază că nu se poate considera că prin îndeplinirea formalităților de publicitate imobiliară de către părțile simulației, în ceea ce privește contraînscrisul, actul secret își pierde caracterul ocult, urmând să se aprecieze în concret această cunoaștere a existenței actului ascuns.

Simulația este reglementată în articolele 1289-1294 în Noul Cod civil, din prisma efectelor pe care aceasta le produce față de părți (art. 1289 NCC), față de terți (art. 1290 NCC) și față de creditorii chirografari (art. 1291 NCC), adoptând titulaturile specifice pentru subiecții implicați : înstrăinătorul aparent, dobânditorul aparent, achizitorul aparent, succesorii universali, succesorii cu titlu universal, succesorii cu titlu particular, creditorii înstrăinătorului aparent, creditorii dobânditorului aparent și terții care au dobândit drepturi de la achizitorul aparent. Noul Cod civil reglementează efectele pe care le produce simulația prin interpunere de persoane, când achizitorul aparent înstrăinează bunul ce formează obiectul simulației unui terț de bună-credință. De asemenea, sunt reglementate aspecte legate de proba simulației (art. 1292 NCC) și posibilitatea folosirii simulației în cazul actelor cu caracter patrimonial, respectiv a actelor unilaterale (art. 1293 NCC).

¹ **Constantin Stătescu, Corneliu Bârsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor**, Ediția a IX-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, 2008

În ceea ce îi privește pe creditorii chirografari, se observă că Noul Cod civil îi plasează, ca regulă, în categoria avânzilor-cauză, reglementează efectele pe care simulația le produce față de diferite categorii de creditorii chirografari și tranșează situația unui concurs între creditorii chirografari ai părților și creditorii chirografari și terți care, întemeindu-se cu bună-credință pe contractul public, au dobândit drepturi de la achizitorul aparent, ce a primit până acum soluții diferite în jurisprudența¹.

În viziunea Noului Cod civil, indiferent de interesul acestora, creditorii chirografari trebuie să suporte efectele manifestării de voință reală a debitorilor lor, iar în cazul în care întemeindu-se pe actele simulate încep urmărirea silită sau indisponibilizarea bunurilor din ppatrimoniul debitorilor lor în virtutea dreptului de gaj general pot invoca inopozabilitatea actului secret, cu îndeplinirea anumitor condiții, și anume: să fi început executarea silită sau să fi instituit sechestrul asigurator cu privire la bunul ce formează obiectul simulației; să fi notat în cartea funciară, potrivit art. 902 alin 2 pct. 17 din Noul Cod civil executarea silită; să fi fost de bună-credință la momentul începerii executării silite sau instituirii sechestrului.

În cazul simulației prin interpunere de persoane, într-un conflict de interese între reditorii chirografari ai înstrăinătorului aparent și terțul care, întemeindu-se cu bună-credință pe contractul public, a dobândit drepturi de la achizitorul aparent, din considerente legate de necesitatea asigurării securității și stabilității circuitului civil, se apreciază că Noul Cod civil dă preferință, terțului, iar în cazul unui conflict de interese între creditorul chirografar al înstrăinătorului aparent și cel al dobânditorului aparent, care a procedat la indisponibilizare sau la urmărirea silită a bunului ce formează obiectul simulației în condițiile legii, conflictul de interese este rezolvat în favoarea creditorului înstrăinătorului aparent doar în situația în care acesta are o creanță anterioară simulației. Astfel, se reține că legiuitorul exclude în această situație existența oricărui dubiu cu privire la bună-credință a acestuia, care se apreciază exclusiv prin raportare la momentul încheierii simulației, și dă prioritate voinței reale a părților. În cazul în care data nașterii creanței este ulterioară simulației creditorului înstrăinătorului aparent, se arată că se dă preferință creditorului dobânditorului aparent de bună-credință.

Acțiunile directe

Urmărind realizarea creanței sale, creditorul are posibilitatea ca în cazuri anume prevăzute de lege să obțină plata de la un debitor al debitorului său, prin intermediul acțiunii directe. Acțiunea directă pune în discuție, pe de-o parte, principiul relativității efectelor contractului, iar pe de altă parte, principiul egalității în drepturi a tuturor creditorilor chirografari, având drept consecință evitarea de către creditor a insolabilității debitorului său.

Mecanism original, acțiunea directă permite reglarea unor raporturi contractuale între un creditor și debitorul său, însă cel care va fi obligat la plată este un terț față de obligația asumată de debitor, întrucât nu există un raport juridic între creditor și debitorul debitorului său.

În acest sens, se susține că acțiunea directă este un drept propriu și personal al creditorului chirografar, o garanție personală legală acordată anumitor creditori, apreciați demni de o protecție particulară și că reprezintă o excepție de la principiul egalității creditorilor chirografari și de la principiul relativității efectelor contractului, în ceea ce privește latura activă a raportului obligational. Distincțiile făcute între acțiunea directă și alte instituții ce ar putea justifica același mecanism juridic de aplicare, cum ar fi stipulația pentru altul, contractul de mandat, subrogația personală, cesiunea de creanță, îmbogașirea fără justă cauză, novația prin schimbarea debitorului, grupurile de contracte, au consolidat argumentele privitoare la natura juridică proprie a acțiunii directe. Analizându-se cele două categorii de definiții exprimate în doctrină, formulate în urma polemicii doctrinare privitoare la posibilitatea exercitării acțiunii directe doar pe cale judiciară, se definește acțiunea directă nu ca o

¹ **Liviu Pop, Ionuț-Florian Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile.***, Editura Universul Juridic, 2012

acțiune judiciară, ci ca un drept direct și propriu al unui anumit creditor chirografar de a obține realizarea creanței sale, de la debitorul debitorului său, fără a avea raporturi de obligații cu acesta, în cazuri determinate, recunoscute sau prezumate de lege, evitându-se concursul celorlalți creditori ai debitorului său propriu¹.

Se identifică trei tipuri de clasificări ale acțiunilor directe, în funcție de criteriul reglementării într-un text de lege, în acțiuni în plată și în acțiuni în răspundere sau în garanție, după cum creanța debitorului imediat este afectată exclusiv pentru plata titularului acțiunii directe, în acțiuni directe perfecte și în acțiuni directe imperfecte, și în funcție de persoana subdobânditorului împotriva căruia se poate exercita dreptul direct, în acțiuni generale și în acțiuni speciale.

În Noul Cod civil este reglementată acțiunea directă a locatorului împotriva sublocatorului la art. 1807 alin 1. și alin 3 „precum și acțiuni directe reglementate în alte legi speciale cum ar fi acțiunea directă a victimei accidentului împotriva asiguratorului de răspundere civilă, reglementată de Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările în România, acțiunea directă a salariatului temporar împotriva utilizatorului de muncă temporară pentru plata salariului, a contribuțiilor și a impozitelor devenite scadente și exigibile, reglementată de Codul Muncii.

În ceea ce privește acțiunea directă a locatorului împotriva sublocatorului reglementată de art. 1807 alin. 1 și alin. 3 din Noul Cod civil, se arată că deși art. 1807 alin. 1 nu folosește sintagma de „acțiunea directă” sau „drept direct”, locatorul exercită împotriva sublocatorului o acțiune directă. În susținerea acestui punct de vedere se aduc argumente privitoare la aplicabilitatea mecanismului acțiunii directe: existența a două contracte, între locator și locatar și între locatar și sublocatar, locatorul fiind terț față de contractul încheiat între locatar și sublocatar. Locatorul, în calitate de titular al acțiunii directe, exercită dreptul direct împotriva debitorului debitorului său, în limitele obligației proprii a acestuia de plată a chiriei pe care o datorează locatarului principal. Locatorul, potrivit art. 1807 din Noul Cod civil, are, însă, la îndemână două acțiuni directe, și anume pentru plata chiriei pe care locatorul o datorează și pentru neexecutarea de către sublocatar a obligațiilor stabilite în contractul de sublocațiune. Spre deosebire de alineatul 1, art. 1807 alin. 3 din Noul Cod civil prevede că locatorul se poate îndrepta *direct* împotriva sublocatorului pentru a-l constrânge la executarea celorlalte obligații asumate prin contractul de sublocațiune. Acțiunea directă și în acest caz este compusă din aceleași operațiuni juridice: existența contractului de locațiune între locator și locatar și a contractului de sublocațiune între locatar și sublocatar, locatorul, în calitate de creditor, acționându-l în mod direct pe sublocatar, în calitate de subdebitor, pentru executarea obligațiilor pe care acesta și le-a asumat prin contractul de sublocațiune, față de care este un terț, fiind pentru el *o res inter alios acta*. Obiectul acțiunii directe se limitează, însă, la obligațiile pe care sublocatarul și le-a asumat față de creditorul său, debitorul intermediar, locatarul, prin contractul de sublocațiune, altele decât cele privitoare la plata chiriei pentru lucrul închiriat.

Alte drepturi ale creditorilor chirografari fundamentate pe dreptul de gaj general, în materie succesorală, la decesul debitorului, precum și în ceea ce privește notarea în cartea funciară a măsurilor asiguratorii și a acțiunilor judiciare fundamentate pe dreptul de gaj general.

Creditorii debitorului au posibilitatea de a efectua notări în cartea funciară a imobilelor aflate în patrimoniul debitorului. Observăm ca Noul Cod civil menționează acte sau fapte referitoare la imobil ce trebuie să fie notate în mod obligatoriu, precum și acte sau fapte a căror notare este facultativă. Tot astfel, unele notări au ca efect opozabilitatea față de terți, în timp ce altele asigură doar informarea acestora cu privire la situația juridică a imobilului, aducând la cunoștința persoanelor interesate existența unor procese aflate în curs de soluționare ce pun în discuție drepturi cu privire la imobilul respectiv. Noul Cod civil păstrează, de asemenea, obligația de notare în cartea funciară a acțiunilor judiciare de drept comun, menționând, în acest sens, în art. 902 alin 2 pct 19 următoarele acțiuni: acțiunile pentru apărarea drepturilor reale înscrise în cartea funciară, acțiunea în

¹ Liviu Pop, Ionuț-Florian Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile.*, Editura Universul Juridic, 2012

partaj, acțiunile în desființarea actului juridic pentru nulitate, rezoluțiune ori alte cauze de ineficacitate, acțiunea revocatorie, precum și orice alte acțiuni privitoare la alte drepturi, fapte, alte raporturi juridice în legătură cu imobilele înscrise¹. După cum se poate observa aria acțiunilor ce pot fi notate în cartea funciară este foarte largă, Noul Cod civil încercând să dea o reglementare cât mai completă².

Creditorii chirografari își păstrează dreptul de gaj general asupra patrimoniului debitorului și în situația în care acesta decedează. Prin efectul transmisiunii succesoral, obligațiile pe care defunctul le avea față de creditorii săi sunt preluate de moștenitori. Creditorii chirografari ai defunctului riscă în cazul în care moștenitorul este insolubil, ca, în urma acceptării succesiunii, să vină în concurs cu proprii creditorii ai moștenitorului și să nu mai poată să-și satisfacă propriile creanțe. De aceea, legea dă posibilitatea să solicite separația de patrimonii, păstrând integritatea patrimoniului succesoral, gajul lor general. Creditorilor defunctului le este recunoscut dreptul de a cere inventarierea bunurilor succesoral și chiar sigilarea și predarea lor în custode, pentru a se evita înstrăinarea, dosirea, pierderea sau înlocuirea acestor bunuri.

Noul Cod civil se adaptează evoluției instituției de separație de patrimonii, precum și cerințelor privitoare la stabilirea unei concordanțe între denumirea și caracteristicile operațiunii juridice. În acest sens, textul menționat nu mai folosește sintagma de „separație de patrimonii”. Art. 1.156 alin 5 din Noul Cod civil reglementează un drept de preferință în favoarea anumitor categorii de creditorii, cu titlu de reglare a pasivului succesoral.

Noul Cod civil reglementează acest drept ca pe un privilegiu general, o cauză personală de preferință, neînsoțită de vreun drept de urmărire, ce le conferă titularilor posibilitatea de a fi plățiți înaintea altor creditorii, datorită cauzei juridice ce a generat creanța lor. Până la momentul partajului, creditorii moștenirii au posibilitatea de a cere să fie plățiți din bunurile aflate în indiviziune. De asemenea, ei pot solicita executarea silită asupra acestor bunuri (art. 1155 alin 2 din Noul Cod civil). Pe de altă parte, art. 1156 alin 1 prevede că : “ Înainte de partajul succesoral, creditorii personali ai unui moștenitor nu pot urmări partea acestuia din bunurile moștenirii.”

Reglementând indivizibilitatea gajului general al creditorilor chirografari ai defunctului cât timp durează indiviziunea între moștenitori, ca excepție de la regula divizării de drept a pasivului succesoral proporțional cu părțile ereditare, instituită prin art. 1155 alin. 1 Noul Cod civil, legiuitorul oferă garanții creditorilor moștenitorului de a-și recupera creanțele. Aceștia au un drept de gaj general specializat asupra masei succesoral, ce le permite până la partaj să-și realizeze creanțele ce devin exigibile, din activul acestei mase patrimoniale. Creditorii personali ai unui moștenitor nu pot urmări partea acestuia din bunurile moștenirii, până la partaj, întrucât aceștia nu au un drept de gaj general cu privire la această masă patrimonială³.

După partajul succesoral, când masa bunurilor patrimoniale se contopește în patrimoniul moștenitorului, legea acordă un drept de preferință anumitor categorii de creditorii, cu privire la o anumită categorie de bunuri, față de creditorii moștenitorului. Dreptul de preferință este acordat, de această dată printr-o prevedere expresă, creditorilor defunctului, « » creditorii ale căror creanțe s-au născut înainte de deschiderea moștenirii » și creditorilor indivizibili, “creditorii ale căror creanțe provin din conservarea sau din administrarea bunurilor moștenirii”, care reprezintă, creditorii moștenirii, titlatură folostă de art. 1156 alin 5. De asemenea, dreptul de preferință este acordat legatarilor cu titlu particular, oride câte ori obiectul legatului nu constă într-un bun individual determinat, ci în bunuri de gen. Ca efect al privilegiului, creditorii moștenirii au dreptul de a fi plățiți cu preferință față de creditorii personali ai moștenitorului.

¹ Noul Cod civil, art. 902

² Liviu Pop, Ionuț-Florian Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile.*, Editura Universul Juridic, 2012

³ Liviu Pop, Ionuț-Florian Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile.*, Editura Universul Juridic, 2012

Noul Cod civil cuprinde prevederi exprese cu privire la operațiunea juridică a inventariului în materie succesorală. Art 1115-1118 din Noul Cod civil prevăd modalitatea de întocmire a inventarului, a procesului-verbal de inventariere, măsurile speciale de conservare a bunurilor și ășurile speciale privind sumele de bani și alte valori din patrimoniul succesoral. Art. 1115 alin 1, indică drept titulari ai dreptului de a solicita efectuarea unui inventar al bunurilor succesorale, pe succesibili și pe creditorii moștenirii, precum și orice altă persoană interesată. Din perspectiva creditorilor moștenirii, interesul lor informarea cu privire la bunurile ce formează dreptul lor de gaj general, respectiv împiedicarea înstrăinării, pierderii, înlocuirii sau distrugerii bunurilor succesorale.

Concluzii

Din punctul meu de vedere în cuprinsul acestei lucrări “ *Dreptul creditorilor chirografari asupra patrimoniului debitorului* ”, s-a reușit prezentarea și analizarea mijloacelor juridice de protecție de drept substanțial ale creditorilor chirografari, în scopul realizării drepturilor lor de creanță te temeiul existenței gajului general asupra patrimoniului debitorului.

Acest lucru s-a realizat printr-o abordare sistemică a mijloacelor de protecție a drepturilor creditorilor, accentuând tendințele practicii judiciare contemporane și prezentând analiza dispozițiilor Noului Cod civil, în materia drepturilor creditorilor chirografari asupra patrimoniului debitorului.

Lucrarea a urmărit o prezentare sistemică a temei, atât sub aspectul formei, cât și al fondului. Sub aspectul formei, subiectul dezvoltă fiecare dintre mijloacele de protecție oferite de lege pentru protejarea dreptului de creanță al creditorilor chirografari, iar sub aspectul fondului, s-a încercat să se epuizeze problematica tratată, expunerea ideilor fiind concisă și clară.

Referințe bibliografice:

- **Constantin Stătescu, Corneliu Bârsan**, *Drept civil. Toria generală a obligațiilor*, Ediția a IX-A, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, 2008
- **Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu**, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, 2012
- **Noul Cod civil**, Editura Hamangiu, 2012

PRACTICILE ANTICONCURENȚIALE ABUZUL DE POZIȚIE DOMINANTĂ

Ioana GHÎȚĂ¹

Abstract

Trăim într-o societate în care concurența este promovată, susținută și protejată, atât din perspectiva juridică, cât și economică întrucât fără concurență nu ar mai exista o piață liberă, în care agenții economici își desfășoară activitatea.

Abuzul de poziție dominantă reprezintă una dintre practicile anticoncurențiale cele mai des întâlnite, cu consecințe profund negative asupra piețelor naționale și a celei unice, manifestându-se, în special, prin faptele agentului economic care, prin abuz de poziție dominantă pe piață, fixează incorect prețurile produselor și serviciilor, restricționează producția externă, impune termeni discriminatorii în negocierile cu parteneri comerciali, ș.a.

În studiul de față voi realiza o analiză a formelor în care se manifestă abuzul de poziție dominantă, a evoluției acestora, din perspectiva legislației, doctrinei și a jurisprudenței române și europene.

Cuvinte cheie: *concurență, abuz, poziție dominantă, drept comercial.*

I. Introducere

Tematica studiului intră sub incidența dreptului comercial, dreptul concurenței fiind o ramură distinctă a acestei discipline vaste. Subiectul practicilor anticoncurențiale, mai precis a abuzul de poziție dominantă capătă mult interes din punct de vedere juridic, prin prisma instrumentelor de reglementare, a modalităților de săvârșire a acestuia, mijloacele de prevenire și sancționare și nu numai.

În al doilea rând, tematica se regăsește în aria economiei, prezentând interes din punct de vedere al gestiunii întreprinderii, relaționarea între competitori și relația agent economic – consumator.

În opinia mea, studiul capătă o importanță deosebită din prisma obiectului său, în sensul că numai prin cunoaștere vom ajunge la o mai bună înțelegere a acestui fenomen, îi vom sesiza și recunoaște efectele negative pe piață. Ca obiective mi-am propus prin analiza abuzului de poziție dominantă, atât pe piața internă, cât și pe cea europeană, să uniformizez prin studiul de față noțiunile în domeniu, să relev prin exemple din practică și jurisprudență consecințele acestor fapte ilicite și, nu în ultimul rând, să-mi expun opinia formată în urma studierii surselor bibliografice, opinie ce va fi susținută și adaptată contextului social actual.

Printr-o sistematizare a noțiunilor existente în literatura de specialitate și prin exemplificarea unor cazuri reale, concrete de abuz de poziție dominantă în România și la nivelul Uniunii Europene, îmi propun să răspund la obiectivele asumate.

De-a lungul timpului autori consacrați și-au adus aportul în acest domeniu în permanentă schimbare, dintre care nume sonore precum Tatiana Moșteanu, Octavian Căpățână și alții. La ora actuală există o serie de lucrări de specialitate ce reprezintă punctul de plecare pentru documentație și opinii.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Româno-Americană” din București; (ioanaghita60@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Luminița Tulească; (luminita.tuleasca@tuleasca.com).

Voi parcurge în lucrarea de față, în prima parte, noțiunile introductive privind concurența ca fenomen social, economic și juridic, noțiunile de baza privind practicile anticoncurențiale, iar în partea a doua aspecte detaliate privind abuzul de poziție dominantă.

II. Continut lucrare

Din punct de vedere etimologic, verbul „a concura” (care provine de la verbul latin „concurrere”) înseamnă „a se lupta pentru întâietate” sau „a căuta să întrecă pe cineva” într-un anumit domeniu de activitate.¹

Înțelegem din definiția dată că termenul de concurență își găsește sorginea încă din cele mai vechi timpuri, transpunerea în societatea noastră privind desfășurarea activităților identice sau asemănătoare de către competitori, ce urmăresc aceeași finalitate, prin acțiuni orientate spre același scop.

În doctrină au fost formulate mai multe definiții privind concurența, opiniile împărțindu-se între cele ale economiștilor și cele ale juriștilor, niciuna fiind unanim acceptată. De menționat este faptul că în reglementările internaționale, cât și în cele naționale nu s-a fixat o anumită definiție, așa cum vom observa în continuare.

Așadar, în viziunea economiștilor *concurența normală presupune un asemenea raport de piață, încât, pe de-o parte, toți vânzătorii (producătorii) să-și vândă toate produsele la prețul pieței, fără ca vreunul dintre ei să-l poată influența, iar pe de altă parte, cumpărătorii (consumatorii) să poată achiziționa ceea ce au nevoie și cât doresc din fiecare bun la același preț al pieței, de asemenea, fără a-l putea modifica după voința lor.*²

Din perspectiva juriștilor *prin concurență se înțelege lupta dusă, atât pe plan național, cât și internațional, între firme capitaliste de producție, comerciale, bancare etc., în scopul realizării unor profituri cât mai mari, ca urmare a acaparării unor segmente tot mai largi de piață și, în consecință a sporirii volumului de afaceri*³, iar într-o altă opinie, mai concisă, se definește concurența ca fiind *„confruntarea dintre agenții economici cu activități similare sau asemănătoare, exercitată în domeniile deschise pieței, pentru câștigarea și conservarea clientelei, în scopul rentabilizării propriei întreprinderi.”*⁴

În definițiile formulate atât de economiști, cât și de juriști, regăsim trăsăturile fundamentale ale concurenței, aceasta acționând ca un regulator al resurselor, fiind necesară și benefică producătorilor, dar și consumatorilor.

Pe scurt, concurența are un rol fundamental în societate, toți producătorii de bunuri și servicii putând participa pe piața liberă și, de asemenea, facilitează ajustarea cererii și ofertei în toate domeniile economice și comerciale.

Când vorbim de „piață” ne referim la sensul dat de Legea Concurenței nr. 21/1996, și anume: *„Piața relevantă reprezintă piața pe care se desfășoară concurența, și este utilizată pentru identificarea produselor și agenților economici ce se află în concurență directă în afaceri. Piața relevantă este deci piața pe care se desfășoară concurența.”*

În completarea noțiunii de concurență este necesară precizarea că aceasta poate fi licită sau ilicită. Concurența licită presupune legalitatea operațiunilor agenților economici, activitățile acestora desfășurându-se în domeniile și condițiile stabilite de lege. În situația în care activitatea agenților

¹ Dicționarul limbii române moderne – Ediția 1958, pag. 175

² T. Moșteanu – „Concurența. Abordări teoretice și practice”, Ed. Economică, București, 2000, pag. 39

³ A. Constantin, I. Rucăreanu – Concurența – în Dicționarul juridic de comerț exterior – București 1986, pag.

⁴ O. Căpățână – „Dreptul concurenței comerciale – concurența patologică – monopolismul”, Ed. Lumina Lex, 1993, pag. 139

economici periclitează piața liberă, aducând atingere intereselor legitime ale competitorilor, consumatorilor, clientelei ori statului, concurența este ilicită, dispozițiile legale în domeniu sancționând aceste fapte în consecință.

În materia concurenței ilicite vorbim despre practicile anticoncurențiale, ce vor fi analizate mai amănunțit în continuare și despre concurența neloială (în cele patru forme ale sale - acapararea clientelei, confuzia, denigrarea și dezorganizarea), reglementată de Legea 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, ce prevede la art. 1 lit. a) următoarele:

„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, incitării la delict și achiziționării de secrete comerciale de către terții care cunoșteau ca respectiva achiziție implică astfel de practici, de natură să afecteze poziția comercianților concurenți pe piață.”

III. PRACTICILE ANTICONCURENȚIALE

După cum am observat, un mediu concurențial normal este bazat pe respectarea normelor de conduită impuse de însăși piața în cadrul căreia agenții economici, principalii actori, își desfășoară activitatea.

În situația în care unul sau mai mulți agenți economici recurg la fapte de natură a împiedica, restrânge ori denatura concurența, suntem în prezența practicilor anticoncurențiale.

Astfel, urmărind definițiile adoptate în unanimitate de specialiști, afirmăm că aceste practici reprezintă faptele prin care se urmărește acapararea pieței sau a unui segment al acesteia de către agenții economici cei mai puternici într-un anumit domeniu al producției și distribuției de mărfuri sau al prestațiilor de servicii. Întreprinderile pot adopta două comportamente ce intră în categoria practicilor, și anume înțelegerile anticoncurențiale (antantele sau cartelurile) și abuzul de poziție dominantă.

Prima categorie de practici, cartelurile, se caracterizează prin concentrarea între două sau mai multe întreprinderi, coliziune ce are ca efect restrângerea concurenței pe piață. În cazul abuzului de poziție dominantă agentul economic recurge la fapte ce îi sporesc puterea pe piață, limitând ori excluzând orice concurență.

Regăsim practicile anticoncurențiale la nivel comunitar în Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene, la articolele 101 și 102, texte ce au fost armonizate în legislația noastră, astfel încât putem analiza o practică atât din prisma dreptului comunitar, cât și a dreptului național, în măsura în care aplicarea acestuia din urmă nu contravine normelor europene. În România controlul acestor fapte ilicite se realizează după punerea lor în practică, mai precis Consiliul Concurenței va analiza respectiva practică ținând cont de probe, prin efectele produse la nivelul pieței relevante asupra competitorilor și/sau consumatorilor.

Așadar, privind specificul celor două forme de practici anticoncurențiale, există o diferență în ceea ce privește controlul, și anume înțelegerile anticoncurențiale sunt interzise fără excepție, în timp ce în cazul abuzului de poziție dominantă va fi efectuat controlul doar în situația în care se constată un abuz.

III. ABUZUL DE POZIȚIE DOMINANTĂ

A doua manifestare a practicilor anticoncurențiale este regăsită în majoritatea reglementărilor în domeniul concurenței și, în ciuda faptului că abuzul de poziție dominantă are o prevedere expresă și în Tratatul de funcționare a Uniunii Europene (articolul 102) și în legislația noastră (articolul 6 din Legea nr. 21/1996), nu este definit concret, ci sunt enumerate formele în care acesta poate fi reperat.

Conform opiniilor majoritare ale specialiștilor în domeniu, *calificăm această practică prin însăși denumirea sa, folosirea în mod abuziv a poziției dominante pe piață de către unul sau mai mulți agenți economici, cu scopul de a limita sau exclude concurența.*

Vom vedea în continuare elementele constitutive ale acestei fapte ilicite și modalitățile în care se poate manifesta pe piață.

În primul rând, nu este suficient ca întreprinderea ori întreprinderile să dețină o poziție dominantă pe piață, concurența putându-se desfășura și în contextul unei piețe oligopoliste.

În situația sesizării unui abuz, în oricare dintre modalitățile sale, vom vorbi de o practică anticoncurențială, în special ținând seama de efectele acesteia asupra pieței relevante, competitorilor și/sau consumatorilor.

Conform art. 102 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene „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”, iar conform art. 6 alin. (1) din Legea 21/1996 privind concurența „este interzisă folosirea în mod abuziv de către una sau mai multe întreprinderi a unei poziții dominante deținute pe piața românească ori pe o parte substanțială a acesteia”.

Între cele două texte de lege se pot observa așadar asemănări considerabile, cu mențiunea că în articolul 102 TFUE este folosită sintagma „piață internă” ca spațiu pe care se poate desfășura abuzul de poziție dominantă, astfel încât Consiliul Concurenței, autoritatea ce va aplica prevederile legislației române în vigoare cu privire la o faptă ce afectează piața internă, implicit va aplica și articolul 102, în măsura în care acțiunile întreprinderii ori întreprinderilor pot afecta comerțul dintre statele membre.

În continuare este necesară delimitarea termenilor de „abuz” și „poziție dominantă” în sensul dat de articolul 6 al legii mai sus menționate.

Astfel, se află în poziție dominantă întreprinderea care, fie singură, fie împreună cu alte întreprinderi, este în măsură să domine piața relevantă a unui bun sau serviciu sau a unor grupuri de bunuri sau servicii speciale¹.

Articolul 6 al Legii 21/1996 are în vedere, în primul rând, poziția dominantă exclusivă a unei singure întreprinderi, ce se poate afla într-o situație de monopol natural, fără însă a avea intenția de a elimina concurența, această poziție fiind o stare de fapt ce trebuie probată ca atare.

Poziția dominantă poate fi și colectivă, agenții economici acționând împreună, formând o entitate colectivă sau convenind asupra aceleiași conduite.

În oricare din cazuri s-ar afla, actorii au puterea de a influența competitorii sau în cel mai rău caz de a-i exclude de pe piață, situație în care se denaturează, restrânge sau împiedică concurența. „Scena” pe care întreprinderile își desfășoară activitatea se numește piață relevantă, noțiune ce trebuie analizată din următoarele perspective: cea geografică și cea a produsului.

Piața relevantă geografic cuprinde zona în care sunt localizați agenții economici implicați în livrarea produselor incluse în piața produsului, zonă care poate fi diferențiată în arii geografice vecine, datorită în special, condițiilor de concurență substanțial diferite.

Factorii care trebuie luați în considerare la definirea pieței geografice relevante includ tipul produsului (al serviciului), preferințele consumatorilor, accesibilitatea produsului aceluiași consumator, astfel încât fiecare produs să constituie o alternativă economică reală pentru celelalte.²

Așadar, după evaluarea structurii concurențiale a pieței, trebuie să avem în vedere anumiți factori pentru a putea determina poziția dominantă a unei întreprinderi. Factorii se referă în principal la: poziția pe piață a întreprinderii vizată și a competitorilor săi, cu precădere referitor la gradul de presiune ce poate fi exercitată de ofertele existente asupra întreprinderii aflată în poziție dominantă.

¹ Conferința Națiunilor Unite pentru Comerț și Dezvoltare, Legea Tip asupra concurenței, 2007, cap. II, I lit. b)

² Victor Alistar, Cristina Banciu – „Dreptul concurenței. Ghid practic. Jurisprudență națională și instrumente de aplicare”, Ed. Hamangiu, 2013, pag. 199

Apoi, trebuie analizată expansiunea pe piață a concurenților și intrarea pe piață a potențialilor concurenți. Și nu în ultimul rând, trebuie avuți în vedere cumpărătorii, mai precis presiunea exercitată de puterea lor de negociere.

În prima ipostază, poziția pe piață a întreprinderilor oferă o perspectivă a pozițiilor pe care le ocupă, cotele de piață fiind indicatorul principal de participare al întreprinderilor.

În acest sens, articolul 6 din Legea Concurenței prevede la alineatul 3 următoarele: „una sau mai multe întreprinderi nu se află în poziție dominantă, în situația în care cota sau cotele cumulate pe piața relevantă, înregistrate în perioada supusă analizei, nu depășesc 40%”.

Această este doar o primă condiție, însă dacă perioadă vizată este mai lungă, poate oferi indicii clare a unui abuz.

Al doilea criteriu se referă la expansiunea concurenților prezenți și intrarea pe piață a celor potențiali.

Un competitor poate fi descurajat în a mări prețurile în situația în care expansiunea sau intrarea pe piață a concurenților sunt suficient de profitabile, suficient de rapide și semnificabile, în sensul că acestea trebuie să aibă puterea de a influența comportamentele întreprinderilor, rezultând în acest fel acțiuni de natură ilicită.

Sub imperiul amenințării, întreprinderea aflată pe poziție dominantă poate recurge la „bariere” pentru a opri expansiunea ori intrarea pe piață a concurenților, prin impunerea tarifelor, beneficiind de anumite avantaje, profitând de rețeaua sa de distribuție și de vânzare ș.a.

Aceste modalități de păstrare ori mărire a poziției dominante duc la blocarea pieței și, implicit la distorsionarea concurenței.

Al treilea factor vizează puterea de negociere a clienților față de întreprinderea aflată în poziție dominantă.

Dacă vorbim de un client suficient de puternic putem considera varianta ca acesta să influențeze suficient întreprinderea, astfel încât aceasta din urmă să nu fie capabilă de a acționa independent.

Puterea consumatorilor rezidă din posibilitatea lor de schimba furnizorul cu ușurință, ori de a favoriza o nouă intrare pe piață, deși există posibilitatea ca presiunea exercitată de aceștia să nu fie efectivă.

După ce a fost reperată poziția dominantă urmează calificarea practicilor abuzive din punct de vedere al intensității prezentate pe piață, și, desigur, evidențierea probelor ce conduc către un comportament exclusiv ori de exploatare al agentului economic.

Aceste două categorii de comportamente au fost identificate în literatura de specialitate¹, și anume:

(i) Prima categorie include comportamentele prin care o întreprindere își exercită sau utilizează puterea sa pe piață, cum ar fi practicarea prețurilor de monopol sau reducerea producției, în scopul creării unei penurii de bunuri. Acest comportament este, în general, unul de exploatare, întrucât întreprinderea își exploatează puterea pe care o are pe piață.

(ii) Cea de-a doua categorie include comportamentele prin care o întreprindere care deține o poziție dominantă își creează sau își întărește puterea pe piață, împiedicând alt concurent să intre pe piață, sau să concureze în mod eficient. Acest tip de comportament se numește comportament exclusiv, deoarece exclude concurența sau concurenții.

În continuare vor fi analizate acele practici abuzive prevăzute în articolul 6 din Legea 21/1996, ce intră sub incidența abuzului de poziție dominantă.

¹ T. Moșteanu – „Concurența. Abordări teoretice și practice”, Ed. Economică, București, 2000, pag. 193

Primele patru practici se regăsesc și în articolul 102 din Tratatul de funcționare a Uniunii Europene, iar la acestea se adaugă exploatarea stării de dependență, dumpingul la export și ruperea relațiilor comerciale.

(i) Impunerea, în mod direct sau indirect, a unor prețuri inechitabile de vânzare ori de cumpărare sau a altor condiții inechitabile de tranzacționare și refuzul de a trata cu anumiți furnizori ori beneficiari

În acest prim alineat putem observa existența a două fapte, și anume:

- a. impunerea, în mod direct sau indirect, a unor prețuri inechitabile de vânzare ori de cumpărare sau a altor condiții inechitabile de tranzacționare și
- b. refuzul de a trata cu anumiți furnizori ori beneficiari.

În ceea ce privește prima faptă avem în vedere acțiunea unei întreprinderi ce stabilește prețurile pe piață ca urmare a poziției sale dominante, și nu a unei negocieri.

Astfel, clienții și consumatorii sunt forțați să plătească un preț incorect, întreprinderea urmărind doar maximizarea profiturilor.

Condițiile inechitabile de tranzacționare se referă la impunerea clienților întreprinderii să accepte condiții de contractare cu care în mod normal nu ar fi de acord, dar având în vedere poziția acesteia pe piață nu au altă alternativă.

A doua formă prezintă situația în care întreprinderea refuză să trateze cu anumiți furnizori sau beneficiari, faptă care se poate manifesta în mai multe feluri, precum refuzul de a aproviziona, de a acorda accesul la o rețea importantă ș.a., în orice caz este suficient ca refuzul să fie implicit.

(ii) limitarea producției, comercializării sau dezvoltării tehnologice în dezavantajul consumatorilor.

Această practică are efecte profund negative atât asupra consumatorilor (întreprinderea aflată în poziție dominantă poate impune clauze de exclusivitate sau de fidelizare excesivă), cât și asupra competitorilor ce automat sunt dezavantajați fiindcă în acest fel este limitat exercițiul concurenței, iar agenții economici mai puțin puternici nu rezistă pe piață în aceste condiții.

(iii) aplicarea în raporturile cu partenerii comerciali a unor condiții inegale la prestații echivalente, provocând, în acest fel, unora dintre ei un dezavantaj concurențial;

În această situație avem în vedere discriminarea unor parteneri de afaceri, fără justificare, de către agentul sau agenții economici aflați pe o poziție dominantă. Prin comportamentul discriminatoriu partenerii comerciali sunt supuși unui dezavantaj considerabil fiindcă în ciuda faptului ca nu dețin aceeași poziție pe piață sunt supuși prestațiilor de aceeași natură.

(iv) condiționarea încheierii 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;

În literatura de specialitate aceste contracte se numesc „contracte cuplate” sau „contracte legate”¹ deoarece partenerilor le este impus să accepte și prestații fără interes economic. În această situație clienții sunt obligați ca la cumpărarea unui produs să cumpere un alt produs de la întreprinderea în cauză.

¹ O. Căpățână – „Dreptul concurenței comerciale – concurența patologică – monopolismul”, Ed. Lumina Lex, 1993, pag. 139

Obligarea partenerilor la asemenea condiții rezultă un prejudiciu evident pentru concurenți, prin acest comportament exclusiv al agentului economic dominant.

(v) practicarea unor prețuri excesive sau practicarea unor prețuri de ruinare, în scopul înlăturării concurenților, ori vânzarea la export sub costul de producție, cu acoperirea diferențelor prin impunerea unor prețuri majorate consumatorilor interni;

După cum se poate observa, această practică prezintă două variante de fapte, și anume: practicarea unor prețuri excesive sau practicarea unor prețuri de ruinare ori vânzarea la export sub costul de producție.

În ceea ce privește prima faptă, este folosită expresia „excesive” ce se poate referi atât la prețuri excesiv de mici (include și prețurile de ruinare), cât și la prețuri excesiv de mari, ambele variante având scopul de a elimina concurenții de pe piață.

Prețurile de ruinare au un regim deosebit fiindcă aplicate pentru o perioadă lungă de timp au efectul indubitabil de a elimina la un moment dat concurenții ce nu pot practica astfel de prețuri și, de asemenea, de a bloca intrările potențialilor concurenți pe piață.

A doua faptă se referă la practicarea prețurilor de dumping la export, indiferent dacă este vorba de mărfuri sau servicii.

Prin dumping se înțelege vânzarea de produse în străinătate la costuri inferioare sau la prețuri semnificativ mai reduse decât cele de pe piața internă, cu scopul de a câștiga clientela pe acele piețe, urmând ca întreprinderea să ridice prețul și să-l aducă la un nivel normal în raport cu costurile de producție, distribuție, transport etc.

Astfel, prin impunerea unor prețuri majorate consumatorilor interni, întreprinderea poate compensa pierderile înregistrate la export.

(vi) exploatarea stării de dependență în care se găsește o altă întreprindere față de o asemenea întreprindere sau întreprinderi și care nu dispune de o soluție alternativă în condiții echivalente, precum și ruperea relațiilor contractuale pentru singurul motiv că partenerul refuză să se supună unor condiții comerciale nejustificate.

Ultima practică enumerată de legiuitorul român poate fi regăsită și în dreptul francez, dar sub o formă distinctă, ca abuzul de dependență economică.

Diferența este că în cadrul practicilor anticoncurențiale din dreptul francez, această faptă nu prezintă condiția esențială ca întreprinderea ce abuzează de dependența altei întreprinderi să se afle într-o poziție dominantă, ci doar în considerarea importanței sale pe piață.

Putem vorbi inclusiv de o grupare de întreprinderi ce săvârșește această faptă, abuzând de furnizorii ori de clienții săi.

Totuși, pentru a fi în prezența unui abuz de dependență economică, trebuie întrunite anumite condiții, precum existența unei dependențe economice, ce se manifestă prin prestigiul partenerului puternic și cota acestuia de piață, să se manifeste exploatarea abuzivă a acestei situații de dependență prin refuzul de a vinde ori impunerea unor prețuri etc., să se producă un prejudiciu concurenței, consumatorilor, victimele acestui comportament să nu aibă alte alternative și, nu în ultimul rând, piața relevantă să fie dezechilibrată de aceste fapte.

A doua faptă anticoncurențială prevăzută la litera f) a alin.1 al art. 6 din Legea nr.21/1996, ruperea relațiilor contractuale pentru singurul motiv că partenerul refuză să se supună unor condiții comerciale nejustificate, este strâns legată de cea precedentă.

Așadar, prin comportamentul brutal și abuziv al partenerului puternic poate fi distorsionată concurența, în special în condițiile în care acest comportament prezintă un caracter continuat, perpetuu.

IV. MANIFESTARI CONCRETE DE ABUZ DE POZIȚIE DOMINANTĂ

În continuare voi prezenta cu titlu de exemplu acțiuni întreprinse de Comisia Europeană privind abuzul de poziție dominantă.¹

(i) *Abuzul de poziție dominantă pe piața de distribuție a înghețatei*

Ca rezultat al unei reclamații făcute Mars, Comisia Europeană a descoperit că Unilever abuzase de poziția sa dominantă.

Unilever furniza congelatoare distribuitorilor din Irlanda complet gratuit, cu condiția ca aceștia să depoziteze în ele numai produse Unilever.

În consecință, consumatorii irlandezi aveau o posibilitate extrem de restrânsă de a alege între diverse sortimente de înghețată.

Comisia Europeană a considerat această folosire exclusivă drept un abuz al firmei Unilever, care a profitat de poziția sa dominantă pe piață.

(ii) *Folosirea abuzivă a poziției dominante deținute pe piața serviciilor de transport aerian, oferite de agențiile de voiaj*

Acționând în urma unei reclamații făcute de Virgin Airways, în iulie 1999, Comisia Europeană a descoperit că British Airways abuzase de poziția sa dominantă.

Abuzul a constat în stabilirea unui sistem de răspândire a fidelității față de marcă.

Aceasta înseamnă că piața serviciilor de transport aeriene asigurate de anumite agenții de voiaj britanice era închisă pentru concurenții firmei British Airways.

British Airways oferea anumitor agenții de voiaj britanice un comision suplimentar dacă ele aveau același volum de vânzări ca în anul precedent, sau dacă îl depășeau, la biletele vândute pentru British Airways.

Acest sistem dorea să ducă la creșterea fidelității, care se termina prin închiderea altor piețe ale serviciilor de transport aerian oferite de agențiile de voiaj pentru concurenții British Airways și să le descurajeze intențiile de a-și oferi serviciile altor linii aeriene.

British Airways deținea o poziție dominantă, astfel încât acest sistem era o adevărată barieră în calea liniilor aeriene concurente, împiedicându-le accesul pe piață.

Deoarece agențiile favorizau linia aeriană care plătea cel mai mare comision, consumatorilor li se ofereau întotdeauna bilete pentru British Airways, chiar dacă serviciile oferite de liniile aeriene concurente erau mai avantajoase.

În consecință, Comisia Europeană a considerat că această practică, ce afecta piața serviciilor oferite de liniile de transport aerian prin intermediul agențiilor de voiaj, era un caz de abuz exercitat într-o poziție dominantă.

(iii) În continuare voi prezenta un caz recent și interesant, cazul UPC în contradictoriu cu Consiliul Concurenței, practicarea abuzului de poziție dominantă în România²

I.C.C.J., S. cont. adm. și fisc., decizia nr. 4498 din 30 septembrie 2011, nepublicată

Consiliul Concurenței a reținut în Decizia nr. 237/2006 că SC A.T. SA a abuzat în perioada 2002-2005 de poziția dominantă pe piața municipiului București și că prin abuzul de poziție dominantă au fost impuse beneficiarilor prețuri inechitabile de cumpărare a produsului. Astfel, în perioada 2002-2004 contractele încheiate cu abonații nu includeau clauze referitoare la majorarea tarifelor și cu toate acestea în acea perioadă s-au înregistrat majorări ale tarifelor, deși costurile erau în scădere. Ulterior, în contractele încheiate, din luna mai 2004, A. a prevăzut în contracte și criteriul costurilor unitare ca element de determinare a creșterii tarifului, însă nici acest criteriu nu a fost respectat.

¹ Revista „Concurența – Studii și cercetări privind protecția concurenței economice”, Buletinul Direcției de Monitorizare Teritorială, Consiliul Concurenței – România, Anul II, Nr. 2 (4), decembrie 2007, pag. 184

² Victor Alistar, Cristina Banciu – „Dreptul concurenței. Ghid practic. Jurisprudență națională și instrumente de aplicare”, Ed. Hamangiu, 2013, pag. 188

În timpul desfășurării procesului de investigație, A. a fost absorbită ca urmare a fuziunii de UPC R SA, proces în urma căruia patrimoniul A. a fost transmis cu titlu universal către UPC.

Datorită poziției dominante s-au impus tarife și clauze contractuale inechitabile, oneroase pentru beneficiar. În mod constant, tarifele au fost majorate, fără a exista o motivare obiectivă, deși au existat și perioade în care costurile erau în scădere. Lipsa unui alt operator în zona unde consumatorul folosea serviciul a făcut ca acesta să accepte toate condițiile de furnizare impuse de prestatorul serviciului, astfel că s-a realizat conținutul constitutiv al faptei, reglementat de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea 21/1996, în sensul că au fost impuse prețuri inechitabile de vânzare a serviciului.

(iv) Ultimul caz prezintă elemente de interpretare a art. 6 lit. a), c), e) și f), abuzul de poziție dominantă fiind efectuat prin prisma „efectului de grup”, prin practicarea prețurilor excesive, inechitabile, discriminatorii și reducerea amenzii Consiliului Concurenței prin existența circumstanțelor atenuante.

1. Conceptul de „efect de grup” este consacrat de doctrina și jurisprudența instanțelor comunitare și reprezintă o reflectare a rațiunilor economico-juridice care au condus la crearea noțiunii de poziție dominantă din art. 82 din Tratatul C.E. (devenit art. 102 după adoptarea Tratatului pentru funcționarea Uniunii Europene), care se regăsește și în legislația românească, acest articol aplicându-se și în situația în care „o întreprindere este parte a unui grup de agenți economici care ocupă o poziție dominantă, caracterizat printr-o poziție de putere economică ce îi permite acestuia să împiedice concurența efectivă pe piață”.

2. Practicarea de prețuri discriminatorii de către un agent economic aflat în poziție dominantă este o faptă care se regăsește nu la lit. a) a art. 6 din Legea 21/1996, ci la lit. c) a aceluiași articol. Inechitatea impunerii de preț este demonstrată în speță, aceasta abuzând de poziția dominantă prin majorarea de preț substanțială, nejustificată de propria situație economică, majorare pe care a impus-o față de beneficiarii săi ca urmare a presiunii financiare exercitate asupra acestora, negocierea reală fiind exclusă și dovedită prin refuzul de a trata cu beneficiarii.

3. Există diferențe esențiale de conținut al normei dintre lit. a) a art. 6 din Legea 21/1996 și lit. e) a aceluiași text de lege [art. 6 lit. f) în forma în vigoare la momentul emiterii deciziei], în conținutul normei de la lit. a) nefiind inclus efectul de excludere a concurenților, în timp ce la lit. e) se precizează expres că practicarea de prețuri excesive se face în scopul înlăturării concurenților. În cazul de la lit. a) din art. 6, scopul încălcării nu este excluderea concurenților, ci maximizarea profiturilor în urma abuzului prin preț față de beneficiarii captivi. Între noțiunea de „impunere” de la lit. a) și cea de „practicare” de la lit. e) există o diferență evidentă, întrucât dacă practicarea implică ideea de faptă desfășurată în timp, impunerea, ca fapt consumat la momentul săvârșirii, a fost reglementată distinct din cauza gradului de pericol social al faptei interzise de lege, în speța de față doar impunerea prețului majorat (și modalitatea în care acesta s-a realizat) reprezentând abuzul de poziție dominantă.

4. În stabilirea sancțiunii, pot fi avute în vedere următoarele circumstanțe atenuante: reacția pozitivă a agentului economic la solicitarea Consiliului Concurenței de a-și revizui atitudinea pe piață, diminuarea din proprie inițiativă a procentelor de creștere a prețurilor și durata minimă a încălcării.

I.C.C.J., S. cont. adm. și fisc., decizia nr. 3055 din 9 iunie 2010, nepublicată¹

În fapt, reclamanta SC K. SA S. a fost amendată de Consiliul Concurenței cu 3% din cifra de afaceri a acesteia prin Decizia nr. 329 din 22 decembrie 2004, prin acțiunea formulată la Curtea de Apel solicitând anularea deciziei. Consiliul Concurenței a aplicat amenda ca urmare a investigației

¹ Victor Alistar, Cristina Banciu – „Dreptul concurenței. Ghid practic. Jurisprudență națională și instrumente de aplicare”, Ed. Hamangiu, 2013, pag. 200

efectuate, considerând că după ce a fost preluată de grupul K reclamanta s-a aflat în poziție dominantă și a abuzat de aceasta prin majorarea prețurilor cu procente de până la 50%, afectând beneficiarii, partenerii comerciali și consumatorii nevoiți să se conformeze. S-a arătat că această majorare a fost aplicată la mai puțin de o săptămână de la autorizarea concentrării economice de către Consiliu. Grupul K deține o poziție dominantă pe piața produselor de mobilier, cota de piață fiind principalul indicator al puterii economice.

Instanța de fond a admis acțiunea formulată de reclamantă și a dispus anularea deciziei Consiliului Concurenței, considerând în primul rând legal comportamentul reclamantei, reținând că nu s-a demonstrat poziția dominantă ori abuzul, în al doilea rând a considerat eronată încadrarea faptei la lit. f) a art. 6, iar în al treilea rând a adus mențiuni referitoare la situația financiară în care se afla reclamanta la momentul respectiv.

Consiliul Concurenței a declarat recurs, criticând soluția dată de prima instanță ca fiind nelegală și netemeinică, în baza următoarelor motive:

1. Poziția dominantă a unui agent economic trebuie apreciată și din perspectiva resurselor financiare și a puterii de piață a grupului din care face parte, deci prin raportare la „efectul de grup”, astfel încât se poate considera că poziția dominantă a grupului K a creat pentru SC K.S. SA un avantaj decisiv pe piață. Efectele acestui avantaj au condus la bariere pe piață pentru ceilalți competitori și supunerea consumatorilor la plata prețurilor majorate.

2. În ceea ce privește încadrarea incorectă susținută de prima instanță, Consiliul Concurenței învederează corectitudinea acesteia, din prisma faptului că la lit. f) a art. 6 este prevăzută intenția eliminării concurenților de pe piață, ceea ce în speță nu s-a întâmplat, iar în cazul lit. a) a prezentului articol scopul încălcării nu este eliminarea concurenților, ci maximizarea profiturilor în urma abuzului prin preț, efectul produs fiind „afectarea activității economice ori prejudicierea consumatorilor”. Între noțiunea de impunere de la lit. a) și cea de practicare de la lit. f) este o diferență evidentă, astfel noțiunea de practicare implică ideea de faptă practică în timp, iar cea de impunere implică un fapt consumat la momentul săvârșirii faptei. În cazul de față este vorba de impunerea unor prețuri majorate, ca urmare a abuzului de poziție dominantă.

3. În al treilea rând, Consiliul Concurenței a susținut că intimata nu avea nici un motiv de a majora prețurile, s-a relevat din expertizele contabile că fabrica din S. a avut profit rezultat din producție și cheltuielile de exploatare au fost acoperite, neexistând pierderi, precum a afirmat grupul în cauză.

4. Apoi, datele financiare au fost în mod greșit interpretate, fiindcă așa cum rezultă din înscrisurile depuse la dosar debitele au fost achitate, iar intimata a avut profit operativ substanțial, cota sa de piață fiind în permanentă creștere.

În speță s-a demonstrat că grupul în cauză nu lucra în pierdere, din contră, avea clienți serioși și constanți cu care a blocat relațiile comerciale, în condițiile în care avea contracte în derulare și nu putea înceta livrările. De asemenea, întotdeauna SC K S. SA și-a asigurat o marjă de profit.

În ceea ce privește amenda, s-a avut în vedere că fapta săvârșită este de gravitate mare și de scurtă durată, fiind reținute trei circumstanțe atenuante: reacția pozitivă a agentului economic la solicitarea Consiliului Concurenței de a-și revizui atitudinea pe piață, diminuarea din proprie inițiativă a procentelor de creștere a prețurilor și durata minimă a încălcării, cuantumul amenzii fiind stabilit sub nivelul de bază care este de 4% din cifra de afaceri.

Instanța a declarat recursul ca fondat și a admis acțiunea Consiliului Concurenței.

V. Concluzii

Articolul a fost menit să prezinte această practică anticoncurențială în detaliu, prin relevarea diferitelor forme în care se poate manifesta. Am evidențiat, în primul rând, aspectele generale privind concurența, continuând cu prezentarea succintă a practicilor anticoncurențiale.

Ajungând la obiectul de studiu – abuzul de poziție dominantă – am făcut o trecere de la definirea conceptului, raportarea la piața relevantă, factorii prin care se recunoaște poziția dominantă, categoriile de comportamente ce pot adoptate de o asemenea întreprindere la analiza practicilor regăsite la articolul 6 din Legea Concurenței. În final, am prezentat trei cazuri de abuz de poziție dominantă, la nivel comunitar și în România.

Astfel, în opinia mea, rezultatele au fost îndreptate spre a conștientiza aceste fapte ilicite ce se petrec zi de zi, pe piața din România și cu precădere în toată lumea. Acest domeniu, fiind unul în continuă schimbare și adaptare, necesită atenție, consider că studiile viitoare trebuie orientate spre tendințele din Europa ce, într-o mai mare sau mai mică măsură se răsfrâng și asupra țării noastre.

Referințe bibliografice

- Alistar, Victor, Banciu Cristina - *Dreptul concurenței. Ghid practic. Jurisprudență națională și instrumente de aplicare*, Ed. Hamangiu, 2013.
- Coman, Giorgiu - *Concurența în dreptul intern și european*, Ed. Hamangiu, 2011.
- Căpățână, Octavian - *Dreptul concurenței comerciale – concurența patologică – monopolismul*, Ed. Lumina Lex, 1993.
- Lazăr, Valerică - *Concurența neloială – Răspunderea juridică pentru practicile anticoncurențiale din domeniul economic și faptele abuzive de concurență comercială care se săvârșesc pe teritoriul României*, Ed. Universitară, București, 2008.
- Moșteanu, Tatiana - *Concurența. Abordări teoretice și practice*, Ed. Economică, București, 2000.
- Rucăreanu, Constantin – *Concurența*, Dicționarul juridic de comerț exterior, București, 1986.
- Ungureanu, Diana - *Dreptul Uniunii Europene în domeniul concurenței, Jurisprudența recentă a Curții de la Luxembourg*, Ed. C.H. Beck, București, 2010.
- Revista *Concurența – Studii și cercetări privind protecția concurenței economice*, Buletinul Direcției de Monitorizare Teritorială, Consiliul Concurenței – România, Anul II, Nr. 2 (4), decembrie 2007.
- Legea concurenței, nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

RASPUNDEREA ADMINISTRATORILOR SOCIETATILOR DIN PERSPECTIVA NOULUI COD CIVIL

Adrian MANOLE¹

Abstract:

Prezenta lucrare isi propune sa analizeze, in lumina Noului Cod Civil, raspunderea administratorilor societatilor comerciale. Este pentru prima data cand o norma cu caracter general reglementeaza actiunea in raspundere a membrilor organelor persoanei juridice (art. 220 Cod Civil). Conform reglementarii, actiunea in raspundere apartine societatii, nu asociatilor si poate fi exercitata pentru repararea prejudiciului cauzat prin incalcarea indatoririlor stabilite in sarcina lor. Astfel, avand in vedere noile reglementari, cat si prevederile Legii 31/1990 (Legea Societatilor Comerciale), lucrarea va puncta aspecte privind atat raspunderea civila (contractuala sau delictuala), cat si raspunderea penala a administratorilor.

Cuvinte cheie: *administratori, raspundere, societate, noul cod civil, actiune in raspundere*

Introducere

Intrarea in vigoare a Noului Cod Civil a produs importante schimbari in legislatia din Romania. Pe langa chestiunile legate de teoria unității dreptului privat, prin unificarea dreptului civil si dreptului comercial, Noul Cod Civil a produs schimbari de nivel practic in dreptul societar romanesc. Astfel, Codul Civil devine norma generala de reglementare a societatilor si va trebui sa completeze reglementarile cu caracter special, deja existente.

Prezenta lucrare isi propune sa analizeze, in spiritul teoriei unitatii dreptului privat, una dintre institutiile importante din domeniul societatilor, si anume institutia raspunderii administratorilor. Studiul prezinta o deosebita importanta, intrucat, in conditiile actuale, raspunderea administratorilor trebuie tratata atat in baza reglementarilor cu caracter special, dar si in spiritul Noului Cod Civil.

Studiul urmareste o analiza comparata si simultana a normelor speciale din Legea nr. 31/1990, dar si a normelor cu caracter general din Codul Civil, in domeniul raspunderii administratorilor. In acest sens, vor fi utilizate atat materiale bibliografice in conformitate cu Noul Cod Civil, dar si lucrari consacrate din domeniul dreptului societar. Nu in ultimul rand, vor fi folosite interpretari proprii ale textelor de lege.

Desi, dreptul societar romanesc beneficiaza de o vasta literatura specialitate, dupa intrarea in vigoare a unui act normativ de o asemenea importanta este nevoie de suficient timp pentru reevaluarea doctrinei in spiritul unui nou cod civil. Totusi importanti autori, printre care prof. univ. dr. Stanciu D. Carpenaru si prof. univ. dr. Gheorghe Piperea, au redactat importante volume, prin care au pus bazele acestei reevaluari generale a dreptului societar romanesc. Astfel, studiul de fata este o incercare de a aduce o contributie proprie in acest sens.

II. Continutul lucrării

Societatea comerciala, in cursul activitatii sale, poate fi subiectul unor pierderi si prejudicii, care *“pot fi consecinta unor conjuncturi economice nefavorabile, dar si rezultatul deficientelor manageriale si, uneori, chiar al fraudelor”*².

¹ Adrian Manole, student la Facultatea de Drept, Universitatea Romano-Americana din Bucuresti; (e-mail: adrianmanole88@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Luminita Tuleasca (luminita.tuleasca@tuleasca.com).

² Gheorghe Piperea, *Drept Comercial. Intreprinderea*, Ed. C.H.Beck, Bucuresti, 2012, p.227

Pornind de la aceste date, a fost conturata de catre legiuitor institutia raspunderii pentru administratorii societatilor comerciale.

Astfel, conform art. 1915 Cod Civil, "administratorii raspund personal fata de societate pentru prejudiciile aduse prin incalcarea legii, a mandatului primit sau prin culpa in administrarea societatii".

Sediul materiei raspunderii administratorului fata de societatea comerciala il reprezinta art. 73 alin. (1) din Legea nr.31/1990 care dispune ca administratorii sunt solidar raspunzatori fata de societate pentru:

- a) Realitatea varsamintelor efectuate de asociati;
- b) Existenta reala a dividendelor platite;
- c) Existenta registrelor cerute de lege si corecta lor tinere;
- d) Exacta indeplinire a hotararilor adunarilor generale;
- e) Stricta indeplinire a indatoririlor pe care legea, actul constitutiv le impun.

Pe langa cazurile de pagubire ale societatii comerciale, pot exista si cazuri de pagubire ale tertilor. Daca intr-o astfel de situatie, actele juridice prin care au fost prejudiciati tertii, sunt incheiate de administrator in calitate de reprezentant al societatii, tertii au actiune impotriva societatii; "*ratiunea rezida din natura juridica a raporturilor dintre societate si administrator, acestea fiind socotite a fi raporturi juridice de mandat, reprezentarea fiind un raport accesoriu mandatului*"¹.

Prin urmare, administratorul nu raspunde fata de terti, insa exista o situatie in care tertii, in calitate de creditor ai societatii, pot fi titulari ai actiunii in raspunderea administratorilor. Potrivit art. 73 alin. (2) LSC, o astfel de actiune in raspundere se poate exercita de catre creditorii societatii numai in caz de deschidere a procedurii reglementate de Legea nr.64/1995 privind procedura reorganizarii judiciare si a falimentului, lege ce a fost abrogata si inlocuita cu Legea nr.85/2006 privind procedura insolventei. Bineinteles ca, in cazul in care administratorii savarsesc fapte ilicite, in afara mandatului si a functiei, ei raspund direct si personal fata de persoana pagubita, in conditiile dreptului comun. (art. 1357 si urmatoarele, Cod Civil).

Natura juridica a raspunderii administratorului, difera dupa cum difera izvorul obligatiilor incalcate. Astfel:

- in cazul nerespectarii unor obligatii izvorate din contractul de mandate, suntem in prezenta unei raspunderi civile contractuale;
- In cazul nerespectarii unei obligatii legale, ce poate fi un fapt ilicit (delict civil) sau o infractiune, raspunderea poate fi civila delictuala, respectiv raspundere penala;

1. Raspunderea civila a administratorilor, precizari prealabile

Raspunderea civila a administratorului, se poate clasifica, dupa unii autori, in 3 forme de raspundere, in functie de victima prejudiciului care declanseaza raportul juridic obligational in care este parte administratorul, ca autor al prejudiciului:

- O raspundere obisnuita fata de societatea comerciala, reglementata de art. 72 si de art. 73 alin. (1) LSC, precum si de contractul de mandat intre administrator si societate
- O raspundere exceptionala a administratorului fata de terti, potrivit dreptului comun (in caz de depasire a limitelor mandatului);
- O raspundere agravata a administratorului in cazul insolventei comerciale, in temeiul art. 73 alin (2) LSC si art. 138 din Legea nr.85/2006.

2. Raspunderea civila a administratorilor fata de societate

Raspunderea civila a administratorilor fata de societate (contractuala sau delictuala) este cauzata de nerespectarea obligatiilor stabilite prin actul constitutiv al societatii sau stabilite de

¹ Dragos-Mihail Daghie, Raspunderea administratorilor societatii comerciale pe actiuni (I), *Revista de drept comercial*, nr. 11/2012, Ed. Lumina Lex, Bucuresti 2012, p.34

adunarea asociatilor, precum si cele stabilite prin lege: art. 73 alin. (1) LSC, precum si art 144¹ LSC (ce se refera la obligatia de prudenta, diligenta si loialtate, asupra carora vom reveni mai tarziu).

3. Formele raspunderii civile a administratorilor fata de societate

In principiu, raspunderea civila a administratorilor fata de societate este una **directa**, intrucat are drept izvor faptele prejudiciabile proprii ale administratorilor. Dar, textul de lege ne indica si posibilitatea unei **raspunderi indirecte** (art. 144² LSC), atunci cand administratorii raspund pentru faptele prejudiciabile ale altor persoane: actele indeplinite de directori sau de personalul incadrat, cand dauna nu s-ar fi produs daca ei ar fi exercitat supravegherea impusa de indatoririle functiei lor.

Pentru a fi exonerati de aceasta raspundere, administratorii trebuie sa dovedeasca faptul ca intreaga culpa apartine personalului angajat, *“iar ei au depus toate diligentele pentru a evita savarsirea acestor fapte”*¹.

Cu toate ca dispozitiile art. 144² se refera la societatea pe actiuni sau societatea in comandita pe actiuni, *“solutia poate fi aplicata, partial, si in cazul altor forme juridice de societate comerciala”*.²

Raspunderea indirecta a administratorilor are un caracter subsidiar, intrucat intervine doar atunci cand societatea a epuizat orice alt mijloc de reparare a prejudiciului cauzat de persoana vinovata. Responsabilitatea indirecta a administratorului are un rol de garantie, pentru ca ea nu inlocuieste raspunderea persoanei care a savarsit fapta cauzatoare de prejudicii. Pe langa raspunderea directa si indirecta, legea reglementeaza si un caz de **raspundere speciala** a administratorilor (art. 144² alin.4 LSC). Astfel, administratorii societatii sunt solidar raspunzatori cu predecesorii lor imediati, daca avand cunostinta de neregularitatile savarsite de acestia, nu le comunica cenzorilor sau, dupa caz, auditorilor interni si auditorului financiar. La fel ca in cazul raspunderii indirecte, aceasta solutie este consacrata pentru societatea pe actiuni sau in comandita actiuni, dar isi poate gasi aplicabilitatea si in cazul celorlalte forme juridice ale societatii comerciale.

Dupa cum reiese din textele de lege, raspunderea civila a administratorilor poate fi **individuala** sau **solidara**.

Solidaritatea, insa, *“nu se prezuma, ci trebuie sa rezulte din lege ori din conventia partilor”*³, asa cum rezulta din art. 73 LSC sau din art. 144².

In celelalte cazuri, responsabilitatea este individuala, ea apartine administratorului caruia ii revenea o anumita obligatie. (ex: in cazul raspunderii indirecte, raspunderea de supraveghere ii poate reveni unui singur administrator).

Raspunderea administratorilor nu va fi solidara in cazul in care, la luarea deciziei prin care au fost incalcate obligatiile prevazute in actul constitutiv sau de lege, unii administratori au votat impotriva sau s-au abtinut. Totusi simplul act de vot impotriva sau abtinere, nu echivaleaza cu o cauza de exonerare de raspundere, intrucat este necesara incunostiintarea in scris a cenzorilor despre votul in cauza si prevederile legale sau contractuale ce le incalca. Acest gen de acte sunt numite generic de doctrina: *“masuri de desolidarizare de actele altor gestionari ai societatii”*.⁴

In cazul raspunderii solidare, societatea va urmari pe oricare dintre administratorii culpabili pentru repararea prejudiciului cauzat, iar administratorul platitor se va putea intoarce cu regres contra co-responsabililor, pentru partea din prejudiciu ce depaseste limitele proprii sale culpe.

In fine, administratorul poate avea si o **raspundere de regres** fata de societate, atunci cand faptele ilicite ale administratorului, prin care a fost prejudiciat un tert, sunt savarsite in legatura cu

¹ Corina Popovici, “Raspunderea administratorilor societatilor comerciale”, *Revista de drept comercial*, nr. 7-8/2002, Ed. Lumina Lex, Bucuresti 2002, p.184

² Stanciu D. Carpenaru, *Tratat de Drept Comercial Roman, editia a III –a*, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2012 p. 223

³ Stanciu D. Carpenaru, *Tratat de Drept Comercial Roman*, op.cit., p. 223

⁴ Octavian Capatina, *Societatile Comerciale, Editia a 2-a*, Ed. Lumina Lex, Bucuresti, 1996, p. 341

exercitiul functiei sale. Practic, suntem in fata unei obligatii de garantie a societatii pentru riscul de activitate, *“asemanatoare cu obligatia de garantie a comitentului pentru fapta prepusului”*¹.

Astfel, societatea va fi obligata la repararea prejudiciului cauzat prin fapta ilicita a administratorului sau, atat timp cat fapta respectiva a fost savarsita in legatura cu exercitiul functiei de administrator, chiar si in cazul depasirii limitelor ori a exercitiului abuziv al functiei. De aici rezulta un drept de regres al societatii contra administratorului, in cazul acoperirii prejudiciului cauzat tertului sau posibilitatea de chemare in garantie a administratorului in eventualitatea unui proces intentat de tert. Daca fapta ilicita nu are legatura cu functia de administrator, el va raspunde direct si personal fata de tertul prejudiciat, fara ca societatea sa poate fi obligata pentru fapta sa.

Indiferent de forma raspunderii, raspunderea administratorului este o raspundere integrala, si nu raspundere limitata, cum este raspunderea materiala. Astfel, un salariat va raspunde numai pentru prejudiciul efectiv suferit de societate de pe urma fapte sale, dar administratorul, in calitatea sa de mandatar al societatii, va raspunde atat pentru *damnum emergens* (prejudiciul efectiv), cat si pentru *lucrum cessans* (castigul nerealizat).

4. Conditiiile raspunderii civile a administratorului fata de societate

Raspunderea administratorilor fata de societate se angajeaza in conditiile dreptului comun al raspunderii civile. Astfel, indiferent de forma raspunderii (contractuala sau delictuala), pentru a angaja raspunderea civila a administratorului, trebuie intrunite patru conditii generale:

- Fapta ilicita care consta in neexecutarea obligatiilor (contractuale sau legale);
- Prejudiciul existent in patrimoniul societatii;
- Existenta raportului de cauzalitate intre neexecutarea obligatiilor si prejudiciul societatii;
- Culpă administratorului.

Deci, raspunderea civila a administratorului are ca temei culpa administratorului, culpa care la randul ei, trebuie dovedita in cazul raspunderii civile delictuale sau este prezumata in cazul raspunderii civile contractuale, *“situatie in care administratorul este cel care trebuie sa faca dovada unor cazuri de neraspundere ce ii sunt aplicabile”*².

5. Obligatia de diligena si prudenta

Pentru a putea evalua conduita administratorilor in executarea obligatiilor, in vederea stabilirii culpei, trebuie sa pornim de la normele generale ce guverneaza executarea obligatiilor de catre debitori si de catre mandatar.

Astfel, Codul Civil, ca norma generala, prin art. 1480 alin. dispune: “Debitorul este tinut sa isi execute obligatiile cu diligena pe care un bun proprietar o depune in administrarea bunurilor sale (...) In cazul unor obligatii inerente unei activitati profesionale, diligena se apreciaza tinand seama de natura activitatii exercitate”. Mai mult, art. 2018 Cod Civil dispune: “Daca mandatul este cu titlu oneros, mandatarul este tinut sa execute mandatul cu diligena unui bun proprietar. Daca insa mandatul este cu titlu gratuit, mandatarul este obligat sa il indeplineasca cu diligena pe care o manifesta in propriile afaceri”.

Astfel, Codul civil instituie pentru administrator, ca norma generala, **obligatia de diligena**, conform criteriului **bunului proprietar**, in executarea obligatiilor, iar conform art. 2018, obligatia de diligena a administratorului va fi sporita, intrucat mandatul acestuia este unul cu titlu oneros, in principiu.

Pe langa caracterul oneros al mandatului administratorului, severitatea diligentei acestuia se justifica si prin faptul ca *“exercitarea acesti functii se bazeaza pe temeinice cunostinte profesionale de specialitate (management), pe experienta in practicarea aceste profesii, celeritatea ciclului de afaceri”*³. Totusi, aceasta obligatie nu avea un caracter de noutate, la data intrarii in vigoare a Noului Cod Civil, intrucat inca prin modificarea adusa de Legea nr.441/2006 legii societatiilor

¹ Gheorghe Piperea, *Drept Comercial. Intreprinderea*, op. cit., p.231

² Dragos-Mihail Daghie, *Raspunderea administratorilor societatii comerciale pe actiuni (I)*, op.cit., p.47

³ Gheorghe Piperea, *Drept Comercial. Intreprinderea*, op. cit., p.238

comerciale a fost introdus art. 144¹, articol ce introducea la randul sau, obligatia membrilor consiliului de administratie de exercitare a mandatului cu prudenta si diligenta unui bun administrator.

Obligatia de prudenta si diligenta nu este definita de Legiuitorul societar in mod direct, dar prin alin. (2) al articolului dispune ca administratorul nu incalca aceasta obligatie, daca in momentul luarii unei decizii de afaceri el este in mod rezonabil indreptatit sa considere ca actioneaza in interesul societatii si pe baza unor informatii adecvate. Alineatul (3) defineste decizia de afaceri ca “orice decizie de a lua sau de a nu lua anumite masuri cu privire la administrarea societatii”.

Astfel, prin acest articol a fost introdusa notiunea de decizie de afaceri ceea ce prezinta traducerea regulii americane a “business judgement law”. Regula admite ca insuccesele unei societati nu sunt, neaparat, consecinta unei judecati neglijente sau frauduloase a administratorilor, iar in cazul in care deciziile luate sunt in interesul societatii, sunt fundamentate pe informatii corespunzatoare, iar discernamantul administratorilor nu este afectat de o miza personala, administratorii sunt exonerati de raspundere.

De altfel, “in dreptul american se apreciaza ca diligenta se fundamenteaza pe cunostinte, competente, apititudini (knowledge, competences, skills)”¹.

\Astfel, legiuitorul societar roman a inteles sa instituie in cazul administratorului, o diligenta mai mare decat in dreptul comun, superioara, deci, diligenta cerute unui bonus pater familias.

Desi legea nu prevede in mod expres, necesitatea indeplinirii unor conditii tehnice, de specialitate pentru a deveni administrator al unei societati comerciale, raportat la continutul legal al normei citate, “care cuprinde snitagma prudenta si diligenta unui bun administrator, rezulta ca legea a avut in vedere un profesionist”².

Intradevar, folosirea sintagmei “bun administrator”, in loc de sintagma de drept comun “bun proprietar”, induce ideea unor cunostine de specialitate si unei calificari in domeniul administrarii si implicit formeaza un standard al “bunului administrator”.

6. Obligatia de loialitate si confidentialitate

Art. 144¹ Legea 31/1990 instituie prin alin. (3) si (4) obligatiile de loialitate si confidentialitate a administratorilor. Alin. (3) dispune ca membrii consiliului de administratie isi vor exercita mandatul cu loialitate, in interesul societatii, iar alin. (4) dispune ca membrii consiliului de administratie nu vor divulga informatiile confidentiale si secretele comerciale ale societatii, la care au acces in calitatea lor de administratori.

Aceasta obligatie le revine si dupa incetarea mandatului de administrator. Alin. (6) dispune ca durata si continutul obligatiei de confidentialitate sunt stipulate in contractul de administratie, contractul de mandat, altfel spus.

Prin aceste precizari, legiuitorul societar a tinut sa contureze cat mai clar modul de exercitare al mandatului de catre administrator, chiar daca in mod normal si logic, obligatia de diligenta si prudenta a unui bun administrator, include si obligatiile de loialitate si confidentialitate.

Potrivit unor autori, “obligatia de diligenta-prudenta si cea de loialitate sunt bipolare”³, pentru ca obligatia de loialitate presupune exercitarea mandatului fara implicarea interesului personal, adica exclusiv in interesul societatii, pe cand obligatia de diligenta pleaca de la premisa opusa, de implicare a administratorului in afacerile societatii.

Din obligatia de loialitate fata de societate rezulta si interdictia administratorului de a face concurenta societatii, iar in cazul in care acesta are un interes direct sau indirect contrar societatii intr-

¹ Radu N. Catana, “Obligatia de diligenta si prudenta a administratorilor in contextul reformei dreptului societatilor comerciale”, Ad honorem Stanciu D. Carpenaru Ed. C.H. Beck, Bucuresti, 2006, p. 139

² Ioan Adam, Codrut Nicolae Savu, Legea societatilor comerciale. Comentarii si explicatii, Ed. C.H. Beck, Bucuresti, 2010, p.473

³ Radu N. Catana, “Obligatia de diligenta si prudenta a administratorilor in contextul reformei dreptului societatilor comerciale”, Ad honorem Stanciu D. Carpenaru, op. cit., p. 137

o anumita afacere, trebuie sa-si faca public acest interes si sa nu ia parte la nici o deliberare privind acea afacere. Interdictia se extinde si la afacerile sotului sau rudei apropiate a administratorului.

Cat priveste obligatia de confidentialitate, deosebit de importanta este prevederea de la alin. (6) conform careia durata si continutul obligatiei de confidentialitate sunt stipulate in contractul de administratie. Aceasta obligatie este transpusa in "clauza de confidentialitate" ce se regaseste in contractele de mandat, astfel incat, aprecierea duratei si continutului obligatiei nu ar trebuie sa prezinte semne de intrebare in cadrul unui proces.

7. Raspunderea civila a administratorilor fata de terti

Dupa cum am aratat, in temeiul art. 73 LSC, administratorul nu raspunde fata de terti, legea limitand actiunea creditorilor societatii impotriva administratorilor numai in cazul declansarii procedurii insolventei.

In cazul un prejudicii suferite de terti, prin faptele ilicite ale administratorilor, cea obligata in acoperirea prejudiciului va fi societatea, care la randul ei se va putea indrepta impotriva administratorului. Solutia rezida in natura juridica a raporturilor dintre administrator si societate reglementate de art. 72 LSC, conform caruia administratorul este un mandatar al societatii, actionand "*in numele si pe seama societatii si nu in nume personal*"¹.

Totusi, daca administratorul savarseste fapte juridice ilicite in afara exercitarii functiei sale, el va fi raspunde direct si personal pentru eventualele prejudicii, potrivit normelor de drept comun privitoare la raspunderea pentru fapta proprie (art. 1357 si urmatoarele Cod Civil).

O situatie de exceptie este prevazuta de art. 55 alin (1) din LSC. Astfel: "in raporturile cu tertii, societatea este angajata prin actele organelor sale, chiar daca aceste acte depasesc obiectul de activitate al societatii, in afara de cazul in care ea dovedeste ca tertii cunosteau sau, in imprejurarile date, trebuiau sa cunoasca depasirea acestuia ori cand actele astfel incheiate depasesc limitele puterilor prevazute de lege pentru organele respective. Publicarea actului constitutiv nu poate constitui, singura, dovada cunoasterii".

In sensul prezentului articol, societatea nu va mai fi raspunzatoare pentru actele cauzatoare de prejudicii savarsite de administratori, daca va demonstra ca tertii prejudiciati cunosteau sau trebuiau sa cunoasca faptul ca respectivele acte au fost efectuate prin depasirea obiectului de activitate al societatii sau a limitelor prevazute de lege. Aceasta prevedere este o derogare de la regulile contractului de mandat aplicabile raporturilor juridice dintre societate si administrator.

II. RASPUNDEREA CIVILA A ADMINISTRATORILOR IN TEMEIUL LEGII NR. 85/2006 PRIVIND PROCEDURA INSOLVENTEI

Legea nr. 31/1990 prin art. 73 alin. (2) prevede ca actiunea in raspundere impotriva administratorilor apartine si creditorilor societatii, care o vor putea exercita numai in caz de deschidere a procedurii reglementate de Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizarii judiciare si falimentului, republicata.

Prin intrarea in vigoare a legii 85/2006, prin art. 156 alin. (3), legea nr. 64/1995 a fost abrogata, astfel incat orice referire la actele normative existente la legea nr. 64/1995 se va considera ca referire/trimitere la Legea nr. 85/2006.

Insolventa este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizeaza prin insuficienta fondurilor banesti disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide, exigibile. Din aceasta definite, elementul cheie este termenul "insuficienta", termen care accentueaza ideea ca insolventa "*inseamna neputinta debitorului*"², nicidecum refuzul de plata a datoriei. Distinctia este importanta, intrucat

¹ Dragos-Mihail Daghe, Raspunderea administratorilor societatii comerciale pe actiuni (II), *Revista de drept comercial*, nr. 12/2012, Ed. Lumina Lex, Bucuresti 2012, p.18; In acelasi sens: Luminița Tuleașcă, *Dreptul Comertului International*, Ed. a II a, Universul Juridic, Bucuresti, 2011, p. 94.

² Gheorghe Piperea, "*Obligatiile si raspunderea administratorilor societatilor comerciale. Notiuni elementare*", Ed. All Beck, Bucuresti 1998, p. 183

eventualul refuz în plata datoriilor va fi supusă procedurii de drept comun, pe când incapacitatea debitorului va fi supusă procedurii speciale a insolvenței, așa cum este ea reglementată de legea 85/2006¹.

Falimentul unei societăți, înainte de a fi subiectul unei reglementări juridice speciale, este o stare de fapt² a unor entități de persoane și capitaluri, stare ce provoacă consecințe grave atât la nivel intern, cât și la nivel extern. Pornind de la consecințele asupra acționarilor ce își vor putea recupera investițiile abia după satisfacerea creanțelor creditorilor, salariaților concediați și până la consecințele la nivel macro-economic, marcate prin dispariția unui agent economic, unui contribuabil la bugetul statului, falimentul produce efecte cel puțin delicate, astfel încât tratarea acestui subiect necesită o deosebită atenție.

De principiu, procedura falimentului *“este o procedură de executare silită unitară, colectivă și egalitară”*³, pentru că vizează absolut toate creanțele aferente patrimoniului debitorului, pentru ca să apară în comun interesele tuturor creditorilor, iar stingerea creanțelor se realizează proporțional cu ponderea din pasivul patrimonial al comerciantului insolvent.

Totuși, atunci când punem în discuție starea de insolvență a unei societăți, trebuie avute în vedere toate cauzele posibile. Astfel, trebuie ținut cont și de cauzele obiective ca mediul de afaceri al societății, condițiile macro-economice (nivelul inflației, fiscalitatea), dar și de cauzele subiective, din interiorul firmei. *“Trebuie decelate conjucturile economico-sociale defavorabile de cauzalitatea subiectivă și culpabilă a falimentului”*⁴.

Diferențierea cauzelor economice ale falimentului prezintă importanță tocmai în vederea unei eventuale trageri la răspundere a persoanelor ce se fac vinovate de starea de insolvență a societății, deoarece nu putem vorbi despre o răspundere individuală sau colectivă, atunci când cauzele insolvenței sunt de natură obiectivă, independente de voința și acțiunile societății.

Astfel Legea nr. 85/2006, prin art. 138 enumerează trei categorii de persoane ce pot fi trase la răspundere în cadrul procedurii insolvenței:

- Membrii organelor de conducere din cadrul societății⁵;
- Membrii organelor de supraveghere din cadrul societății;
- Orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului.

Totodată, art. 138 recunoaște calitate procesuală activă, în formularea acțiunii în răspundere, în principal administratorului judiciar sau lichidatorului, și în mod excepțional comitetului creditorilor și creditorului care deține mai mult de jumătate din valoare tuturor creanțelor.

Competent în soluționarea acțiunii în răspundere este judecătorul sindic. Tot art. 138 prevede condițiile în care comitetul creditorilor sau creditorul care deține mai mult de jumătate din valoare tuturor creanțelor, pot introduce acțiunea în răspundere:

- Administratorul judiciar sau lichidatorul a omis să indice persoanele culpabile de starea de insolvență;
- Administratorul judiciar sau lichidatorul a hotărât că nu este cazul să introducă acțiunea în răspundere.

Pentru antrenarea răspunderii administratorilor în cadrul procedurii insolvenței, trebuie îndeplinite cumulativ condițiile răspunderii civile delictuale din dreptul comun.⁶ Astfel, trebuie să

¹ Pentru detalii, a se vedea: Luminița Tuleașcă, Falimentul băncilor și societăților de asigurări, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p.155-156

² Luminița Tuleașcă, Falimentul băncilor și societăților de asigurări, op.cit., p.168

³ Ion Turcu, *“Tratat de insolvență”*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p.4; Luminița Tuleașcă, Falimentul băncilor și societăților de asigurări, op.cit., p.118-123;

⁴ Gheorghe Piperea, *“Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Notiuni elementare”*, op.cit, p. 184

⁵ Luminița Tuleașcă, The liability for banks insolvency, CKS-eBook 2010, Ed. Pro Universitaria, București, 2010, p.601.

⁶ Ididem, p. 601-602.

existe un fapt ilicit, un prejudiciu, o legatura de cauzalitate între faptul ilicit și prejudiciul creat, precum și condiția vinovăției. Art. 138 din Legea 85/2006 prevede faptele ilicite, pentru care poate fi antrenată răspunderea administratorilor în cadrul procedurii insolvenței:

- au folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane;
- au făcut acte de comerț în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice;
- au dispus, în interes personal, continuarea unei activități care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăți;
- au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea;
- au deturnat sau au ascuns o parte din activul persoanei juridice ori au mărit în mod fictiv pasivul acesteia;
- au folosit mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăți;
- în luna precedentă încetării plăților, au plătit sau au dispus să se plătească cu preferință unui creditor, în dauna celorlalți creditori.

Totuși, aceasta enunțare cu caracter limitativ a faptelor ce pot atrage răspunderea administratorilor, nu poate decât să conducă la ideea că, în spiritul și regimul legii 85/2006, răspunderea administratorilor este “o răspundere subsidiară și complementară comparativ cu răspunderea societății debitoare, care are caracter principal”¹.

Prin urmare, obligația de a suporta pasivul patrimonial revine, în principal, societății și doar în mod subsidiar administratorilor și celorlalți membri ai organelor de conducere sau supraveghere.

Cu alte cuvinte, răspunderea administratorilor poate fi angajată numai dacă pasivul societății nu poate fi acoperit prin transformarea activului patrimonial în numerar.

Mai mult răspunderea administratorilor este bazată pe culpa și pe “stabilirea unei legături de cauzalitate între greșeala de gestiune a administratorului și insuficiența activului societății”², de aici conturându-se și obligația administratorului judiciar sau comitetului creditorilor, după caz, de a face dovada culpei și a legăturii de cauzalitate.

Interesant este faptul că, prin teza “Orice alta persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului”, legiuitorul a acoperit situațiile în care persoanele culpabile ar încerca sustragerea de la răspundere invocând lipsa calității procesuale prin expirarea mandatului sau nulitatea actului de numire în funcție sau nerespectarea condițiilor de publicitate etc. În acest sens, doctrina a statuat că “nu este necesar ca investirea în funcția de conducere să fi fost efectuată cu respectarea tuturor formelor prescise de lege, dacă în fapt s-au exercitat atribuțiile acelei funcții”³.

După cum am arătat mai sus, dreptul de exercitare al acțiunii în răspundere contra administratorului, în caz de insolvență a societății, aparține administratorului judiciar sau lichidatorului, după caz, precum și comitetului creditorilor, în condițiile arătate.

Prin urmare, dreptul la acțiune ce aparține comitetului creditorilor are caracter excepțional, de “mijloc juridic de autoapărare”⁴ al creditorilor pentru situațiile în care administratorul judiciar sau lichidatorul omite să-și exercite obligația de apărare al drepturilor și intereselor creditorilor, obligație ce este de esență procedurii insolvenței.

¹ Mircea N. Costin, Calin M. Costin, “Răspunderea administratorilor în lumina legii nr. 31/1990 republicată și legii nr. 85/2006, Revista de drept comercial, nr. 11/2006”, Ed. Lumina Lex, București 2006, p.16

² Emanoil Munteanu, “Regimul juridic al administratorilor societăților comerciale pe acțiuni”, Ed. All Beck, București, 2000, p. 340

³ Ion Turcu, “Tratat de insolvență”, op.cit., p.621

⁴ Mircea N. Costin, Calin M. Costin, “Răspunderea administratorilor în lumina legii nr. 31/1990 republicată și legii nr. 85/2006, Revista de drept comercial, nr. 11/2006”, op.cit., p.19

Conform art. 139 din Legea nr.85/2006 dreptul la acțiunea în răspundere contra administratorilor se prescrie în 3 ani de la data la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a cauzat apariția stării de insolvență, dar nu mai devreme de 2 ani de la data hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței.

Astfel, legiuitorul a consacrat un termen special de prescripție care poate varia într 3 și 5 ani. Sintagma “nu mai devreme de 2 ani de la data hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței”, creează pentru administratorul judiciar sau lichidator circumstanțele necesare pentru identificare persoanelor culpabile pentru starea de insolvență a societății.

III. CAZURILE DE EXONERARE DE RĂSPUNDERE A ADMINISTRATORULUI

Cu privire la cauzele exoneratoare de răspundere, în primul rând sunt aplicabile regulile generale ale dreptului comun privitoare la forța Majoră și cazul fortuit (art. 1351 Cod Civil).

Totuși aceste cauze “*nu vor putea opera dacă acțiunile sau inacțiunile anterioare ale administratorului au făcut posibil aceste evenimente*”¹, adică nu vor opera dacă conduita anterioară a administratorului a generat, de fapt, evenimentele respective (forța majoră, caz fortuit). În aprecierea conduitei anterioare, trebuie avută în vedere obligația de prudență-diligentă, în virtutea căreia “un bun administrator” nu ar trebui să fie subiectul unei astfel de conduite.

Pe lângă aceste cauze generale exoneratoare de răspundere, Legea societăților comerciale instituie și o cauză specială, prevăzută de art. 144¹ alin. (2). Este vorba despre *business judgement rule*, adică “exceptia judecătii de afaceri” despre care am amintit mai sus. În mod concret pentru ca “exceptia judecătii de afaceri” să devină o cauză exoneratoare de răspundere trebuie îndeplinite cumulativ următoarele condiții²:

- să existe o *decizie de afaceri*: decizia de a lua sau nu anumite măsuri cu privire la administrarea societății;

- să existe o *judecată*: administratorul să aprecieze, în mod rațional, că decizia de afaceri este luată în interesul societății;

- să existe o *informare adecvată* a administratorului anterior adoptării deciziei.

O altă cauză exoneratoare de răspundere este punerea în executare de către administrator a unei hotărâri de adunare generale, cu condiția ca această hotărâre să nu fie manifestată ilegal, caz în care este obligat să i se opună.

Potrivit art. 144² alin. (5) LSC, în cazul pluralității de administratori, răspunderea pentru actele savarsite sau pentru omisiuni nu se întinde și la administratorii care au făcut să se consemneze, în registrul deciziilor consiliului de administrație, împotrivirea lor și au încunostiintat despre aceasta, în scris, pe censozi sau auditori interși și auditorul financiar. “*Principiul este deopotrivă aplicabil și în cazul în care administratorul a absentat de la ședința consiliului de administrație care a luat decizia pagubitoare*”³. Soluția este consacrată întrucât se are în vedere voința persoanei juridice, subiect distinct de drepturi și obligații, voința superioară, ce nu putea fi influențată de administrator.

IV. RĂSPUNDEREA PENALĂ ȘI CONTRAVENTIONALĂ A ADMINISTRATORILOR

Conform legii nr. 31/1990, unele fapte savarsite de administratorii societății sunt incriminate și pedepsite ca infracțiuni. Fapte incriminate și pedepsele sunt prevăzute în Titlul VIII al legii, art. 271-275.

Acțiunea penală pentru aceste infracțiuni, nu aparține adunării generale, ci procurorului, întrucât în continutul Legii nr. 31/1990 nu se prevede ca punerea în mișcare a acțiunii penale se face numai la plângerea prealabilă a părții vătămate.

¹ Gheorghe Piperea, *Drept Comercial. Întreprinderea*, op. cit., p.238

² Radu N. Catana, “Obligația de diligentă și prudență a administratorilor în contextul reformei dreptului societăților comerciale”, *Ad honorem Stanciu D. Carpenaru*, op. cit., p. 147

³ Stanciu D. Carpenaru, op. cit., p. 224

Constituirea ca parte civila in procesul penal contra administratorilor se realizeaza in conditiile prevazute de lege pentru exercitarea actiunii civile (art. 155 LSC), prin hotararea adunarii generale a asociatilor.

In ceea ce priveste raspunderea contraventionala a administratorilor, tot in Titlul VIII al LSC art. 270³ prevede faptele ce prezinta contraventii si sanctiunile aplicabile.

V. ACTIUNEA IN RASPUNDERE

Sediul materiei pentru actiunea in raspundere contra administratorilor este reprezentat de art. 155 din Legea societatilor comerciale. Conform acestui articol actiunea in raspundere contra fondatorilor, administratorilor, cenzorilor sau auditorilor financiari si directorilor apartine adunarii generale, care va decide cu majoritatea prevazuta de lege, atat introducerea actiunii, cat si persoana ce urmeaza sa exercite actiunea. De asemenea, articolul 155 stipuleaza revocarea din functie a administratorilor, in cazul actiunii in raspundere exercitate impotriva lor si suspendarea din functie, in cazul in care actiunea in raspundere este exercitata contra directorilor.

Pe de alta parte, Noul Cod Civil, intrat in vigoare la 1 octombrie 2011, reglementeaza la art. 220 "Raspunderea membrilor organelor persoanei juridice", stabilind astfel o premiera pentru legislatia romaneasca, intrucat "*pentru prima data, o norma cu caracter general reglementeaza o astfel de actiune*"¹.

Ratiunea din spatele aceste inovatii legislative, rezida consacrarea institutiei raspunderii membrilor organelor de conducere a societatilor comerciale la nivel de doctrina si practica judiciara. Art. 220 Cod Civil, prevede urmatoarele:

(1) Actiunea in raspundere impotriva administratorilor, cenzorilor, directorilor si a altor persoane care au actionat in calitate de membri ai organelor persoanei juridice, pentru prejudiciile cauzate persoanei juridice de catre aceştia prin încălcarea îndatoririlor stabilite în sarcina lor, aparține, în numele persoanei juridice, organului de conducere competent, care va decide cu majoritatea cerută de lege, iar în lipsă, cu majoritatea cerută de prevederile statutare.

(2) Hotărârea poate fi luată chiar dacă problema răspunderii persoanelor prevăzute la alin. (1) nu figurează pe ordinea de zi.

(3) Organul de conducere competent desemnează cu aceeași majoritate persoana însărcinată să exercite actiunea în justiție.

(4) Dacă s-a hotărât introducerea actiunii în răspundere impotriva administratorilor, mandatul acestora încetează de drept și organul de conducere competent va proceda la înlocuirea lor.

(5) În cazul în care actiunea se introduce impotriva directorilor angajați în baza unui alt contract decât a unui contract individual de muncă, aceştia sunt suspendați de drept din funcție până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești.

Continutul acestui articol puncteaza cateva chestiuni deosebit de importante:

- califica administratorii, cenzorii, directorii, drept organe ale persoanei juridice;
- actiunea in raspundere apartine persoanei juridice;
- actiunea in raspundere poate fi angajata pentru prejudiciile cauzate persoanei juridice prin nerespectarea atributiilor stabilite in sarcina lor;
- actiunea in raspundere este exercitata de organul de conducere competent, care isi desemneaza o persoana care va exercita actiunea in instanta;
- atat introducerea actiunii, cat si desemnarea persoanei care o va exercita, se decide respectand conditiile legale de majoritate, iar in lipsa acestora, respectand conditiile statutare de majoritate.

¹ Carmen Todica, "Consideratii privind actiune in raspundere a organelor de administrare ale persoanei juridice in viziunea Noului Cod Civil", Curierul Judiciar nr. 5/2012, Ed. C.H.Beck, p. 271

Fata de acest ultim aspect, observam ca legiuitorul a ales sa dea prioritate, in mod imperativ, prevederilor legale privind conditiile de majoritate, in fata celor statutare, chiar daca societate comerciala, la origine, este un contract, avand la baza acordul partilor.

Consideram ca, data fiind importanta acestei institutii in mediul de afaceri si in relatiile comerciale, prioritatea acordata de legiuitor prevederilor legale de majoritate nu este nicidecum lipsita de temei, legiuitorul dorind, probabil, sa creeze *“un mecanism suplu si eficient prin care persoana juridica prejudiciata sa poata angaja raspunderea persoanelor culpabile”*¹ de prejudiciile cauzate.

Dupa cum am aratat, institutie raspunderii nu este una noua pentru dreptul comercial, ea facand obiectul unei reglementari cu caracter special: art. 155 Legea 31/1990. Cu toate ca prevederile legale vizeaza societatea pe actiuni, literatura de specialitate a statuat ca ele sunt aplicabile si celorlalte forme de societati comerciale.

Mai mult, din punctul de vedere al dreptului procesual civil, actiunea in raspundere este o actiune civila, prin urmare in exercitarea acesteia vom avea in vedere conditiile generale de exercitare a actiunii civile: capacitatea procesuala, calitatea procesuala, interesul si afirmarea unui drept.

Daca conditia capacitatii procesuale, nu ridica probleme deosebite, atunci in cazul celorlalte conditii este nevoie de cateva precizari:

Din prevederile art. 220 NCC, rezulta cu claritate ca, in cazul unei actiuni in raspundere, calitatea procesuala activa apartine persoanei juridice, introducerea acestei actiune, facandu-se in numele persoanei juridice de catre organul de conducere competent. Raportat la prevederile art. 155 din Legea Societatilor Comerciale, puteam afirma ca in postura de organ competent, este adunarea generala, care va putea, printr-un reprezentant desemnat, sa introduca, in numele persoanei juridice, actiunea in raspundere contra administratorului. Art. 155¹ din Legea Societatilor Comerciale, acorda posibilitatea introducerii actiunii in raspundere si unuia sau mai multor actionari, ce reprezinta cel putin 5% din capitalul social al societatii. Posibilitatea este valabila doar in cazul in care adunarea generala nu introduce actiunea si nici nu da curs propunerii de introducere. Totusi, doctrina a considerat ca, pentru a evita situatiile de intimidare a administratorilor de catre actionarii minoritari, *“actionarea in raspundere a administratorilor de catre adunarea generala trebuie sa fie regula, iar actiunea actionarilor minoritari sa ramana o exceptie”*².

Atat din continutul Codului Civil, cat si din cel al Legii Societatilor Comerciale, intelegem ca adunarea generala va trebui sa isi desemneze un reprezentant, o persoana insarcinata sa exercite actiunea in justitie. Argumentul in spatele acestei norme, il gasim in aceleasi articole, respectiv art. 220 din Cod Civil si art. 155 din Legea 31/1990, care stipuleaza revocarea de drept a mandatului administratorilor, la data adoptarii hotararii de introducere a actiunii in raspundere. Amintim, in acest sens, ca administratorii, in baza mandatului acordat, pot actiona in calitate de reprezentant al societatii comerciale, daca aceasta prerogativa le este acordata expres. Iar in cazul incetarii de drept a mandatului, societatea este in situatia de a ramane fara reprezentant, prin urmare desemnarea unui reprezentant care sa exercite actiunea este necesara. In acest caz, *“din moment ce legea nu distinge, reprezentant legal poate fi atat un asociat sau un fondator, cat si o persoana straina de persoana juridica”*³. Desigur, nu este exclusa situatia in care, in cazul unei pluralitati de administratori, actiunea in raspundere sa se indrepte doar impotriva unora, in acest caz, administratorii ramasi in functie, putand exercita actiunea in numele societatii.

¹ Carmen Todica, *“Consideratii privind actiune in raspundere a organelor de administrare ale persoanei juridice in viziunea Noului Cod Civil”*, Curierul Judiciar nr. 5/2012, op. cit., p. 274

² Stanciu D. Carpenaru, Sorin David, Catalin Predoiu, Gheorghe Piperea, *“Legea societatilor comerciale. Comentariu pe articole”* Editia a 3-a, Ed. C.H.Beck, Bucuresti 2006, p.517

³ Carmen Todica, *“Consideratii privind actiune in raspundere a organelor de administrare ale persoanei juridice in viziunea Noului Cod Civil”*, Curierul Judiciar nr. 5/2012, op. cit., p. 275

Cea de-a doua conditie a exercitarii actiunii civile este existenta unui interes personal si direct.

Dupa cum a statuat doctrina, in nenumarate randuri, "*actiunea in raspundere este o actiune sociala*"¹, pentru ca scopul acesteia este de a repara un prejudiciu adus societatii, si nu actionarilor, in mod direct sau creditorilor, iar interesul in cadrul actiunii in raspundere, trebuie sa fie personal, direct. Bineinteles ca, in cazul actiunii exercitate in baza unei hotarari a adunarii generale, nu incapa indoiala ca suntem in prezenta unui interes personal si direct, intrucat adunarea generala actioneaza in numele societatii. Dar, pe de alta parte, o problema dezbatuta in doctrina, este problema interesului actiunii in raspundere exercitate de actionari care individual sau impreuna detin cel putin 5% din capitalul social al societatii. Se considera ca nu poate fi vorba de un interes din partea actionarilor, din moment ce interesul acestora nu poate fi direct si personal, "*ci numai unul mediat, indirect*"².

Explicatia acestei probleme o gasim tocmai in caracterul social al actiunii in raspundere. Din moment ce ea urmareste repararea unui prejudiciu adus societatii, si interesul intr-o astfel de actiune este social, adica este al societatii si nu al actionarilor care exercita actiunea individual. O alta explicatie este calitatea procesuala activa intr-o astfel de actiunea, calitate procesuala ce apartine numai persoanei juridice, conform art. 220 Cod Civil, prin urmare si interesul in actiune, apartine persoanei juridice, adica societatii. Pentru acoperirea unui prejudiciu individual cauzat unui actionar, prin fapta administratorului, actionarul are la dispozitie actiunea in raspundere delictuala, o actiune "*ut singuli*"³, dat fiind prejudiciul distinct al actionarului, fata de prejudiciul social al societatii.

Obiectul actiunii in raspundere "*se va putea referi numai la repararea prejudiciului*"⁴, nu si la revocarea din functie a administratorului, asta pentru ca revocarea din functie a administratorului este un efect de drept al actiunii in raspundere sau, in cazurile prevazute de lege, poate fi efectul unei decizii a adunarii generale. De principiu, fiind vorba de o actiune in raspundere este posibila atat repararea prejudiciului in natura, cat si prin echivalent. Temeiul unei astfel de actiuni poate atat contractual, cat si delictual, dupa cum obligatiile nerespectate pot avea izvor contractual, respectiv legal, iar textul de lege al art. 220 Cod Civil, intareste aceasta teza prin formularea "*încălcarea îndatoririlor stabilite în sarcina lor*", astfel ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

Dupa cum aratat, actiunea in raspundere contra administratorilor, va fi solutionata conform normelor generale cuprinse in Codul de Procedura Civila, dar si a normelor speciale din Legea societatilor comerciale 31/1990. Aceasta este regula. Dar, in cazul in care actiunea in raspundere contra administratorilor este formulata in cadrul procedurii falimentului, ea va fi supusa, pe langa normelor generale din Codul de procedura civila, si normelor speciale din Legea Insolventei nr. 85/2006.

Calitatea procesuala activa apartine societatii, iar numele societatii, adunarea generala va lua hotararea de introducere a actiunii, dar si hotararea de numire a unui reprezentant.

Ambele decizii vor fi luate in conditiile de cvorum si majoritate prevazute de lege, la art. 112: "*pentru validitatea deliberarilor adunarii generale ordinară este necesara prezenta actionarilor care sa detina cel putin o patrimă din numarul total de drepturi de vot. Hotararile adunarii generale ordinare se iau cu majoritatea voturilor exprimate. Actul constitutiv poate prevedea cerinte mai ridicate de cvorum si majoritate*". Desi acet articol, ca norma speciala, instituie o situatie de derogare de la prevederile legale de cvorum si majoritate, consideram, ca in spiritul Noului Cod Civil, prioritare sunt prevederile legale, dupa cum rezulta din art. 220 Cod Civil "*...care va decide cu majoritatea cerută de lege, iar în lipsă, cu majoritatea cerută de prevederile statutare*". In temeiul art. 130 (2),

¹ Stanciu D. Carpenaru, Sorin David, Catalin Predoiu, Gheorghe Piperea, "*Legea societatilor comerciale. Comentariu pe articole*" Editia a 3-a, op.cit, p.517

² Crenguta Leaua, "*Societati Comerciale. Proceduri speciale*" Editia a 2-a, Editura C.H.Beck, Bucuresti 2009, p. 311

³ Stanciu D. Carpenaru, Sorin David, Catalin Predoiu, Gheorghe Piperea, "*Legea societatilor comerciale. Comentariu pe articole*" Editia a 3-a, op.cit, p.520

⁴ Crenguta Leaua, "*Societati Comerciale. Proceduri speciale*" op.cit., p. 315

votul secret este obligatoriu pentru hotararile referitoare la raspunderea membrilor organelor de administrare.

Potrivit vechiului Cod de procedura Civila, astfel de litigii erau supuse normelor inscrie in Cartea VI “Proceduri speciale”, Titlul XIV “Dispozitii privind solutionarea litigiilor intre profesionisti”, dar conform noului Cod de procedura civila, nu mai exista un titlu special, dedicat acestei categorii de litigii, astfel incat ele vor fi supuse regulilor generale.

Principalul efect al introducerii actiunii in raspundere contra administratorului este incetarea de drept a mandatului a acestuia. Art. 220 din Codul Civil: “daca s-a hotarat introducerea actiunii in raspundere impotriva administratorilor, mandatul acestora inceteaza de drept si organul de conducere competent va proceda la inlocuirea lor”. Prin urmare, un al doilea efect va fi inlocuirea administratorilor vizati de actiunea in raspundere. Totusi, din punct de vedere cronologic, hotararea de introducere a actiunii in raspundere si inlocuirea administratorilor nu coincid, pentru ca numirea unui nou administrator trebuie sa aiba loc in conditiile prevazute de lege, cu respectarea tuturor formalitatilor. Pana la acea data inasa, va putea fi numit un administrator provizoriu, care va tinut sa convoace adunarea generala ordinara pentru alegerea administratorului definitiv. De fapt, *“incetarea de drept a mandatului administratorilor, are natura juridica a unei sanctiuni, aplicate de adunarea generala administratorilor prezumati a fi creat prejudicii societatii”*¹. Din natura juridica de sanctiune, pe care o are incetarea de drept a mandatului, deriva si o a treia consecinta a introducerii actiunii in raspundere contra administratorului: constatarea prejudiciului suferit de societate. Practic, momentul in care adunarea generala decide introducerea actiunii impotriva administratorilor, se constata o stare de prejudiciu a societatii, prejudiciu care trebuie reparat, acesta fiind, de fapt, si obiectul actiunii in raspundere.

Dat fiind caracterul social al actiunii in raspundere, efectele acestei actiuni se vor rasfrange asupra intregii societati, indiferent daca actiunea a fost introdusa prin vointa adunarii generale sau prin vointa unor actionari minoritari. Administratorul ce va fi gasit culpabil, va fi obligat la repararea prejudiciului, in caz contrar putand face obiectul unei executari silite.

In ceea ce priveste prescriptia dreptului la actiune, Noul Cod Civil face urmatoarele precizari conform art. 2528: “prescriptia dreptului la actiune in repararea unei pagube care a fost cauzata printr-o fapta ilicita incepe sa curga de la data cand pagubitul a cunoscut sau trebuia sa cunoasca atat paguba cat si pe cel care raspunde de ea”. Dat fiind obiectul patrimonial al actiunii in raspundere contra administratorilor, dreptul la actiune este supus prescriptiei extinctive, asa cum rezulta din art. 2501 Cod Civil, al carei termen este de 3 ani, conform art. 2517 Cod Civil, dar nu putem exclude situatia in care acest termen de prescriptie, sa faca obiectul unei legi speciale.

VI. Concluzii

Studiul si-a propus, in principal, analiza institutiei raspunderii administratorilor, dar si actiunii in raspundere contra administratorilor, din perspectiva Noului Cod Civil si legilor speciale existente.

Desi Legea nr. 31/1990 privind Societatile are un caracter special, derogator, credem ca raspunderea administratorilor trebuie analizata in spiritul Noului Cod Civil, dat fiind faptul ca este norma mai noua si reprezinta ultimul punct de vedere al legiuitorului in domeniu.

De exemplu, hotararea de introducere a actiunii in raspundere, conform legii nr. 31/1990 se poate lua respectand prevederile legale de cvorum si majoritate sau a celor statutare, pe cand Noul Cod Civil da prioritate clara normelor legale.

Prin urmare, in astfel de situatii, trebuie avut in vedere faptul ca Noul Cod Civil formeaza o noua tendinta, tendinta ce, in mod normal, va trebui sa duca spre o modificare a legilor speciale existente, pentru o armonizare, spre evitarea contradictiilor legislative.

¹ Cristian Dutescu, “Drepturile actionarilor”, Editia a 3-a, Ed. C.H.Beck, Bucuresti, 2010, p. 346

Dincolo de aceste aspecte, prezenta lucrare nu reprezintă doar o evaluare a schimbărilor produse la nivel legislativ, ci o încercare de evaluare a unei institutii consacrate, raportată la noile tendințe legislative ale Codului Civil, sens în care ar fi binevenit studiu aprofundat asupra punctelor de legatură între Legea Societăților nr.31/1990 și Noul Cod Civil, cu o reevaluare a principalelor institutii, spre o mai bună fundamentare și uniformizare a doctrinei.

Bibliografie:

- Adam Ioan, Savu Codrut Nicolae, Legea societăților comerciale. Comentarii și explicații, Ed. C.H. Beck, București, 2010
- Capatina Octavian, Societățile Comerciale, Editia a 2-a, Ed. Lumina Lex, București, 1996
- Carpenaru Stanciu D., Tratat de Drept Comercial Roman, editia a III –a, Ed. Universul Juridic, București, 2012
- Carpenaru Stanciu D., David Sorin, Predoiu Catalin, Piperea Gheorghe, Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole, Editia a 3-a, Ed. C.H.Beck, București 2006
- Catana Radu N., Obligația de diligență și prudență a administratorilor în contextul reformei dreptului societăților comerciale, Ad honorem Stanciu D. Carpenaru, Ed. C.H. Beck, București, 2006;
- Costin Mircea N., Costin Calin M., Raspunderea administratorilor în lumina legii nr. 31/1990 republicată și legii nr. 85/2006, Revista de drept comercial, nr. 11/2006, Ed. Lumina Lex, București 2006
- Daghie Dragos-Mihail, Raspunderea administratorilor societății comerciale pe acțiuni (I), Revista de drept comercial, nr. 11/2012, Ed. Lumina Lex, București 2012
- Daghie Dragos-Mihail, Raspunderea administratorilor societății comerciale pe acțiuni(II), Revista de drept comercial, nr. 12/2012, Ed. Lumina Lex, București 2012
- Dutescu Cristian, Drepturile acționarilor, Editia a 3-a, Ed. C.H.Beck, București, 2010
- Leaua Crenguta, Societăți Comerciale. Proceduri speciale, Editia a 2-a, Editura C.H.Beck, București 2009
- Munteanu Emanoil, Regimul juridic al administratorilor societăților comerciale pe acțiuni, Ed. All Beck, București, 2000
- Piperea Gheorghe, Drept Comercial. Întreprinderea, Ed. C.H.Beck, București, 2012;
- Piperea Gheorghe, Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare, Ed. All Beck, București 1998,
- Popovici Corina, Raspunderea administratorilor societăților comerciale, Revista de drept comercial, nr. 7-8/2002, Ed. Lumina Lex, București 2002.
- Todica Carmen, Considerații privind acțiune în răspundere a organelor de administrare ale persoanei juridice în viziunea Noului Cod Civil, Curierul Judiciar nr. 5/2012, Ed. C.H.Beck
- Tulească Luminița, Dreptul Comerțului Internațional, Ed. a II a, Universul Juridic, București, 2011
- Tulească Luminița, Falimentul băncilor și societăților de asigurări, Ed. Universul Juridic, București, 2010
- Tulească Luminița, The liability for banks insolvency, CKS–eBook 2010, Ed. Pro Universitaria, București, 2010
- Turcu Ion, Tratat de insolvență, Ed. C.H. Beck, București, 2006

LICHIDAREA AVERII DEBITORULUI AFLAT ÎN PROCEDURA FALIMENTULUI

Florin Lucian PALIȚĂ*

Abstract

Lichidarea societății aflate în procedura falimentului este un proces complex ce constă într-un ansamblu de operațiuni care au ca scop încasarea creanțelor societății, transformarea bunurilor societății în bani, plata datoriilor societății și împartirea activului net între asociați.

Statistica ne indică faptul că, în cele mai multe situații, debitorul aflat în procedura insolvenței nu reușește redresarea activității sale și intră în procedura falimentului, iar averea sa este lichidată.

În lucrarea ce urmează voi analiza procesul de lichidare a averii debitorului aflat în procedura falimentului, compararea acestuia cu lichidarea obișnuită a patrimoniului unei agent economice, așa cum este reglementat de legislația în vigoare română și europeană, și de asemenea voi face legătura cu realitatea prin intermediul practicii judiciare de specialitate.

Cuvinte cheie: lichidarea averii debitorului, faliment, insolvență, datorii, creditor

1. Introducere

Afacerea, ca activitate, se definește prin risc. Riscul, adică șansa de câștig sau posibilitatea de pierdere, este un atribut esențial al economiei de piață liberă, funcțională, atribut care justifică libera concurență.¹

Falimentul poate produce mediului economic aceleași efecte devastatoare pe care o maladie le induce corpului uman, așadar putem considera lichidarea debitorului aflat în procedura falimentului ca pe o vindecare a mediului de afaceri întrucât dacă o societate falimentară este menținută în câmpul afacerilor există riscul declanșării în lanț a falimentelor colaboratorilor societății falimentare.

„Procedura lichidării „este destinată eliminării întreprinderilor economice condamnate”², a întreprinderilor care -în mod evident- nu mai pot fi salvate și, are ca obiectiv lichidarea în cele mai bune condiții a activului patrimonial al debitorului, în interesul creditorilor acestuia”³.

Lichidarea averii debitorului aflat în procedura insolvenței nu trebuie văzută ca pe un stigmat ci mai degrabă ca pe o revitalizare a pieței datorită eliminării unui element negativ și reintroducerea în circuitul economic a activelor debitorului care nu a putut să le folosească corespunzător.

Am ales să analizez problema lichidării averii debitorului aflat în procedura falimentului întrucât această temă prezintă un interes deosebit și la nivel macroeconomic, care se confruntă în prezent cu o criză profundă manifestată prin numeroase companii care intră în faliment, iar în același timp am ocazia să asimilez noi cunoștințe cu privire la tema analizată.

Falimentul societăților comerciale este considerată oricând o temă actuală întrucât face parte din reînnoirea continuă a peisajului economic.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Româno-Americană” din București; (e-mail: lucian_palita@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Luminița Tulească (luminita.tuleasca@tuleasca.com).

¹ Gheorghe Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, 2008, ediția electronică p. 26

² G.Ripert/R.Roblot, Philippe Delebecque, Michel Germain, *Traite de droit commercial*, tome 2, 16e edition, L.G.D.J, Paris, 2000, p.787;

³ Luminița Tulească, *The Rights of Creditors and The Purpose of Insolvency Proceedings in Romanian Law*, EuroEconomica nr.1/2012, Analele Universității Danubius, Danubius University Press, 2012, p.52

„Literatura economică consideră că închiderea întreprinderilor reprezintă un element compatibil cu dezvoltarea economică într-o economie globală, aspect recunoscut, de asemenea, în Carta europeană pentru întreprinderile mici.¹ Astfel, o rată de supraviețuire scăzută nu constituie în mod necesar un motiv de preocupare - intrarea de noi întreprinderi face parte din procesul prin intermediul căruia antreprenorii reacționează la realitatea pieței.”²

Prin această lucrare îmi propun să analizez situația economico-financiară, atât în perioada pre-falimentară, falimentară, dar și procedura de preluare a bunurilor firmei, conform Legii 85/2006.

Prin analiza cuprinzătoare și aprofundată a problemelor abordate, ca și prin soluțiile date și informația bibliografică de specialitate, lucrarea de față contribuie la o mai bună cunoaștere a reglementării legale privind procedura insolventei.

Drept urmare, acest studiu poate constitui un instrument de lucru pentru cei interesați în cunoașterea prezentei teme.

2. Conținutul lucrării

Lichidarea societății comerciale constă într-un ansamblu de operațiuni care au ca scop încasarea creanțelor societății, transformarea bunurilor societății în bani, plata datoriilor societății și împartirea activului net între asociați.

Operațiunea de **lichidare judiciară** a averii debitorului presupune stabilirea și conservarea activului patrimonial prin măsuri specifice de indentificare, inventariere, sigilare și conservare a bunurilor debitorului, efectuarea lichidării în sens de vânzare a bunurilor debitorului și distribuirea sumelor realizate în urma lichidării și este organizată în interesul prioritar al creditorilor debitorului insolvent.³

Insolvența este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor banesti disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile.⁴

În această lucrare voi avea în vedere lichidarea societăților comerciale aflate în procedura falimentului.

Înainte de a trece la etapa propriu-zisă a lichidării, este necesară o stabilire concretă a activului brut al societății. În acest sens, lichidatorul va avea de parcurs câteva etape premergătoare: identificarea bunurilor din averea debitorului, inventarierea, aplicarea sigiliilor, întocmirea listei bunurilor și unele măsuri de conservare a bunurilor din averea debitorului.

Averea debitorului este definită de legea 85/2006 ca fiind totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale - inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolventei -, care pot face obiectul executării silite, în condițiile reglementate de Codul de procedură civilă.

3. COMPARAȚIE ÎNTRE LICHIDAREA OBIȘNUITĂ A PATRIMONIULUI UNUI AGENT ECONOMIC ȘI LICHIDAREA AVERII DEBITORULUI AFLAT ÎN PROCEDURA FALIMENTULUI

Lichidarea obișnuită, adică cea reglementată de legea 31/1990 se deosebește de lichidarea din cadrul procedurii falimentului prin faptul că, în cazul lichidării obișnuite instanța judecătorească are un rol redus, intervenind doar în cazuri excepționale. Operațiunile care fac obiectul acesteia sunt

¹ http://ec.europa.eu/enterprise/standards_policy/index_en.htm

² Comunicare a Comisiei către Consiliu, către Parlamentul european, către Comitetul economic și social european și către Comitetul Regiunilor - Depășirea stigmatizării eșecului în afaceri - pentru o politică a celei de-a doua șanse - Punerea în aplicare a parteneriatului de la Lisabona pentru creștere și locuri de muncă /* COM/2007/0584 final */ în <http://eur-lex.europa.eu>

³ Luminița Tulească, Falimentul băncilor și societăților de asigurări, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 249

⁴ Art. 3, alin. (1) din legea 85/2006 privind procedura insolventei

desfașurate de lichidatori pe cand lichidarea averii debitorului prevazuta de legea 85/1990 are un caracter judiciar.

Procedura la care este supus debitorul aflat în faliment este o procedura judiciară. Potrivit legii, toate actele și operațiunile pe care le implică procedura falimentului sunt reglementate de lege și se realizează sub control judiciar de către organele investite cu aplicarea procedurii (instanțele judecătorești, judecătorul sindic, administratorul judiciar și lichidatorul).

Prin caracterul său judiciar, procedura insolvenței constituie un mijloc de protecție, atât pentru creditori cât și pentru debitor.¹

„O alta deosebire consta în faptul ca lichidarea obișnuită a unei societăți se face în principal în interesul asociațiilor²; ei au dreptul să primească contravaloarea aporturilor lor. Desigur prin reglementarea lichidării sunt avute în vedere și interesele creditorilor societății, dar numai în mod secundar. Întrădevăr, asociații nu pot primi nici o sumă de bani în contul părților ce li s-ar cuveni din lichidare, înaintea achitării creanțelor creditorilor societății. Interesul asociațiilor imprimă specificitatea acestei lichidări și o deosebește de procedura falimentului, care este menită să ocrotească, în mod precumpănitor, interesele creditorilor.”³

Deasemenea lichidarea averii unei societăți în condițiile legii 31/1990 poate fi ceruta numai de asociați cu excluderea creditorilor pe când lichidarea debitorului insolvent în condițiile legii 85/2006 poate fi ceruta și de creditori.

Pentru îndeplinirea tuturor operațiunilor care fac obiectul lichidării obișnuite în condițiile legii 31/1990, asociații societății sunt liberi să numească lichidatorii și să stabilească puterile acestora (art. 255 din legea 31/1990), iar în cazul procedurii prevăzute de legislația falimentului, lichidatorul va fi desemnat de judecătorul-sindic la propunerea creditorilor (art. 11 lit. c) din legea 85/2006).

Ca o ultima deosebire menționăm faptul că în ceea ce privește lichidarea obișnuită asociații sunt liberi să stabilească condiții de lichidare a patrimoniului societății prin actul constitutiv în măsura în care acestea nu încalca dispozițiile legii, iar în cazul lichidării prevăzute de legea 85/2006 asociațiilor nu le este atribuit un asemenea drept.

4. STABILIREA ACTIVULUI BRUT AL SOCIETĂȚII

Prin hotărârea de trecere la faliment, judecătorul-sindic dispune notificarea tribunalelor din țară în vederea sigilării bunurilor debitorului, care s-ar putea afla în raza teritorială a acestora.⁴

Punerea bunurilor debitorului sub sigiliu are semnificația preluării efective a controlului asupra bunurilor de către lichidator și asigurarea pazei lor spre deosebire de preluarea simbolică realizată prin inventarierea acestora.⁵

Vor fi puse sub sigilii: magazinele, magaziiile, depozitele, birourile, corespondența comercială, arhiva, dispozitivele de stocare și prelucrare a informației, contractele, mărfurile și orice alte bunuri mobile aparținând averii debitorului. – Art. 113 alin. (1) din Lg. 85/2006

Este cerută punerea sub sigilii a tuturor bunurilor și informațiilor deținute de către societate, mai puțin cele ce (din motive de perisabilitate) trebuie valorificate cât mai repede sau acele bunuri cu care se operează (registrele de contabilitate) sau asupra cărora trebuie operat (numerar sau titluri de valoare etc.).

Cerința de punerea sub sigilii a bunurilor trebuie în anumite cazuri interpretată diferențiat: chiar dacă bunurile nu trebuie sau nu pot fi valorificate imediat pot exista cazuri (cum ar fi

¹ Stanciu D. Carpenaru, *Tratat de drept comercial roman*, editia a III-a, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2012, p. 681; Luminița Tuleașcă, *Falimentul băncilor și societăților de asigurări*, op.cit., p.118;

² Luminița Tuleașcă, *Dreptul Comertului International*, Ed. a II a, Universul Juridic, Bucuresti, 2011, p. 97-98;

³ Stanciu D. Carpenaru, *Tratat de drept comercial roman*, op. cit., p. 328

⁴ Gheorghe Piperea, *Insolventa: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, 2008, p. 686

⁵ Luminița Tuleașcă, *Falimentul băncilor și societăților de asigurări*, op. cit., p. 251

necesitatea practică de continuare a activității) în care sigilarea nu este posibilă (ori nu este recomandabilă).¹

În astfel de cazuri această cerință legală urmează să fie satisfăcută în cazul în care lichidatorul poate să facă dovada că a luat acele măsuri care să dovedească în mod rezonabil că a preluat controlul asupra bunurilor (de exemplu, paza acestora este asigurată și/sau o evidență strictă și controlabilă a mișcărilor respectivelor bunuri este ținută de sau sub controlul lichidatorului).

Aceasta face ca oricând să poată fi reconstituit un inventar la momentul inițial (momentul la care ar fi trebuit să aibă loc sigilarea bunurilor).

Această abordare alternativă trebuie avută în vedere și în cazul în care volumul de activitate necesar pentru finalizarea activității de sigilare face ca aceasta să se întindă peste o perioadă de timp semnificativă.

De precizat ca, în operațiunile de stabilire a masei active, implicarea debitorului este minimă, acesta având doar obligația (și nu dreptul) de a semna inventarul.² Rolul comitetului creditorilor se reduce și el la aprobarea angajării unui evaluator sau a unei vânzări neobisnuite, înainte de afisarea tabelului definitiv consolidat.³

Având în vedere că de multe ori, acolo unde se pune problema evaluării ansamblului sau a unor mai multe ansambluri în stare de funcționare, acest lucru necesită un interval de timp apreciabil datorită lucrărilor de evaluare laborioase, se impune practic semnarea inventarului fără ca acesta să cuprindă valoarea aproximativă a bunurilor, urmând ca această informație să fi adăugată ulterior.⁴

Lichidatorul va stabili care bunuri vor trebui valorificate de urgență și care sunt strategiile de punere în valoare a bunurilor, astfel încât valorificarea lor să fie maximă, să determine gradul de perisabilitate a bunurilor, iar în funcție de acesta, să treacă la valorificarea de urgență a acestora sau la depozitarea temporară și conservarea lor până la finalizarea inventarului și să ia măsuri de conservare cu costuri care să nu fie disproporționat de mari în raport cu valoarea bunurilor, cu lichiditățile posibil de obținut prin valorificarea lor și cu posibilitățile materiale ale debitorului în vederea conservării bunurilor.

Scopul evaluării este stabilirea valorii maxim posibilă a averii debitorului. În vederea creșterii la maximum a valorii averii debitorului, evaluatorul va evalua bunurile din averea debitorului atât individual cât și în bloc, având obligația să recomande cea mai bună variantă.⁵

Inventarierea bunurilor debitorului constituie etapa imediat premergătoare lichidării. În special în cazul proprietăților industriale, pe parcursul inventarierii, lichidatorul, asistat eventual de expertul evaluator, va trebui să determine o imagine cât mai fidelă a activului și pasivului debitorului, ținând cont de condițiile specifice trecerii la închiderea operațională.⁶

Principalele active, imobile, mașini și echipamente, și mijloace de transport vor fi analizate pe fișe individuale atât din perspectiva tehnică, cât și din perspectiva modului în care ele vor putea fi valorificate.⁷

Efectuarea inventarului necesită prezența debitorului, acesta din urmă fiind obligat să asiste la inventariere atunci când judecătorul-sindic dispune aceasta. Omisiunea debitorului de a participa la inventariere nu duce la nulitatea inventarierii, ci la lipsirea de bitorului de dreptul de a contesta inventarul. Judecătorul-sindic, poate dispune ca, la întocmirea listelor de inventariere, să participe și

¹ Ministerul Justiției, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, 2006, p. 135

² Art. 115, alin. (2) din legea 85/2006

³ Gheorghe Piperea, op. cit., p. 686

⁴ Ministerul Justiției, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, 2006, p. 137

⁵ Ministerul Justiției, Noțiuni de economie aplicate procedurii de insolvență, 2006

⁶ Ministerul Justiției, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, 2006, p. 142

⁷ Ibidem

un expert evaluator, pe cheltuiiala averii debitorului. Numirea expertului se va face atunci cand exista dificultati in aprecierea valorii bunurilor debitorului, care se pot referii la vechimea bunurilor, gradul de uzura sau alte elemente.¹

Potrivit legii, pe masura desfasurarii operatiunii de inventariere, lichidatorul ia in posesie (in realitate, in detentiune) bunurile debitorului, devenind depozitarul lor judiciar, cu toate consecintele care decurg din aceasta calitate. Lichidatorul va trebui sa ia toate masurile care se impun pentru pastrarea si paza bunurilor.²

În vederea conservarii patrimoniului, în cazul în care în averea debitoarei nu exista suficiente lichiditati, lichidatorul va putea valorifica de urgenta bunuri ale debitorului pentru obtinerea acestor lichiditati fara aprobarea creditorilor. Valorificarea se va efectua prin licitatie publica, dupa evaluarea prealabila, pornind de la valoarea de lichidare indicata de evaluator. – Art. 115 alin (3) din Lg. 85/2006

5. LICHIDAREA PROPRIU-ZISA A BUNURILOR DIN AVEREA DEBITORULUI

Bunurile debitorului stabilite in etapele anterioare se lichideaza prin vanzare pentru a acoperii creantele creditorilor. Vanzarea acestora incepe imediat ce a fost incheiata inventarierea.

„Avind obligatia maximizarii valorii averii debitorului lichidatorului i se acorda si posibilitatea propunerii metodei de realizare a acestui deziderat, respectiv a metodei de vanzare a bunurilor: licitatie publica, negociere directa sau o combinatie a celor doua, metoda ce va fi obligatoriu aprobata de adunarea generala a creditorilor, pe baza propunerii lichidatorului si a recomandarii comitetului creditorilor³. Lichidatorul va prezenta si regulamentul de vanzare corespunzator⁴.”

Lichidatorul va prezenta comitetului creditorilor un raport care va cuprinde evaluarea bunurilor si metoda de valorificare a acestora si în care se va preciza daca vânzarea se va face în bloc sau individual ori o combinatie a acestora, prin licitatie publica sau negociere directa sau prin ambele metode.

În cazul în care se propune vânzarea în bloc prin negociere directa, lichidatorul va putea propune, în baza ofertelor primite, începerea negocierii cu unul sau mai multi cumparatori identificati, cu precizarea conditiilor de plata si a pretului minim de pornire a negocierii, care nu poate fi inferior pretului de evaluare.

Lichidatorul va convoca adunarea generala a creditorilor în termen de maximum 20 de zile de la data sedintei comitetului creditorilor, înstiintându-i pe creditorii despre posibilitatea studierii raportului si a procesului-verbal al sedintei comitetului creditorilor privind raportul.

Pentru maximizarea averii debitorului lichidatorul trebuie sa depuna toate diligentele pentru o buna expunere la piata, cheltuielile de publicitate fiind suportate din averea debitorului. Bunurile pot fi vandute prin licitatie publica, prin negociere directa sau prin ambele metode.

Daca asupra unor bunuri din activul societatii, ce vor fi vandute in bloc, sunt constituite garantii, partea din pretul vanzarii in bloc asupra careia este constituita o garantie va fi distribuita catre creditorul garantat si numai diferenta se va distribui spre restul creditorilor.

Lichidarea va începe îndată după finalizarea de către lichidator a inventarierii și depunerea raportului de evaluare.

¹ Gheorghe Piperea, op. cit. p. 687

² Stanciu D. Carpenaru, *Tratat de drept comercial roman*, editia a III-a, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2012, p. 763

³ Detalii in: A.-I.Sarcane, R.Bufan, “*Analiza comparativa a vanzarii prin negociere directa si a vanzarii prin licitatie in procedurile Legii nr.64/1995*”, in *Revista Phonix* nr.5/2003, p.24; N.Cazacu, “*Licitatiile publice – instrument la indemina lichidatorului*”, *Revista Phoenix* nr.5/2003, p.7;

⁴ Luminița Tuleașcă, *Falimentul băncilor și societăților de asigurări*, op.cit., 252 -253;

Bunurile vor putea fi vândute în bloc - ca ansamblu în stare de funcționare - sau individual. Metoda de vânzare a bunurilor, respectiv licitație publică, negociere directă sau o combinație a celor două, va fi aprobată de adunarea creditorilor, pe baza propunerii lichidatorului.

Lichidatorul prezintă adunării generale a creditorilor și regulamentul de vânzare corespunzător modalității de vânzare pentru care optează.

Dacă lichidatorul propune vânzarea unor bunuri în bloc, acesta trebuie să facă o analiză de oportunitate a vânzării în care se va menționa: tipul activelor, atractivitatea pe piață, măsura în care ar putea constitui suportul unei noi afaceri de sine stătătoare.¹

Ca bună practică, în cazul inactivității creditorilor, când nici la a doua convocare a adunării creditorilor nu este întrunit cvorumul de 30%, și nu s-a înregistrat nici o contestație împotriva raportului, considerăm că suntem în prezența „aprobării tacite”, și anume lichidatorul să solicite judecătorului-sindic să constate că raportul a fost aprobat tacit. În acest fel s-ar evita situațiile de blocaj care ar conduce la încălcarea principiului celerității.²

Atunci când vânzarea se face prin licitație publică, procesul-verbal de adjudecare semnat de lichidator constituie titlu de proprietate.

Bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau lichidator, în exercițiul atribuțiilor sale prevăzute de prezenta lege, sunt dobândite libere de orice sarcini, precum ipoteci, garanții reale mobiliare sau drepturi de retenție, de orice fel, ori măsuri asiguratorii, inclusiv măsurile asiguratorii instituite în cursul procesului penal. – Art. 53 din legea 85/2006.

Etapela vânzării bunurilor din averea debitorului pot fi simplificate după cum urmează:

- alegerea metodei de vânzare și întocmirea regulamentului de vânzare;
- aprobarea propunerii de vânzare, la propunerea comitetului creditorilor, prin hotărâre a adunării creditorilor;
- expunerea pe piață a activelor (marketing, reclama, facilitati de vânzare) și, în general, prezentarea activelor; în practica, în cazurile complexe, se elaborează fie un „memorandum de prezentare”, fie, urmand sintagma din legislatia privatizarii, un „caiet de sarcini”;
- negocierea sau derularea procedurilor de licitație și efectuarea vânzării; trebuie ținut cont de limitele negocierii, eventual fixate de hotărârea adunării creditorilor, precum și de faptul că prețul de piață în cazul vânzării în faliment este complet diferit față de prețul de piață în cazul unor societăți *in bonis* (în stare de funcționare);
- adjudecarea și încheierea contractelor de vânzare-cumpărare;
- încasarea prețului³

În cazul vânzării imobilelor, în cazul în care este identificat prin negociere directă un cumpărător care promite să facă achiziția la un preț ferm, lichidatorul va supune respectiva propunere de vânzare acordului judecătorului-sindic și al creditorilor garanțați, ca fiind prețul minim de plecare pentru o licitație de supraofertare în care promitentul cumpărător identificat va avea drept de preferință.

Jurisprudența a stabilit că este valabilă vânzarea făcută către unul din licitatori la preț egal, dacă acesta a plătit integral prețul oferit și dacă în regulamentul de licitație aprobat de către creditori și confirmat de către judecătorul-sindic se prevede expres clauza preferențială la preț egal, iar regulamentul nu a fost contestat sub acest aspect înainte de licitație.⁴

Este recomandabil ca propunerea de vânzare formulată de lichidator să conțină pasul de supraofertare, mențiunea referitoare la publicarea unui anunț privind condițiile de supraofertare și mențiunea că vânzarea nu va putea fi făcută decât după 30 de zile de la publicarea acestui ultim anunț.

¹ Luminița Tuleașcă, Falimentul băncilor și societăților de asigurări, op. cit., p. 253

² Ministerul Justiției, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, 2006, p. 145

³ Gheorghe Piperea, op. cit. p. 690

⁴ Tribunalul Satu Mare, Sentința nr. 2205 din 27.10.2003

În practica judiciară din domeniul insolvenței, s-au adoptat cu caracter obligatoriu reglementările cuprinse în Codul de procedură civilă referitoare la:

- conținutul publicațiilor de vânzare
- locul de afișare a publicațiilor de vânzare, dublat de o publicitate mai intensă decât cea a executorilor care o fac doar facultativ
- obligativitatea depunerii unei garanții de cel puțin de 10% din prețul de evaluare
- stabilirea termenelor pentru ținerea licitației/supraofertare
- prețul de la care începe licitația este prețul de evaluare/prețul de vânzare în cazul supraofertării
- conținutul procesului-verbal de licitație
- predarea bunurilor adjudecate după achitarea prețului

De asemenea, se recomandă ca regulamentul de vânzare întocmit de lichidator să cuprindă următoarele

- date despre bunurile ce fac obiectul vânzării, care pot fi terenuri, construcții, mijloace fixe de natura utilajelor sau obiectelor de inventar, stocuri, creanțe, etc.
- situația juridică a activelor
- condiții de participare la licitație, documente necesare pentru participanți
- detalii despre comisia de licitație și despre desfășurarea licitației
- informații privind procedura ulterioară desfășurării licitației¹

Valorile mobiliare vor fi vândute în condițiile Legii nr. 297/2004, cu modificările și completările ulterioare. Valorile mobiliare pot fi acțiunile, obligațiunile, instrumentele financiare derivate sau orice alte titluri de credit încadrate de Comisia Națională a Valorilor Mobiliare în această categorie. Valorile mobiliare deținute de debitoare pot fi vândute numai prin intermediul societăților de servicii de investiții financiare sau al altor intermediari autorizați de C.N.V.M.

Pentru vânzarea în bloc a activelor debitorului prin negociere directă, Legea insolvenței stabilește, unele formalități speciale ale vânzării, toate prevăzute sub sancțiunea nulității.

Astfel, în cazul propunerii de vânzare în bloc, lichidatorul va prezenta comitetului creditorilor un raport în care vor fi indicate, descrise și evaluate bunurile ce urmează a fi vândute împreună precizându-se și sarcinile de care, eventual, sunt grevate, însoțit de propuneri vizând modalitățile de vânzare. Acestea sunt:

(i) vânzare prin negociere directă către un cumparator deja identificat, cu precizarea condițiilor minime ale contractului, cum ar fi prețul și modalitatea de plată;

(ii) vânzare prin negociere directă, fără cumparator identificat, cu precizarea pretului minim propus;

(iii) vânzarea la licitație²

Atunci când vânzarea imobilelor se face prin licitație publică, Procesul-Verbal de Adjudecare reprezintă titlu de proprietate, fiind suficient, și în situațiile prevăzute de Legea privind procedura insolvenței, pentru înscrierea în registrele de publicitate imobiliară a dreptului de proprietate asupra respectivului imobil în favoarea cumpărătorului.³

La fiecare 3 luni, calculate de la data începerii lichidării și cuprinse într-un program de administrare a lichidării care trebuie întocmit în 30 de zile de la numire, lichidatorul va prezenta comitetului creditorilor un raport asupra fondurilor obținute din lichidare și din încasarea de creanțe și un plan de distribuire între creditori. Raportul va prevedea și plata remunerației sale și a celorlalte cheltuieli prevăzute la art. 123 pct. 1.

¹ Ministerul Justiției, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, 2006, p. 145, 146

² Gheorghe Piperea, op. cit. p. 691, 692

³ Ministerul Justiției, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, 2006, p. 146

„Lichidarea tuturor bunurilor debitorului este destinata acoperirii pasivului acestuia astfel incit, sumele de bani obtinute din lichidarea bunurilor, din incasarea creantelor debitorului impotriva unor terti si vnzarea bunurilor din patrimoniul asociatilor cu raspundere nelimitata vor fi distribuite creditorilor indreptatiti sa participe la procedura”¹.

6. Concluzii

În lucrarea de față, am prezentat amanuntit etapele parcurse pentru lichidarea bunurilor din averea debitorului aflat în procedura insolvenței, fiind un ansamblu de operațiuni prin care, sub controlul judecătorului sindic, lichidatorul procedează la identificarea, inventarierea, evaluarea și vânzarea bunurilor din averea debitorului aflat în procedura insolvenței.

Indiferent de forma juridică a societății comerciale, ansamblul de operațiuni efectuate în etapa lichidării au ca scop terminarea operațiunilor comerciale aflate în curs la data dizolvării societății, încasarea creantelor societății, transformarea bunurilor societății în bani, plata datoriilor acesteia și împartirea activului net între asociați.

Lichidarea averii debitorului, deși uneori este varianta mai rapidă de recuperare măcar în parte a sumelor datorate de debitor (în viziunea creditorilor garanți și bugetari), nu satisface întotdeauna funcția de maximizare a averii debitorului prevăzută de legea procedurii insolvenței. Nu poate fi ignorat scopul procedurii de insolvență care presupune alegerea acelei proceduri care va determina acoperirea în cât mai mare măsură a pasivului debitorului.

În anumite circumstanțe, lichidarea societății este cea mai bună opțiune pentru că nimic nu poate justifica sacrificarea drepturilor creditorilor, dacă salvarea debitorului nu este posibilă.

O astfel de atitudine poate provoca insolvența în lanț partenerilor contractuali ai debitorului sau a întregului grup din care face parte debitorul, iar un asemenea rezultat trebuie evitat.

Întrucât 50% dintre întreprinderi nu supraviețuiesc primilor cinci ani de existență², iar falimentele reprezintă aproximativ 15%³ din toate cazurile de închidere a întreprinderilor, tema abordată în această lucrare va continua să suscite interesul autorilor de lucrări de specialitate cât și practicienilor din acest domeniu.

Referințe bibliografice:

- Stanciu D. Carpenaru, *Tratat de drept comercial roman*, editia a III-a, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2012
- Stanciu D. Carpenaru, Vasile Nemes, Mihai Adrian Hotca *Noua lege a insolventei. Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole*, 2006
- N.Cazacu, “Licitatiile publice – instrument la indemina lichidatorului”, *Revista Phoenix* nr.5/2003.
- Ministerul Justiției, *Suport pentru imbunatatirea si implementarea legislatiei si jurisprudentei in materie de faliment*, 2006
- Ministerul Justiției, *Noțiuni de economie aplicate procedurii de insolvență*, 2006
- Gheorghe Piperea, *Insolventa: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, 2008

¹ Luminița Tulească, *Falimentul băncilor și societăților de asigurări*, op. cit., p. 255,- 256

² Date culese din *European business. Facts and figures. Data 1995-2004*, Eurostat, 2006 și în *Comunicare a Comisiei către Consiliu, către Parlamentul european, către Comitetul economic și social european și către Comitetul Regiunilor - Depășirea stigmatizării eșecului în afaceri – pentru o politică a celei de-a doua șanse - Punerea în aplicare a parteneriatului de la Lisabona pentru creștere și locuri de muncă*, COM(2007) 584 final

³ Date indicate în A.C.P. de Koning, *Business failure and entrepreneurship in international perspective*, EIM Small Business Research and Consultancy, 1999; în *Comunicare a Comisiei către Consiliu, către Parlamentul european, către Comitetul economic și social european și către Comitetul Regiunilor - Depășirea stigmatizării eșecului în afaceri – pentru o politică a celei de-a doua șanse - Punerea în aplicare a parteneriatului de la Lisabona pentru creștere și locuri de muncă*, COM(2007) 584 final și în Luminița Tulească, *Falimentul băncilor și societăților de asigurări*, op. cit., p. 242

- G.Ripert/R.Roblot, Philippe Delebecque, Michel Germain, Traite de droit commercial, tome 2, 16e edition, L.G.D.J, Paris, 2000.
- Luminița Tulească, Falimentul băncilor și societăților de asigurări, Ed. Universul Juridic, București, 2010
- Luminița Tulească, Dreptul Comerțului Internațional, Ed. a II a, Universul Juridic, București, 2011
- Luminița Tulească, *The Rights of Creditors and The Purpose of Insolvency Proceedings in Romanian Law*, EuroEconomica nr.1/2012, Analele Universității Danubius, Danubius University Press, 2012

ASPECTE PRIVIND CONFLICTELE DE LEGI DIN DOMENIUL DREPTULUI DE AUTOR

Anca-Raluca BOLDEA ¹

Abstract:

It is of the essence of copyright to transcend national frontiers. The technological advances led to the character of universality for literary and artistic works, which imposed an adequate protection of author rights not only in the countries of origin, but also in the countries where they are exploited. In this context, the protection of author rights has developed both through the internal laws of each state and through the international conventions.

This study proposes to offer an insight into the condition of foreign authors, the applicable law, the international protection of related rights, by analyzing and comparing the Romanian legislation and the relevant international conventions applicable in this subject-matter.

Cuvinte cheie: drept de autor, conflict de legi, proprietate intelectuală, Legea 8/1996, Convenția de la Berna

Introducere

Această lucrare își propune să scoată în evidență conflictele de legi care pot exista în materie de drepturi de autor și creații intelectuale existente la momentul de față, atât în legislația internă, cât și în legislația internațională. Scopul acestor legi este de a le asigura autorilor și persoanelor titulare de drepturi de autor anumite garanții împotriva persoanelor care vor să le exploateze fără drept. Legiuitorii români au dorit să reglementeze acest drept și în țara noastră, chiar dacă România este parte la tratate și convențiile internaționale care au reglementat aceste drepturi chiar la nivel mondial. Acest studiu este scris ținând cont de legislația actuală existentă în materie, precum și de opiniile autorilor citați în cuprinsul acesteia. Lucrarea de față se dorește a fi un exercițiu de comparare între legislația internă și legislațiile existente la nivel internațional, axându-se în mod special pe convențiile internaționale și pe dispozițiile dreptului comunitar aplicabile în materie.

1. Considerații introductive privind evoluția istorică a protecției drepturilor de autor

Dreptul de autor, drept care în timp a dobândit o vocație de universalitate, în aplicarea sa depășește frontierele statale. Operele literare și artistice sunt create cu scopul de a fi cunoscute de către publicul larg. După cum s-a observat însă, tehnologia devansează cu mult legislația.² Etapa pe care o trăim este caracterizată printr-o necesitate de armonizare a regimurilor juridice pentru a răspunde nevoii actuale a diferitelor culturi. Acest lucru implică, de fapt, în domeniul protecției drepturilor de autor, o cooperare internațională, și nu o uniformizare.

Ideea de bază în jurul căreia s-a cristalizat protecția creației intelectuale este aceea că produsele spirituale nu pot fi protejate împotriva utilizării lor de către alte persoane, aidoma bunurilor materiale, prin simpla posesie. Odată ce produsul creației intelectuale este pus la dispoziția publicului, creatorul acesteia nu mai poate exercita controlul utilizării operei sale.³ A. Kéréver, în

¹ Studentă anul IV, Facultatea de Drept din cadrul Universității Nicolae Titulescu, e-mail: boldea.raluca@gmail.com, acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf.univ.dr Lupașcu Dan și Asis.univ. dr. Monica Popa

² Paul Popovici, *Copia privată în era digitală*, Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale nr. 2/ 2012, Editura Universul Juridic p.29

³ Viorel Roș, Dragoș Bogdan, Octavia Spineanu-Matei, *Dreptul de autor și drepturile conexe. Tratat*, All Beck, p.5

raportul său de la Congresul de la Bruxelles, pornește de la premisa că orice persoană are dreptul să ia parte la viața culturală a comunității sale și totodată, că fiecare are dreptul la protecția intereselor sale morale și materiale, decurgând din producția științifică, literară și artistică al cărei autor este.¹

Drepturile de autor pot fi definite ca „ansamblul normelor juridice care reglementează relațiile sociale care se nasc din crearea, publicarea și valorificarea operelor literare, artistice sau științifice”.² Premisele fundamentale pe care se bazează acestea se regăsesc în art. 27 al Declarației Universale a Drepturilor Omului, care consimte dreptul oricărei persoane de a se bucura de folosința dată creației sale precum și de a pretinde o remunerație în această calitate. Se asigură astfel autorului un monopol de exploatare asupra operei cu scopul de a îi aduce un venit și de a îl încuraja în activitatea sa creatoare. Interesul general limitează însă acest drept exclusiv al autorului, opera intrând după o anumită perioadă de timp în domeniul public.

De-a lungul istoriei au existat mai multe calificări ale acestui drept ca drept de proprietate, de clientelă, al bunurilor imateriale sau ca prelungire a personalității autorului, fiecare având criticile sale. Creația intelectuală are o existență abstractă. Ea este însă rezultatul unei activități creative și are valoare și, ca orice bun care are valoare, ea aparține celui care a creat-o.³ Dacă popoarele antice nu cunoșteau o protecție a dreptului moral, practicând negoțul cu diverse manuscrise, dacă în Evul Mediu transcrierea manuscriselor era un monopol al Bisericii, în secolul XV apariția tiparului lui Guttenberg a reprezentat o revoluție nu doar tehnologică, ci și culturală. „Geniul uman devine mai fecund; cărțile noi se multiplică; munca autorului, industria de librărie devin mai rentabile (...) Toți cei care, într-un mod mai mult sau mai puțin direct, obțin un profit legitim din activitatea intelectuală, simt nevoia de a recurge la protecția socială”⁴.

Apar din acest moment primele interdicții și primele privilegii privind dreptul și exclusivitatea tipăririi și multiplicării unor opere literare. Se cristalizează în Franța ideea că tipărirea și vânzarea cărților este un privilegiu concedat de autoritatea de stat prin interzicerea de către Francisc I a publicării și vânzării fără autorizarea prealabilă a Universității și a Facultății de Teologie, autorizare extinsă și pentru cărțile tipărite în străinătate. La sfârșitul secolului al XVII-lea se cristalizează conceptul de proprietate intelectuală, iar în secolul XVIII cel privind dreptul de autor. În 1777 Consiliul Regal francez constituie un Cod al proprietății literare, care conferă autorului dreptul de a revendica pentru el și moștenitorii săi perpetuitudinea privilegiului de a edita și vinde operele. În Anglia se adoptă în 1709 prima lege a dreptului de autor (Statute of Anne) prin care se acordă un drept de copyright pe o perioadă de 21 de ani pentru cărțile tipărite. Are loc o reglementare din ce în ce mai rapidă a drepturilor de autor în legislația tuturor statelor europene, inclusiv în România, unde se adoptă în 1862 Legea Presei, realizată după modelul legii franceze din 1793, completată apoi în 1904. Prin aceasta se recunoaște autorilor dreptul de a se bucura ca de o proprietate pe timpul vieții lor de dreptul de a reproduce, vinde sau ceda creația lor. Încep să apară în țara noastră primele lucrări consacrate în acest domeniu.

Un obiectiv constant urmărit în domeniul proprietății intelectuale este amenajarea unui regim juridic național care să asigure atât condiții optime procesului de creație cât și valorificarea și protejarea rezultatelor obținute. În condițiile frecvențelor încălcări ale drepturilor intelectuale, a escaladării fenomenului de contrafacere, protecția acestor drepturi devine o preocupare prioritară.⁵

¹ Y. Eminescu, *Dreptul de autor. Legea Nr. 8 din 14 martie 1996*, Editura Lumina Lex, 1997, p.8

² St. D. Cârpenaru, *Drept civil. Drepturile de creație intelectuală*, Universitatea București, 1971, p. 7

³ Viorel Roș, Dragoș Bogdan, Octavia Spineanu-Matei, *Dreptul de autor și drepturile conexe. Tratat*, All Beck, p.38

⁴ Adolphe B. Breulier, *Du droit de perpetuité de la propriété intellectuelle*, Paris, Auguste Durand Librairie, 1855, p.22, cit. în Y. Eminescu, *Dreptul de autor. Legea Nr. 8 din 14 martie 1996 comentată*, Lumina Lex, 1997, p. 18

⁵ Otilia Calmuschi, *Aspecte ale exigențelor procesului de armonizare privind asigurarea respectării drepturilor de proprietate intelectuală, o prioritate a legiuitorului român*, Revista Română de drept privat nr. 2/2007, Universul Juridic, p.26

Prin Legea 126/1923¹ autorilor români și străini le este asigurată protecția drepturilor, independent de îndeplinirea vreunei formalități și fără condiția reciprocității. În perioada comunistă, Decretul 321/1956 corespunde reglementărilor moderne existente la data elaborării. Se stabilește o reglementare unică a duratei drepturilor de autor dobândite prin transmisiunea succesorală, prin fixarea unor durate diferite în funcție de gradul de rudenie, spre deosebire de prevederile Convenției de la Berna care stabilesc existența dreptului pe o durată de 50 de ani de la moartea autorului.

2. Dreptul de autor în reglementările interne din România, corelate cu reglementările comunitare

La 14 martie 1996 este adoptată Legea 8/1996² privind dreptul de autor și drepturile conexe, care face să dispară controversa preeminenței drepturilor morale. În primul rând, în art. 3 este definită noțiunea de „autor” ca fiind persoana sau persoanele fizice care au creat opera. Se prezumă a fi autor, până la proba contrară, persoana sub numele căreia opera a fost adusă la cunoștință prima oară. În urma exercițiului de creație, autorul dobândește automat, în puterea legii, calitatea de titular al dreptului de autor. Calitatea de autor le aparține doar persoanelor fizice, întrucât doar ele au caracteristicile necesare unui creator: inteligență, sensibilitate, capacitatea de a formula și expune idei într-o formă originală. În jurisprudența franceză s-a admis însă că o persoană juridică poate să fie chiar autor al unui program pentru calculator creat de salariații săi și, nu numai un titular al dreptului.³

Drepturile morale de autor reprezintă expresia juridică a legăturii existente între operă și creatorul acesteia, ele preced drepturile patrimoniale, le supraviețuiesc și exercită asupra lor o influență permanentă. În cuprinsul Legii 8 acestea sunt reglementate detaliat. Astfel în art. 10 se recunoaște dreptul autorului la divulgare, la paternitate, la nume, la inviolabilitate și la retractare.

Încă din 1870, Curtea de Apel Dijon a admis că „manuscrisul unui autor rămas în posesia lui constituie lucrul său propriu și nimeni altul decât el nu poate hotărî (...) dacă a primit forma definitivă sau dacă poate deveni public”.⁴ Eugen Ulmer definește dreptul de divulgare în lucrarea „Urheber und Verlagsrecht” ca un „drept la primă publicare a operei”. Publicarea operelor postume a generat discuții atât în România cât și în străinătate. Se consideră că aceste opere pot fi aduse la cunoștința publicului cu sau fără manifestarea de voință a autorului lor. Legea 285/2004 precizează chiar faptul că dreptul de divulgare se poate transmite prin moștenire pe durată nelimitată. De asemenea, autorul își conservă, după data primei publicări, dreptul de a decide asupra unei eventuale republicări. Dreptul la divulgare, fiind un drept nepatrimonial, nu poate fi transmis prin acte între vii, ci numai pe cale succesorală. Legea prevede și faptul că nu se poate renunța sau înstrăina dreptul de a decide dacă, în ce mod și când va fi adusă opera la cunoștința publicului. Dacă nu există moștenitori, exercițiul dreptului de divulgare revine organismului de gestiune colectivă din domeniul respectiv de creație.

Codul Civil român⁵ face distincție în art. 2624 între legea aplicabilă operei aduse la cunoștința publicului și opera nedivulгатă. Astfel, opera divulgată intră sub incidența legii statului unde aceasta a fost adusă la cunoștința publicului prin publicare, reprezentare, expunere, difuzare pentru prima dată, pe când cea nedivulгатă este supusă legii naționale a autorului. Dacă persoana are două sau mai multe cetățenii, se aplică legea aceluia dintre state a cărui cetățenie o are și de care este cel mai strâns legată, în special prin reședința sa obișnuită. În cazul apatrizilor și refugiaților trimiterea la legea

¹ Legea asupra proprietății literare și artistice, abrogată prin Decretul nr. 321/1956 privind drepturile de autor, iar abrogat prin Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, completată în 2004 cu Legea 285

² Publicată în M. Of. Din 26 martie 1996;

³ Tribunalul de Mare Instanță Paris, decizia din 21 septembrie 1983 în „RIDA”, nr. 120/1994

⁴ Ciprian Romițan, *Drepturile morale de autor sub imperiul Legii nr. 8/1996*, Revista Română de Dreptul Proprietății intelectuale nr. 1/2007, Universul Juridic, p.139

⁵ Legea 287/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr 505 din 15 iulie 2011

națională este considerată ca fiind făcută în legea statului unde se află reședința obișnuită.¹ Aplicarea propriei legi de către instanța de judecată are avantaje evidente, în special din perspectiva asigurării unei cât mai bune interpretări a legilor, cât și a comodității, nu numai pentru judecător, ci și pentru justițiabili, în special pentru societățile de gestiune colectivă, care își desfășoară activitatea în mare parte conform legislației statului unde își au sediul.²

Prin art. 10 al Legii 8/1996 i se recunoaște autorului dreptul la paternitatea operei. Literatura de specialitate a arătat faptul că acesta are un aspect pozitiv, care constă în dreptul autorului de a revendica oricând calitatea de autor, și un aspect negativ care constă în dreptul de a se opune oricărui act de uzurpare, de contestare a acestei calități³. Acest drept este recunoscut doar persoanelor fizice și nu poate fi transmis pe cale contractuală. Fiind un drept imprescriptibil, se transmite prin moștenire pe durată nelimitată, iar în cazul în care nu există moștenitori, revine organismului de gestiune colectivă din domeniul respectiv de creație.

Dreptul la paternitatea operei implică și dreptul la nume asupra acesteia, adică de a decide dacă va utiliza propriul nume sau un pseudonim. Acest drept nu poate face obiectul unei renunțări sau unei înstrăinări, cesionarul drepturilor de reproducere, executare sau distribuire fiind obligat să publice opera în forma cerută de autor. Literatura de specialitate și Legea 8/1996 arată însă că identitatea acestuia poate fi dezvăluită prin testament.

Curtea de Justiție a Comunităților Europene a arătat că permite autorilor și artiștilor să se opună deformării, mutilării sau modificării operei lor în condițiile în care acestea le-ar prejudicia onoarea sau reputația⁴. În acest sens dreptul de a pretinde respectarea integrității operei este reglementat și de legea română, ținându-se cont de prevederile art. 6 bis pct. 1 al Convenției de la Berna, care stipulează faptul că autorul păstrează dreptul de a revendica paternitatea operei și de a se opune oricărei modificări care îi prejudiciază onoarea sau reputația, chiar după cedarea drepturilor de autor asupra operei. Stabilirea încălcării dreptului se lasă la aprecierea instanței în fața căreia este adusă cauza. Legea 8/1996 prevede faptul că acest drept se poate transmite doar pe cale succesorală, iar în lipsa moștenitorilor revine organismului de gestiune colectivă din domeniul respectiv de creație.

Conform literaturii de specialitate, contraponderea dreptului de divulgare a operei și consecința directă a caracterului absolut și discreționar al acestuia⁵ îl reprezintă dreptul de retractare. Autorul unei opere își poate retrage opera în orice moment care survine divulgării. Acest drept poate veni în conflict atât cu principiul forței obligatorii a contractelor cât și cu dreptul proprietarului suportului material al operei. Legiuitorul român a exclus dreptul de retractare al autorului unui program pentru calculator din rândul drepturilor morale (art. 77 alin. 3 Legea 8/1996) pentru a asigura protecția persoanelor care au investit în realizarea programelor, avându-se totodată în vedere faptul că majoritatea programelor sunt create în exercitarea atribuțiilor de serviciu, unde drepturile patrimoniale aparțin angajatorului. În privința transmisiunii dreptului, Tribunalul Civil Seine a hotărât că „, având în vedere faptul că dreptul moral de retractare este imprescriptibil și nu depinde decât de voința autorului însuși, că este prin esența sa atașat persoanei artistului, dispărând cu el, acest drept nu poate fi exercitat decât dacă se acționează în virtutea unei voințe explicit manifestată a autorului, înaintea morții sale, ca o parte a operei sale să fie distrusă sau să nu fie publicată”⁶.

Regulamentul Uniunii Europene nr. 864/2007 prevede în art. 8 faptul că legea obligațiilor necontractuale care decurg din încălcarea unui drept de proprietate intelectuală este legea țării pentru

¹Dan Lupașcu, Diana Ungureanu, *Drept Internațional Privat*, Universul Juridic București, 2012, p.204

²Andre Lucas, Henri-Jacques Lucas, *Traite de la propriete litteraire et artistique* 3eme edition, LexisNexis Litec 2006, p.860

³Ciprian Romițan, *Drepturile morale de autor sub imperiul Legii nr. 8/1996*, Revista Română de Dreptul Proprietății intelectuale nr. 1/2007, Universul Juridic, p. 151

⁴Decizia din 20 octombrie 1993, nr. 159/1994

⁵Ciprian Raul Romițan, *Drepturile morale de autor*, Universul Juridic, 2007, p. 117;

⁶Ciprian Raul Romițan, *Drepturile morale de autor*, Universul Juridic, 2007, p. 119;

care se solicită protecție. Astfel, în România, divulgarea unei opere fără a avea autorizarea sau consimțământul titularului dreptului este dezincriminată. Până la modificarea Legii 8/1996 prin Legea 285/2004, fapta persoanei care aducea atingere dreptului la divulgare constituia infracțiune și era pedepsită cu închisoarea sau cu amendă. Astăzi această încălcare se poate sancționa pe cale civilă prin acțiunea în justiție a titularului dreptului și poate avea ca efecte încetarea încălcării dreptului și acordarea de daune interese. În ceea ce privește dreptul la paternitatea operei, conform art. 141 din Legea 8/1996 și art. 437 din Codul penal, fapta persoanei de a își însuși calitatea de autor al operei constituie infracțiune. De asemenea, aducerea la cunoștința publicului a unei opere sub un alt nume decât cel decis de autor constituie infracțiune (art. 437 Cod penal).

Art. 13 al Legii 8/1996 enunță drepturile patrimoniale de valorificare a operelor și anume reproducerea, difuzarea, reprezentarea și executarea acestora. Reproducerea reprezintă fixarea materială a operei, fapt ce permite comunicarea acesteia publicului. Se poate realiza doar cu consimțământul autorului, indiferent de procedeu folosit (tipar, dactilografiere, gravură, mulaj etc). Autorul nu se poate opune la reproducerea operei pentru uz personal, care este strict limitată la uzul în cercul familial. Legislațiile diferitelor țări interpretează diferit acest drept, cea daneză și cea olandeză spre exemplu incluzând traduceri, aranjamentele muzicale, adaptările, și imitățile în interiorul dreptului de reproducere, pe când alte legislații interpretează restrictiv noțiunea dreptului de reproducere și a dreptului autorului de a autoriza traduceri sau adaptările. În jurisprudența românească regăsim Decizia nr. 1726 din 1956 a Colegiul I civil al Tribunalului Capitalei, care s-a pronunțat în acest sens, stabilind că „drepturile de autor trebuie să se plătească și atunci când muzica este difuzată într-un magazin, prin mijloace mecanice, în scopul atragerii clientelei”.¹

Difuzarea reprezintă punerea în circulație a operei reproduse prin orice mijloc. Se referă doar la operele fixate pe un suport material, avându-l doar pe acesta ca obiect. Referirea separată la dreptul de utilizare sau de punere în circulație a operei are scopul de a permite autorului (sau editorului) să se opună punerii în circulație a operei sale, chiar atunci când reproducerea este licită (de pildă, importul de exemplare, dintr-o țară care nu protejează dreptul de autor sau în care durata de protecție a expirat, astfel încât autorizarea autorului nu mai este necesară, ori importului de reproduceri realizate legal în străinătate în cazurile de ediții divizate, cu alte cuvinte în cazurile în care dreptul de reproducere a fost acordat unui editor național și unui străin).²

Doar anumite legislații recunosc dreptul de suită, drept care îi permite autorului care a înstrăinat opera să primească o parte din sporul de valoare pe care aceasta îl dobândește ulterior. Dreptul există doar în ceea ce privește operele de artă plastică și cele fotografice. Astfel, autorul are dreptul de a încasa o cotă-parte din prețul de vânzare obținut la orice revânzare, de a fi informat în legătură cu locul unde se află opera sa, de a i se permite accesul la aceasta și de a cumpăra opera sau a face o copie după aceasta în cazul în care se hotărăște distrugerea acesteia.

Adaptarea cu relativă întârziere a noii legi postsocialiste privind dreptul de autor din 14/03/1996 a avut ca avantaj faptul că a fost posibilă respectarea aspectelor în vigoare la momentul respectiv cu privire la dreptul de autor din cadrul acquis-ului comunitar (în special Directiva cu privire la protecția juridică a programelor pe calculator nr. 91/250/CEE, Directiva privind difuzarea de programe prin satelit și retransmisia prin cablu nr. 93/83/CEE[...]), context în care România, în baza Tratatului de constituire a Comunității Europene, a avut și obligații în sensul asigurării unui „nivel similar de protecție”.³ În evoluția ulterioară a dreptului s-au observat două reforme majore.

¹ Y. Eminescu, *Dreptul de autor. Legea Nr. 8 din 14 martie 1996*, Editura Lumina Lex, 1997, p.167

² Legalitatea populară, nr. 10, 1956, p.1266 (Notă de Gh.Cristea și Se- Serbănescu) din Y. Eminescu, *Dreptul de autor. Legea Nr. 8 din 14 martie 1996*, Editura Lumina Lex, 1997, p.167

³ Adolf Dietz, , *Dreptul de autor în România și armonizarea acestuia în baza normelor europene. Evoluție și situația actuală după aderarea României la Uniunea Europeană*, Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale nr.4/2009, Universul Juridic, p.16

În 2004 este revizuită Legea 8/1996 prin Legea nr. 285/2004, facându-se simțită influența majoră a acquis-ului comunitar mai sus amintit. Modificări majore se observă în ceea ce privește definirea și completarea drepturilor morale și patrimoniale ale autorului și a drepturilor conexe, în schimbarea titlului capitolului referitor la sancțiuni, care este completat cu măsuri de protecție, prin existența unei reforme extinse a dreptului societăților și organismelor de gestiune. În 2005/2006 a avut loc cea de-a doua reformă majoră prin legea de modificare nr. 329/2006. Aceasta a cuprins o serie de reglementări vizate și în 2004, cum ar fi cele referitoare la dreptul de suită, dreptul de radiodifuziune și televiziune, dreptul de transmisie, dreptul de retransmisie prin satelit și diferite tipuri de gestiune. Reglementarea duratei de protecție corespunde standardului european, fiind de 70 de ani de la decesul autorului în cazul drepturilor patrimoniale, iar în cazul în care nu există moștenitori, succesor al drepturilor patrimoniale și morale este organismul de gestiune colectivă. Lipsesc totuși dispozițiile tranzitorii cu privire la drepturile de autor născute în urma finalizării operei înainte de intrarea în vigoare a noii legi.

Odată cu noua reglementare ia naștere Oficiul Român pentru Drepturile de Autor, organ de specialitate subordonat Guvernului, fiind singura autoritate de reglementare, administrare a registrelor naționale, supraveghere, autorizare, proceduri de arbitraj și aspecte de bază de natură tehnico-științifică din domeniul drepturilor de autor și drepturilor conexe.¹ Conform art. 138 alin. 1 al Legii 8/1996, acesta are rolul de a supraveghea societățile de gestiune, de a elabora proiecte și acte normative, de a efectua expertize legale și tehnice, de a gestiona relațiile internaționale din domeniul drepturilor de autor precum și de a comunica Comisiei Europene informații privind orice dispoziții naționale adoptate în domeniul protecției drepturilor de autor și al celor conexe.

Una din trăsăturile definitorii ale drepturilor de proprietate intelectuală este caracterul global al reglementării lor. Majoritatea acestor drepturi fac obiectul reglementării în legislațiile naționale, însă s-a impus nevoia realizării unor cadre extra-naționale de realizare a acestora, impuse direct sau indirect de Uniunea Europeană. Prin aderarea la Uniune, statul nostru a avut obligația de a prelua întregul cadru legal al Comunității Europene (acquis-ul comunitar) și să îl transpună în legislația națională. Acest lucru s-a realizat treptat, prin directive de armonizare. Acestea au forță obligatorie pentru statele cărora li se adresează, însă numai în ceea ce privește rezultatul obținut, autoritățile naționale având libertatea de a decide forma și modalitatea de aplicare.

În exercitarea drepturilor sale recunoscute de lege, autorul unei opere și alți titulari de drepturi protejate în cadrul legii dreptului de autor pot să aleagă între a-și proteja cu eforturi personale drepturile ori de a apela la organisme de gestiune colectivă. Dezvoltarea mijloacelor tehnice de distribuire a operelor a ajuns atât de departe încât exercitarea personală a drepturilor asupra prestațiilor și difuzării de către autorul însuși a devenit o imposibilitate. Din acest motiv, autorii și titularii drepturilor de autor s-au constituit în asociații profesionale al căror obiect este apărarea intereselor unor categorii de autori.²

Gestiunea colectivă a operelor a apărut în Franța secolului XVIII în urma dificultăților de menținere a controlului asupra reprezentării publice a operelor, fiind reglementată abia în 1957. În sistemul nostru juridic Legea 8/1996, modificată prin Legea 285/2004, reglementează gestiunea colectivă a drepturilor patrimoniale de autor. Nu există însă o reglementare unitară la nivel european. Un instrument de armonizare a legislațiilor țărilor membre îl reprezintă Directivele Comisiei Comunităților Europene. Acestea stabilesc obiectivele ce trebuie atinse de către statele membre. Legiuitorul național este acela care trebuie să aleagă mijlocul de implementare, adoptând un act de transpunere în legislația națională într-un termen prevăzut de directivă.

¹ *Idem p.21*

² Viorel Roș, Dragoș Bogdan, Octavia Spineanu-Matei, *Dreptul de autor și drepturile conexe. Tratat*, All Beck, p.489

Organismele de gestiune colectivă sunt definite în Directiva 93/83/CEE¹ în art. 1 pct. 4 ca fiind „orice organism al cărui scop îl constituie gestionarea sau administrarea dreptului de autor sau a drepturilor conexe”, precizând în art. 13 faptul că Directiva „nu aduce atingere reglementării de către statele membre a activității organismelor de gestiune colectivă” și nici unei armonizări ulterioare în domeniul dreptului de autor și al drepturilor conexe.

Directivele 2000/31/CE², 2001/29/CE, 2004/48/CE și 2002/58/CE³ nu impun statelor membre să prevadă obligația de a comunica date cu caracter personal în vederea asigurării protecției efective a dreptului de autor în cadrul unei proceduri civile. În virtutea realizării unui just echilibru între diferitele drepturi fundamentale protejate de ordinea juridică comunitară, dreptul comunitar impune ca interpretarea dreptului național de către autorități și de către instanțele judecătorești să se facă într-o manieră conformă directivelor. Se impune de asemenea asigurarea unui grad ridicat de raționalizare și transparență în preambulul Directivei 2001/29/CEE⁴.

O reglementare specială primește dreptul de suită. Al 28-lea considerent din preambulul Directivei 2001/84/CE⁵ prevede obligația statelor membre de a reglementa modul de exercitare al acestui drept și în mod special modul său de gestionare, dând ca exemplu un organism de gestiune colectivă. De asemenea prevede obligația asigurării, colectării și distribuirii sumelor cuvenite autorilor resortisanți ai altor state membre, bineînțeles fără a se aduce atingere normelor de colectare și distribuție în respectivele state.

O serie de probleme au fost ridicate în ultimele decade și de transmisiunile prin cablu și difuzarea prin sateliți. Prima Directivă a Parlamentului European 93/83 din 1993 reglementează „Coordonarea unor reguli de drept și drepturi conexe aplicabile radiodifuziunii prin sateliți și retransmisiunii prin cablu”. Prin aceasta sunt enunțate anumite reguli, printre care: comunicarea prin satelit către public se face numai în statul membru al Comunității precum și condițiile comunicării către publicul unui stat terț. Conform art. 3, în ceea ce privește dreptul de radiodifuziune, autorizarea autorului se va obține în temeiul unui contract, care poate fi încheiat între societățile de gestiune colectivă a drepturilor de autor și organismul de radiodifuziune. În cazul în care nu se poate stabili un acord cu privire la radio-transmisiunea prin cablu, se recurge la mediere.

3. Aspecte referitoare la conflictele de legi privind drepturile de autor și drepturile conexe în dreptul comunitar și internațional

Strategia națională în domeniul proprietății intelectuale tinde către perfectarea și modernizarea nu numai a legislației naționale, dar și a protecției la nivel mondial. Aceasta se realizează prin lungul proces al armonizării legislației, către care România tinde prin aderarea la convențiile internaționale de căpătâi în acest domeniu. În cadrul Comunității Europene, problema armonizării dispozițiilor prezintă unele concordanțe fundamentale, ceea ce facilitează rezolvarea problemelor. Principala concordanță constă în faptul că în toate aceste legislații dreptul de autor se naște *ex lege*, fără să fie nevoie de îndeplinirea vreunor formalități, și nici un fel de probleme anterioare nu se pun în legătură cu existența unor drepturi naționale prioritare⁶.

România a aderat la Convenția de la Berna⁷ pentru protecția operei literare și artistice prin Legea nr. 152 din 24 martie 1926¹. Anunțând pregătirile ce se făceau pentru aderarea României la

¹Directiva privind coordonarea anumitor dispoziții referitoare la dreptul de autor și drepturile conexe aplicabile difuzării de programe prin satelit și retransmisiei prin cablu

²Directiva privind comerțul electronic

³Directiva asupra confidențialității și comunicațiilor electronice

⁴Directiva privind armonizarea anumitor aspecte ale dreptului de autor și drepturilor conexe în societatea informațională

⁵Directiva privind dreptul de suită în beneficiul autorului unei opere de artă originale

⁶Y. Eminescu, *Dreptul de autor. Legea Nr. 8 din 14 martie 1996*, Editura Lumina Lex, 1997, p.43

⁷Semnată la 9 septembrie 1886 la Berna, astăzi având 165 de țări semnatare

Convenția de la Berna, A.D. Xenopol a arătat, în dezbaterile Congresului internațional consacrat proprietății literare și artistice din 1906 faptul că „protecția proprietății literare străine, departe de a fi păgubitoare pentru țară, va aduce foloase netăgăduite, pentru că va pune stavilă înămolirii cugetării românești de către produsele minților străine, dând avânt propriei noastre literaturi.”²

Convenția de la Berna a suferit modificări multiple pentru a ține pasul cu provocările generate în domeniul protecției drepturilor de autor cauzate de avansul rapid al tehnologiei. Ultimele completări majore au avut loc la Stockholm în 1967 și la Paris în 1971. Acestea au avut ca scop realizarea unei reglementări cât mai largi și mai uniforme. Țările cărora li se aplică Convenția sunt constituite în Uniunea pentru protecția drepturilor de autor asupra operelor literare și artistice. Sunt protejate astfel toate lucrările din domeniile literar, științific și artistic, oricare ar fi modul sau forma de exprimare, precum cele enumerate în art. 2.1: cărțile, broșurile, conferințele, alocuțiunile, predicile, operele dramatice sau dramatico-muzicale, compozițiile muzicale cu sau fără cuvinte, operele coregrafice și pantomimele, operele de desen etc. Enumerarea nu este una limitativă, Convenția neexcluzând dreptul statelor membre de a încheia între ele convenții particulare prin care să recunoască autorilor drepturi mai întinse decât cele acordate de Uniune.

Statele membre au facultatea de a decide să nu asigure protecția operelor literare și artistice cât timp acestea nu au fost fixate pe un suport material. Sunt protejate ca opere originale, fără a prejudicia drepturile autorului operei originale, traducerile, adaptările, aranjamentele muzicale și alte transformări ale unei opere literare sau artistice. Se rezervă legislației țărilor Uniunii dreptul de a determina protecția care trebuie acordată textelor oficiale de ordin legislativ, administrativ sau judiciar, precum și traducerilor oficiale ale acestor texte. De asemenea, acestea au dreptul de a supraveghea sau interzice pe teritoriul lor orice opere de creație intelectuală.

Atunci când se încalcă un drept de proprietate intelectuală unitar la nivel comunitar, drept existent într-o obligație contractuală, legea aplicabilă conflictului este legea țării în care s-a produs încălcarea, în orice materie care nu este reglementată de instrumentul comunitar relevant. Câmpul de aplicare al Convenției ține de calificarea dată operei, judecătorul fiind obligat să se asigure dacă se află în fața unei opere literare sau artistice protejată de Convenție sau nu. Cel mai greu de calificat sunt diferențierile între proprietatea literară și proprietatea industrială, în special desenele și modelele, întrucât primelor li se aplică Convenția de la Berna, iar celor din urmă Convenția de la Paris. Acest conflict se rezolvă în funcție de *lex fori*. Există state care recunosc apartenența acestora doar la proprietatea industrială, pe când altele prevăd și apropierea de proprietatea operelor literare și artistice³.

Convenția de la Berna are la bază trei principii fundamentale. În primul rând, principiul tratamentului național, conform căruia operele care au ca țară de origine unul dintre statele contractante, adică autorul care este resortisant al unuia dintre statele Uniunii, va beneficia de același tratament în celelalte state precum proprii lor cetățeni. Conform art. 5, autorii care beneficiază de protecția Convenției sunt de fapt asimilați autorilor naționali astfel: (al.1) în țările Uniunii, altele decât țara de origine, „beneficiază de drepturile pe care legile respective le acordă în prezent sau le vor acorda naționalilor”, (al.3) „dacă autorul nu este un resortisant al țării de origine a operei (...) va avea în această țară aceleași drepturi ca și autorii naționali”. Nu operele străine sunt cele protejate, ci autorii străini. Referirea la „operele pentru care sunt protejați” are importanță doar pentru câmpul de aplicare *ratione loci* al principiului tratamentului național, care nu trebuie confundat cu cel al

¹ Promulgată prin Decretul nr. 1312 din 24 martie 1926, cu efecte de la 1 ianuarie 1927, abrogate prin Decretul nr. 321/1956 privind drepturile de autor, abrogat prin Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, completată Legea 285/2004

² Yolanda Eminescu, *Dreptul de autor. Legea Nr. 8 din 14 martie 1996*, Editura Lumina Lex, 1997, p.28

³ Andre Lucas, Henri-Jacques Lucas, *Traite de la propriete litteraire et artistique* 3eme edition, LexisNexis Litec 2006, p.922

Convenției.¹ Raționamentul acestui principiu în alin. 2 al articolului este de a proteja autorii străini de discriminările eventuale venite din partea legislației țării de origine a operei doar datorită calității lor de stăini. Autorii ce provin din țări nesemnate sunt de asemenea protejați, însă subzistă condiția reciprocității. În privința lor există restricții semnificative, Convenția fiindu-le aplicabilă doar în cazul operelor pe care aceștia le-au publicat într-o țară semnată și nu în țara lor de origine.

Al doilea principiu este cel al protecției automate, prin care tratamentul sus-menționat se aplică independent de orice formalitate (art. 5.2). Această dispoziție trebuie interpretată în ideea că acordarea protecției nu implică realizarea niciunei formalități naționale. Aceste formalități nu pot fi decât cele de care depinde însăși existența drepturului de autor, și nu privesc formalitățile ce trebuie îndeplinite conform legislației interne. În cazul unui conflict de legi între statul de origine al operei și statul unde se solicită protecția, se vor aplica prevederile Convenției.

În al treilea rând există principiul independenței protecției, conform căruia folosința și exercițiul drepturilor sunt independente de existența protecției în țara de origine a operei. Statele au posibilitatea să prelungească durata protecției dincolo de minimul impus de Convenție. De exemplu, textul Convenției de la Berna prevede realizarea protecției drepturilor de autor pe o durată de 50 de ani după moartea autorului, însă politica Uniunii Europene și a SUA de mărire a protecției a dus la prelungirea duratei până la 70 de ani. Dacă opera însă încetează să mai fie protejată în țara de origine, cu excepția cazului în care se prevede astfel în legislația națională, protecția nu încetează.

Minimul de protecție impus de Convenție se regăsește și în Directiva 98/1993/CEE² care reglementează în primul său articol limitele protecției drepturilor de autor asupra unei opere literare sau artistice în sensul art. 2 al Convenției. Protecția drepturilor de autor și a drepturilor conexe există pe întreaga durată de viață a autorului și încă 70 de ani de la moartea acestuia, indiferent de data punerii operei la dispoziția publicului. În cazul operelor create prin colaborare, durata celor 70 de ani de protecție se calculează de la data decesului ultimului dintre colaboratori. Întrucât nu se cunoaște identitatea autorului în cazul operelor anonime sau publicate sub pseudonim, durata protecției este de 70 de ani de la momentul în care acestea au fost puse la dispoziția publicului. Dacă pseudonimul adoptat nu împiedică cunoașterea identității autorului sau dacă acesta din urmă își dezvăluie identitatea în timpul vieții, atunci durata de protecție este cea indicată anterior.

Unele state prevăd dispoziții speciale privind drepturile de autor asupra operelor colective sau privind desemnarea unei persoane juridice ca titular al dreptului. În acest caz, durata de protecție se calculează conform alin. (3), adică de la momentul aducerii operei la cunoștința publicului, cu excepția cazului în care persoanele fizice care au creat opera sunt identificate în versiunile deja publicate. Dacă opera este publicată în volume, părți, fascicole, numere sau episoade, inclusiv în cazul operelor anonime sau apărute sub pseudonim, protecția se aplică separat pentru fiecare element în parte. În cazul operelor anonime sau sub pseudonim, nedivulgate timp de 70 de ani de la crearea lor, protecția încetează.

Într-o primă fază, Convenția a subordonat asimilarea autorilor străini unei condiții de dublă protecție. Cu alte cuvinte, autorul străin al unei opere publicate în străinătate pentru prima dată nu putea beneficia de protecția legii locale doar sub rezerva respectării atât a condițiilor și formalităților din țara de origine, cât și a duratei de protecție din respectiva țară de origine. Această dispoziție a fost considerată discriminatorie față de resortisanții statelor care nu erau suficient protejați în țările de origine.

Condiția reciprocității vizează de această dată autorii resortisanți ai statelor nemembre. La început Convenția permitea țărilor Uniunii în care opera era publicată pentru prima dată să supună protecția acesteia condiției reciprocității în cazul în care aceasta nu era protejată suficient în țara de

¹Andre lucas, Henri-Jacques Lucas, *Traite de la propriete litteraire et artistique* 3eme edition, LexisNexis Litec 2006, p. 937

²Directiva Consiliului din 1993 privind armonizarea duratei de protecție a dreptului de autor și a anumitor drepturi conexe

origine a autorului. Acest sistem a fost modificat prin Actul de la Bruxelles (1948), țările Uniunii putând aprecia reciprocitatea invocată în funcție de țara de origine a operei.

Problematica legii aplicabile conflictelor de legi a fost mult timp neglijată sau cel puțin mascată prin principiul asimilării de către comentatorii Convenției¹. Conform art. 5.2 judecătorul are obligația de a aplica *lex loci protectionis*. În consecință, dacă încălcarea dreptului a avut loc în străinătate, el va trebui să aprecieze din perspectiva legii străine, fie că aceasta aparține unui stat membru sau nu. Se procedează în același mod și în cazul în care încălcarea dreptului a avut loc în țara desfășurării litigiului, întrucât trebuie luate în considerare drepturile dobândite în străinătate. Excepție de la această procedură o face situația invocării excepției de ordine publică, care atrage aplicarea *lex loci delicti*.

Există două tipuri de reguli speciale de rezolvare a anumitor conflicte de legi: cele care nu fac trimitere la legea țării de origine și cele care fac trimitere la aceasta.

În primul rând există reguli speciale care trimit la *lex fori* în ceea ce privește reglementarea dreptului de suită (art. 14.3) și a sechestrului falsurilor (art. 16.3). Astfel, în cazul reglementării dreptului de suită, legislația țării în care se desfășoară litigiul este singura luată în considerare în ceea ce privește modalitatea de percepție a dreptului, procedura de recuperare, regimul taxelor. Procedura sechestrului operelor contrafăcute nu poate fi reglementată decât în țara în care acesta a fost practicat, fapt ce atrage competența *lex fori*.

Regulile speciale care trimit la *lex loci protectionis* sunt văzute din perspectiva aplicării art. 5.2. Sunt interpretate din această perspectivă conflictele de legi referitoare la determinarea persoanelor care au calitatea de a exercita dreptul moral sau dreptul de suită asupra operei după moartea autorului, mijloacele procedurale pentru apărarea drepturilor de autor, încălcarea obligației de menționare a surselor în articolele de presă.

Singura reglementare expresă care trimite la aplicarea legii țării de origine fără a face referire la *lex loci protectionis* se regăsește în cazul operelor nepublicate, cu identitatea autorului necunoscută, pentru care există presupunerea îndreptățită că acesta este resortisant al țărilor Uniunii.

Multe convenții internaționale folosesc drept bază Convenția de la Berna, care a devenit o matrice de drept convențional în materie. Originea lor comună nu este de fapt importantă doar din punct de vedere al înțelegerii lor, printr-o interpretare bineînțeleasă proprie, ci acestea rămân tributare în multe privințe Convenției, putându-le numi astfel „convenții derivate”².

Convenția de la Geneva, adoptată la 6 septembrie 1952, are același câmp de aplicare ca și Convenția de la Berna. Problematicile de drept internațional privat se regăsesc comprimate în art. II. Soluțiile date în materia conflictului de legi sunt în esență cele regăsite și în Convenția de la Berna. O diferență importantă privește condiția autorilor străini, întrucât asimilarea acestora nu mai este împiedicată de condiția de reciprocitate. În cazul conflictului de legi în care principiul tratamentului național nu justifică nici aici aplicarea *lex fori*, Convenția nu face nicio referire la *lex loci protectionis* sau *lex loci delicti*. Statele pot impune anumite formalități simple pentru oferirea protecției operelor autorilor străini care au fost publicate pentru prima dată într-un alt stat contractant și anume: să existe de trei ori simbolul „C” pe fiecare exemplar pentru a se arăta astfel că dreptul de autor este rezervat, să se menționeze numele titularului dreptului și anul primei publicări.

Convenția de la Roma este rezultatul unui lung proces de reglementare început în 1928, când în cadrul revizuirii Convenției de la Berna a fost refuzată o propunere privind protecția drepturilor de autor ale artiștilor-interpreți. A fost semnată în 1961 și se ocupă de protecția internațională a drepturilor conexe dreptului de autor. Cu alte cuvinte, reglementează protecția artiștilor-interpreți și executanți, a producătorilor de fonograme și a organismelor de radiodifuziune

¹ Andre Lucas, Henri-Jacques Lucas, *Traite de la propriete litteraire et artistique* 3eme edition, LexisNexis Litec 2006, p. 946

² Idem, p.979

din perspectiva drepturilor morale, întrucât execuția, înregistrarea și difuzarea operelor literare și artistice de către titularii drepturilor conexe poate crea probleme cu autorii acelor opere. Convenția definește în art. 2 criteriile de extraneitate care îi atrag competența: criteriul personal – punct de legătură fiind naționalitatea titularului și nu reședința sa obișnuită, criteriul real – care diferă în funcție de contribuția fiecărui titular al dreptului (criteriul execuției pentru artiștii interpreți, criteriul primei publicări pentru producători, criteriul sediului social, pentru organisme de radio-difuziune) și criteriul contrafacerii.

Originalitatea Convenției de la Roma constă în rezervele acceptate de aceasta. Astfel, statele naționale au posibilitatea să aducă atingere drepturilor străinilor, pe care însăși Convenția îi protejează prin minimul convențional. Acest lucru afectează principiul tratamentului național, creându-se o inconsecvență în practica statului rezervatar dacă lasă străinii să se bucure de o protecție națională echivalentă sau superioară celei convenționale, de care acesta a vrut să îi priveze.

În ceea ce privește rezolvarea conflictelor de legi, Convenția trimite mai mult *la lex loci delicti* decât *la lex fori*. Se face referire în mod implicit și la *lex voluntatis*, permițând astfel artiștilor-interpreți să încheie contracte în mod liber. O singură dată prevede aplicarea *lex protectionis*, în cazul operelor principalilor interpreți și executanți necunoscuți, despre care există convingerea netăgăduită că sunt resortisanți ai statelor Uniunii. Convenția de la Roma prevede o protecție a drepturilor inferioară celorlalte două convenții, pe o durată de numai 20 de ani.

În cadrul conferinței de ratificare de la Stockholm a fost creată Organizația Mondială a Proprietății Intelectuale¹, al cărei scop este „să promoveze protecția proprietății intelectuale în toată lumea”. Protecția drepturilor de autor se întinde asupra expresiilor, nu asupra ideilor, procedurilor, metodelor de funcționare sau conceptelor matematice ca atare. Tratatul O.M.P.I. privind drepturile de autor din 1996 reprezintă un aranjament special în sensul art. 20 din Convenția de la Berna în ceea ce privește părțile contractante care sunt țări membre ale Uniunii instituite prin această convenție. Tratatul nu are nicio legătură cu alte tratate, în afara Convenției de la Berna, și se aplică fără a prejudicia drepturile și obligațiile ce rezultă din orice tratat. Nicio dispoziție a tratatului nu are ca efect derogarea de la obligațiile pe care părțile contractante le au unele față de altele în virtutea Convenției de la Berna pentru protecția operelor literare și artistice. În toate cazurile, durata protecției va fi reglementată de legea țării în care va fi reclamată protecția; totuși, cu excepția cazului când legislația acesteia din urmă nu decide altfel, ea nu va depăși durata fixată în țara de origine a operei.²

Concluzii

Protecția drepturilor de autor a avut o evoluție constantă, legiuitorul fiind obligat să țină pasul cu evoluția accelerată și neunitară din punct de vedere geografic a tehnologiei. În lipsa existenței formelor de protecție împotriva exploatării fără drept a creațiilor, investitorii nu ar fi putut să își acorde întreaga încredere creatorilor, ceea ce ar fi dus la o stagnare a culturii și la o „înnămolore a cugetății”, așa cum spunea A.D. Xenopol. Odată cu evoluția societății au fost realizate intervenții asupra legislațiilor inițiale, legiuitorul încercând prin completări, modificări, abrogări, să adapteze aceste dispoziții legale la situația de fapt și de drept cu care societatea se confruntă și la ora actuală în materia drepturilor de autor. Prin ratificarea convențiilor cu vocație universală se încearcă o abordare uniformă a concepțiilor în materie. Astăzi ne aflăm încă la începutul drumului, o armonizare este departe de a fi realizată, legislația încearcă să țină pasul nu numai cu dinamismul tehnologic, dar și cu tendințele sociale existente în fiecare țară.

¹ Agenție specializată a Organizației Națiunilor Unite din 1974

² “Noul Cod Civil. Comentarii, doctrina și jurisprudența” volumul III, editura Hamangiu 2012, București, pag.

REFERINȚE BIBLIOGRAFICE:

- VIOREL ROȘ, DRAGOȘ BOGDAN, OCTAVIA SPINEANU-MATEI *Dreptul de autor și drepturile conexe. Tratat*, All Beck, 2005
- Y. EMINESCU, *Dreptul de autor. Legea Nr. 8 din 14 martie 1996*, Editura Lumina Lex, 1997
- ST. D. CĂRPENARU *Drept civil. Drepturile de creație intelectuală*, Universitatea București, 1971
- DAN LUPAȘCU, DIANA UNGUREANU *Drept internațional Privat*, Universul Juridic București, 2012
- ANDRE LUCAS, HENRI-JACQUES LUCAS *Traite de la propriete litteraire et artistique* 3eme edition, LexisNexis Litec 2006
- CIPRIAN RAUL ROMIȚAN *Drepturile morale de autor*, Universul Juridic, 2007
- OTILIA CALMUSCHI *Aspecte ale exigențelor procesului de armonizare privind asigurarea respectării drepturilor de proprietate intelectuală, o prioritate a legiuitorului român*, Revista Română de drept privat nr. 2/2007, Universul Juridic
- PAUL POPOVICI *Copia privată în era digitală*, Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale nr. 2/ 2012, Editura Universul Juridic
- CIPRIAN RAUL ROMIȚAN *Drepturile morale de autor sub imperiul Legii nr. 8/1996*, Revista Română de Dreptul Proprietății intelectuale nr. 1/2007, Universul Juridic
- ADOLF DIETZ *Dreptul de autor în România și armonizarea acestuia în baza normelor europene. Evoluție și situația actuală după aderarea României la Uniunea Europeană*, Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale nr4/2009, Universul Juridic

UZUCAPIUNEA ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL

Iulia-Andreea CONSTANDA¹

Abstract

Prin prisma obiectivelor propuse, prezenta lucrare își propune să analizeze problematica uzucapiunii din perspectiva practicii existente și a actualelor reglementări, încercând totodată o abordare comparativă între vechea și noua reglementare.

Tema propusă prezintă o importanță deosebită, mai ales din punct de vedere practic, ținând cont de ultimile modificări intervenite după intrarea în vigoare a actualului Cod civil.

Cuvinte cheie: uzucapiunea; posesia; bunuri imobile, prescripție achizitivă; uzucapiunea extratabulară

I. Introducere

Acest studiu prezintă și analizează uzucapiunea reglementată de Noul Cod Civil în Titlul VI destinat posesiei, în Capitolul III intitulat "Efectele posesiei".

Uzucapiunea prezintă importanță din mai multe puncte de vedere:

În primul rând importanța uzucapiunii se justifică prin nevoia de certitudine, de stabilitate a raporturilor juridice mai ales în privința imobilelor, conducând la recunoașterea de efecte juridice aparente de proprietate create în persoana celui care se comportă timp îndelungat ca proprietar al bunului.

De asemenea, uzucapiunea apare ca o sancțiune civilă împotriva adevăratului proprietar, care da dovadă de o anumită neglijență lăsând bunul timp îndelungat în posesia unei alte persoane.

Modalitatea de redactare a studiului a fost aceea de a oferi o privire de ansamblu asupra noii forme de uzucapiune.

Deoarece uzucapiunea imobiliară din Noul Cod civil se aseamănă cu uzucapiunea reglementată de Decretul-Lege nr. 115/1938, precizările făcute în doctrină își păstrează, „mutatis mutandis”, valabilitatea.

II. Conținutul propriu-zis al lucrării

Uzucapiunea este "acel mod de dobândire a dreptului de proprietate și a altor drepturi reale principale prin exercitarea unei posesii neîntrerupte asupra unui bun, în termenul și în condițiile prevăzute de lege".²

Instituția uzucapiunii sau a prescripției achizitive a fost numită de specialiștii dreptului civil ca fiind unul din cele mai importante efecte ale posesiei.

Legiuitorul în Noul Cod Civil a reglementat două forme de uzucapiune imobiliară compatibile cu sistemul de publicitate imobiliară, respectiv uzucapiunea tabulară și uzucapiunea extratabulară.

De asemenea, în Noul Cod Civil s-a renunțat la uzucapiunea de 30 de ani și uzucapiunea de 10 până la 20 de ani, acesta reglementând alte două forme de uzucapiune imobiliară și uzucapiunea mobilă în funcție de felul bunului la care se aplică.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (email: andreea_constanda@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. univ. drd. Bogdan Nazat (bogdan.nazat@gmail.com)

² A se vedea Gabriel Boroi, Carla Alexandra Anghelescu, Bogdan Nazat, op.cit. Curs de drept civil. Drepturile reale principale, Editura Hamangiu, 2013, p. 228

Nu pot fi dobândite prin uzucapiune așa cum reiese din art.929 C.civ. ”bunurile care înainte sau după intrarea în posesie, au fost declarate prin lege inalienabile”; de asemenea nu pot fi dobândite prin uzucapiune conform art.861 alin(1),(2) C.civ.¹ bunurile ce formează obiectul proprietății publice cât și drepturile reale corespunzătoare dreptului de proprietate publică: dreptul de administrare, dreptul de concesiune și dreptul de folosință gratuită.

Textul de lege se poate aplica și asupra unor bunuri proprietate privată, în măsura în care acestea au fost declarate inalienabile prin lege.

Spre deosebire de reglementarea vechiului Cod Civil (art.1864 pct.2) clauza de inalienabilitate inserată într-un act juridic nu împiedică dobândirea dreptului de proprietate prin uzucapiune de către un terț posesor.

Nu pot fi uzucapate universalitățile ci doar bunurile individual determinate, bunurile corporale, cele susceptibile de posesie și care se află în circuitul civil.

Nu pot fi dobândite prin uzucapiune bunurile neapropriabile (res comunes-cum sunt aerul, apa mării, lumina soarelui).

Potrivit dispozițiilor constituționale art.44 alin.(2) teza I² și ale celor cuprinse în C.civ. art.553 alin.(1)³ dreptul de proprietate privată se poate dobândi prin uzucapiune, indiferent că aparține particularilor ori statului sau unei unități administrativ-teritoriale.

Legiuitorul a încercat parțial să separe prescripția achizitivă de cea extinctivă astfel regăsim prescripția achizitivă în Cartea a III-a, Titlul VIII împreună cu posesia și cu efectele acesteia, făcându-se trimitere la art.934 C.civ la dispozițiile prescripției extinctive.

Fiind reglementată în materia efectelor posesiei uzucapiunea presupune o posesie utilă, adică neatinsă de niciunul dintre viciile acesteia; posesia este o condiție esențială a uzucapiunii, indiferent de felul ei.

Simpla detenție oricât ar dura în timp, ca de altfel nici posesia viciată nu poate conduce la uzucapiune.

Art.932 alin.(2) C.civ. prevede că: “viciile posesiei suspend cursul uzucapiunii, fără a se specifica dacă este vorba de uzucapiunea tabulară sau de cea extratabulară.”

Noul Cod civil dispune în art.928 faptul că “posesorul poate dobândi proprietatea asupra bunului posedat, sau după caz, asupra fructelor produse de acesta.”

Datorită situațiilor tranzitorii ce au avut loc odată cu intrarea în vigoare a noului C.civ, potrivit art.82 din Legea nr.71/2011 privitoare la punerea în aplicare a C.civ, dispozițiile art.930-934 din C.civ referitoare la uzucapiunea imobiliară se aplică numai în cazurile în care posesia a început după intrarea lui în vigoare.

Pentru cazurile în care posesia a început înainte de aceasta dată, sunt aplicabile dispozițiile referitoare la uzucapiune în vigoare la data începerii posesiei.

De asemenea pentru imobilele pentru care la data începerii posesiei, nu erau deschise cărțile funciare, rămân aplicabile dispozițiile în materie de uzucapiune din Codul civil din 1864.

1. Felurile uzucapiunii

În funcție de natura bunului, noul Cod civil distinge între uzucapiunea imobiliară și uzucapiunea mobilă. La rândul ei, uzucapiunea imobiliară este de două feluri și anume: uzucapiunea extratabulară și uzucapiunea tabulară.

¹ (1) ”Bunurile proprietate publică sunt inalienabile, imprescriptibile și inesizabile.

(2) Proprietatea asupra acestor bunuri nu se stinge prin neuz și nu poate fi dobândită de terți prin uzucapiune sau, după caz, prin posesia de bună-credință asupra bunurilor mobile.”

² Art.44 alin(2), teza I: ”Proprietatea privată este ocrotită și garantată indiferent de titular”

³ Art. 553 alin.(1) C.Civ: ”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, inclusiv bunurile care alcătuiesc domeniul privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale.”

1.1. Uzucapiunea imobiliara extratabulară

Uzucapiunea extratabulară a fost definită ca fiind "acel mod de dobândire a dreptului de proprietate privată ori a unui dezmembrământ al acestui drept asupra unui bun imobil prin exercitarea unei posesii utile asupra unui asemenea bun timp de 10 ani, în condițiile stabilite de lege."¹

Conform art.930 alin.(1) C.civ "dreptul de proprietate asupra unui imobil și dezmembrămintele sale pot fi înscrise în cartea funciară, în temeiul uzucapiunii, în folosul celui care l-a posedat timp de 10 ani, dacă:

- 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 nicio carte funciară

Potrivit celui de-al doilea alineat al aceluiași articol, "uzucapantul în toate cazurile poate dobândi dreptul numai dacă și-a înregistrat cererea de înscriere în cartea funciară înainte ca o terță persoană să își fi înregistrat propria cerere de înscriere a dreptului în folosul său, pe baza unei cauze legitime, în cursul ori chiar după împlinirea termenului uzucapiunii."

Uzucapiunea reglementată de art.930 C.civ se numește extratabulară deoarece este acea formă de uzucapiune ce poate opera în favoarea unei persoane care nu era înscrisă în cartea funciară, în același timp față de reglementarea anterioară, noua reglementare precizează faptul că ea poate opera și împotriva proprietarului înscris în cartea funciară dacă acesta a decedat sau în cazul persoanei juridice atunci când și-a încetat existența.

Nu pot fi dobândite prin uzucapiune extratabulară uzufructul, uzul și abitația deoarece acestea fiind drepturi viagere se sting prin moartea titularului.

De asemenea uzucapiunea extratabulară operează și în situația renunțării la drept a proprietarului ori a titularului unui alt drept real.

Declarația de renunțare la drept trebuie să îmbrace forma autentică notarială și să fie înregistrată la biroul de cadastru și publicitate imobiliară așa cum reiese din art.889 alin.(1) C.civ.

În ceea ce privește condițiile dobândirii unui drept real principal prin uzucapiune extratabulară menționăm faptul că:

posesia bunului trebuie să fi durat timp de 10 ani

această posesie să fie o posesie utilă, adică neviciată deoarece numai o posesie utilă produce efecte juridice.

Pot dobândi un drept real principal prin uzucapiunea extratabulară atât posesorul de bună-credință al unui bun, cât și cel de rea-credință.

Nu este suficient însă ca uzucapantul să fi exercitat posesia utilă asupra bunului timp de 10 ani, ci trebuie ca acesta să solicite înscrierea dreptului său de proprietate în cartea funciară iar această cerere să fie admisă.

Așa cum am menționat mai sus uzucapantul trebuie să își fi înregistrat cererea de înscriere pe baza unei cauze legitime anterior înregistrării cererii de înscriere făcute de către o terță persoană.

Terțele persoane interesate înscrierii ar putea fi succesorii persoanei fizice decedate înscrise în cartea funciară sau cei ai persoanei juridice, care a fost înscrisă ca titular al unui drept real dar care și-a încetat existența.

Conform art. 1138 din C.civ ce prevede dreptul de a culege o succesiune vacantă comuna, orașul sau municipiul dobândește dreptul de proprietate fără înscriere în cartea funciară, potrivit art. 887 alin.(1) C.civ. Și art. 553 alin. (2) C.civ și intra în stapanirea mostenirii, potrivit art. 1139 alin. (1) C.civ, "de îndată ce toți succesibilii cunoscuți au renunțat la moștenire ori, la împlinirea termenului prevăzut la art.1137, dacă niciun moștenitor nu este cunoscut".

¹ A se vedea Corneliu Birsan, op.cit. Drepturile reale principale în reglementarea Noului Cod Civil, Editura Hamangiu, 2013, p.404

Renunțarea la moștenire necesită o declarație potrivit art. 1120 alin.(2) C.civ care trebuie să îmbrace forma autentică.

Atunci când nu este cunoscut niciun moștenitor, comuna, orașul sau municipiul intră în stăpânirea de fapt a moștenirii prin constatarea vacantei moșteniri de către notar.

Totuși până la momentul autentificării declarației de renunțare a ultimului moștenitor, înregistrarea cererii posesorului de înscriere în cartea funciară a dreptului real imobiliar inclus în moștenirea vacantă face ca dreptul să fie obținut pe temeiul uzucapiunii extratabulare.

Potrivit art 887 alin.(1) din C.civ:” Drepturile reale se dobândesc fără înscriere în cartea funciară când provin din moștenire, accesiune naturală, vânzare silită, expropriere pentru cauză de utilitate publică, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege.”

Posesia este o condiție esențială a uzucapiunii indiferent de felul ei și aceasta presupune îndeplinirea a două elemente constitutive: corpus și animus.

În noua reglementare a C.Civ. situația posesiei rămâne aceeași cu excepția reglementării cazurilor de încetare a posesiei(art.921 C.civ)¹.

Legiuitorul noului Cod civil susține faptul că elementul animus nu poate fi exprimat decât prin intermediul elementului corpus. Deoarece elementul corpus nu se poate exprima singur, s-a impus existența elementului animus cu ajutorul acestuia posesia fiind mai ușor de dovedit astfel că potrivit art. 919 alin.(1) C.civ” până la proba contrară, acela care stăpânește bunul este prezumat posesor”.

Față de vechea reglementare, Noul Cod civil nu mai reia întreruperea posesiei alături de viciile acesteia; sunt vicii ale posesiei, așa cum dispune art.922(2) C.civ, discontinuitatea, violența și clandestinitatea.

Viciul întreruperii posesiei se referă la întreruperea uzucapiunii, fiind de fapt o cauză care oprește cursul termenului de prescripție.

Așa cum arată art. 922 alin.(2) C.civ proba viciilor posesiei îi revine celui ce le invocă.

În cazul uzucapiunii imobiliare extratabulare posesia trebuie să fie utilă și exercitată timp de 10 ani. Față de termenul prevăzut în Decretul-lege nr.115/1938² acesta în noua reglementare a fost redus la jumătate. Termenul începe să curgă diferit, după cum imobilul era înscris sau nu în cartea funciară. Atunci când imobilul a fost intabulat termenul începe să curgă în momentul în care are loc decesul proprietarului înscris în cartea funciară sau după caz încetarea existenței persoanei juridice; sau în momentul înscrierii declarației de renunțare în cartea funciară.

În situația imobilului neînscris în cartea funciară așa cum prevede art. 930 alin.(1) lit. c C.civ, termenul uzucapiunii începe să curgă în momentul intrării în posesie a imobilului.

• Modul în care operează uzucapiunea extratabulară și efectele ei

Prin uzucapiune extratabulară dobândirea dreptului de proprietate privată ori a altui drept real principal nu operează de drept, adică în puterea legii. Potrivit art.2512 alin(1) C.civ, ”prescripția poate fi opusă numai de cel în folosul căruia curge, personal sau prin reprezentant, și fără a fi ținut să producă

¹ Posesia încetează prin:

- a) transformarea sa în detenție precară;
- b) înstrăinarea bunului;
- c) abandonarea bunului sau înscrierea în cartea funciară a declarației de renunțare la dreptul de proprietate asupra unui bun imobil;
- d) pierirea bunului;
- e) trecerea bunului în proprietate publică;
- f) înscrierea dreptului de proprietate al comunei, orașului sau municipiului, după caz, conform art. 889 alin.(2);
- g) deposedare, dacă posesorul rămâne lipsit de posesia bunului mai mult de un an.
- h)

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

vreun titlu contrar ori să fi fost de bună-credință”, cel de-al doilea alineat al aceluiași articol arată că: ”organul de jurisdicție competent nu poate aplica prescripția din oficiu”, așa cum prevede art.934 C.civ aceste dispoziții își găsesc aplicarea și în materia prescripției achizitive, respectiv a uzucapiunii. Uzucapantul are un drept de opțiune între a invoca dobândirea dreptului real imobiliar prin uzucapiune extratabulară, și dacă uzucapantul își exercita acest drept, dreptul la opțiune se stinge; ori să renunțe la acest drept și poate să facă acest lucru numai dacă îndeplinește toate condițiile prevăzute de lege.

În noua reglementare asemănător Decretului-Lege nr.115/1938 uzucapiunea extratabulară produce doua efecte esențiale: un efect achizitiv în patrimoniul posesorului uzucapant și un efect extinctiv în detrimentul proprietarului ori al titularului altui drept real înscris în cartea funciară, care a renunțat prin declarație notarială autentică la dreptul său, al titularului dreptului real imobiliar neînscris în cartea funciară ori în detrimentul moștenitorilor proprietarului înscris în cartea funciară sau după caz a succesorilor persoanei juridice care și-a încetat existența.

Pentru că aceste efecte să se producă, este necesar ca posesorul să își fi înregistrat cererea de înscriere a dreptului real principal în cartea funciară.

Momentul la care se produc efectul achizitiv implicit și cel extinctiv este numai momentul înscrierii dreptului său în cartea funciară, această înscriere având efect constitutiv de drepturi.

Efectele uzucapiunii extratabulare în reglementarea art. 28 din Decretul-Lege nr.115/1938 își păstrează ”mutatis mutandis” valabilitatea și în cazul uzucapiunii extratabulare reglementată de art.930 C.civ.

1.2. Uzucapiunea imobiliară tabulară

Uzucapiunea tabulară a fost definită ca fiind ”acel mod de dobândire a unui drept real principal asupra unui bun imobil prin exercitarea, de către persoana înscrisă fără cauză legitimă ca titular al dreptului în cartea funciară, a unei posesii neviciate și de bună-credință timp de 5 ani.”

În temeiul art.931 C.civ posesorul tabular poate să dobândească un drept real principal prin uzucapiune dacă pe lângă exercitarea unei posesii neviciate îndeplinește următoarele condiții:

să existe înscrierea unui drept real imobiliar în cartea funciară, fără ca pentru această înscriere să fi existat o cauză legitimă

cel înscris astfel să fi exercitat asupra bunului ce formează obiectul dreptului real imobiliar o posesie utilă

posesia să fi durat cel puțin 5 ani

Cu privire la prima condiție avem în vedere faptul că prin sintagma ”fără cauză legitimă” cuprinsă în art.931 alin.(1) C.civ se înțelege în opoziție cu principiul legitimității înscrierii unui titlu de dobândire nevalabil.

Potrivit art.888 C.civ ”înscrierea în cartea funciară se efectuează în baza înscrisului autentic notarial, a hotărârii judecătorești rămase definitivă, a certificatului de moștenitor sau în baza unui alt act emis de autoritățile administrative, în cazurile în care legea prevede aceasta.”

În cazul în care ”o înscriere făcută în cartea funciară nu corespunde cu situația juridică reală” așa cum dispune art.907 alin.(1) se poate cere rectificarea acesteia.

Cazurile în care se poate cere rectificarea sunt prevăzute de art.908 alin.(1) C.civ, dar în situația în care nicio persoană interesată nu solicită acest lucru în termen de 5 ani, iar cel înscris îndeplinește condițiile cerute de lege, el va putea dobândi dreptul în temeiul uzucapiunii tabulare.

Nevalabilitatea actului înscris în cartea funciară constă într-un titlu lovit de nulitate absolută sau relativă, care provine de la adevăratul proprietar.

Conform art.909 alin.(1) C.civ, singurul interesat să invoce uzucapiunea tabulară este dobânditorul nemijlocit, față de acesta acțiunea în rectificare fiind imprescriptibilă. În ipoteza în care titlul provine de la un non-dominus, dobânditorul poate fi de bună-credință atunci când acesta nu a cunoscut lipsa calității de proprietar a înstrăinătorului, fie de rea-credință atunci când a cunoscut acest lucru.

Următoarea condiție presupune exercitarea unei posesii utile,adică neviciate și de bună-credință,astfel că așa cum dispune art. 920 alin.(2) C.civ “în cazul imobilelor înscrise în cartea funciară,dobânditorul este de bună-credință dacă înscrie dreptul în folosul său întemeindu-se pe cuprinsul cărții funciare”.

Art. 931 alin.(2) prevede faptul că este necesar ca buna-credință să existe nu numai în momentul înregistrării cererii de înscriere,ci și în momentul intrării în posesie.

Dacă după intrarea în posesie cel înscris află de nevalabilitatea titlului sau acesta nu devine de rea-credință,astfel că prevederile art. 931 alin.(2) C.civ reprezintă o aplicație a principiului mala fides supervenientes non impedit usucapionem.

Ultima condiție se referă la termenul uzucapiunii acesta fiind de 5 ani de la momentul înregistrării cererii de înscriere a dreptului în cartea funciară pe baza titlului nevalid.

Termenul începe să curgă din momentul în care sunt îndeplinite cumulativ ambele condiții respectiv posesia utilă și înscrierea dreptului în cartea funciară .

Atunci când posesia începe ulterior introducerii cererii de înscriere sau intabulării,termenul prescripției va curge de la momentul începerii posesiei.

• Modul în care operează uzucapiunea imobiliară tabulară și efectele acesteia

Uzucapiunea imobiliară tabulară operează “în favoarea unei persoane care este înscrisă în cartea funciară ca titular al unui drept real principal imobiliar”,dar această înscriere fiind făcută fără o “cauză legitimă” poate fi contestată de orice persoană interesată.

Cu privire la uzucapiunea tabulară unii autori¹ au susținut faptul că nu se mai poate vorbi despre un efect extinctiv și un efect achizitiv,dobândirea dreptului real imobiliar fiind realizată prin validarea cauzei nelegitime a înscrierii în urma exercitării unei posesii de bună-credință timp de 5 ani.

Cu privire la acest lucru a fost dezbătută “teoria convalescenței titlului,inițial bolnav,acesta producând el însuși efectul translativ sau constitutiv în raport cu un anumit drept real principal”.²

Uzucapiunea tabulară operează retroactiv,în acest sens art.890 alin.(1) C.civ stabilește faptul că “înscrierile în cartea funciară își vor produce efectele de la data înregistrării cererilor”.

1.3. Uzucapiunea mobilă

Potrivit art.939 C.civ. ”aceia care posedă bunul altuia timp de 10 ani, în alte condiții decât cele care permit dobândirea proprietății bunului prin posesie de bună-credință,poate dobândi dreptul de proprietate,în temeiul uzucapiunii”.

Pentru că uzucapantul să dobândească dreptul de proprietate asupra unui bun mobil acesta trebuie să îndeplinească doua condiții:

posesia exercitată de acesta să fie utilă,adică neviciată

posesorul să stăpânească bunul timp de 10 ani

Și în privința uzucapiunii mobiliare se aplică dispozițiile din materia uzucapiunii imobiliare respectiv art.932 alin.(2) “viciile posesiei suspendă cursul uzucapiunii”,joncțiunea posesiilor(art.933) și modul de calcul al termenelor.

În privința bunurilor mobile operează prezumția de titlu de proprietate reglementată de art. 935 C.civ,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”.

Dobânditorul de bună-credință cu titlu gratuit cât și posesorul de rea-credință pot opune uzucapiunea adevăratului proprietar.

¹ V.Stoica,R.Peptan

² V.Stoica,op.cit.Drept civil.Drepturile reale principale,vol.II,nr.348,p.469-470

Termenul uzucapiunii mobiliare curge de la intrarea în posesie a uzucapantului. La fel ca și celelalte forme de uzucapiune, uzucapiunea mobilă produce două efecte: un efect extinctiv și unul achizitiv, aceste efecte se produc din momentul invocării uzucapiunii.

• **Joncțiunea posesiilor**

Articolul 933 alin.(1) C.civ dispune faptul că” fiecare posesor este considerat că începe în persoana sa o nouă posesie, indiferent dacă bunul a fost transmis cu titlu universal sau particular”. Posibilitatea invocării joncțiunii posesiilor reiese din art. 933 alin.(2) C.civ conform căruia “pentru a invoca uzucapiunea, posesorul actual poate să unească propria posesie cu aceea a autorului său”.

Doctrinarii au definit joncțiunea posesiilor ca fiind adăugarea la termenul posesiei actuale exercitate de către uzucapant a timpului cât bunul s-a aflat în posesia autorului său.

Joncțiunea posesiilor nu este obligatorie, aceasta este facultativă în sensul că posesorul actual are posibilitatea să aleagă între a invoca sau nu unirea celor două posesii.

Joncțiunea posesiilor presupune îndeplinirea a două condiții:

a) să existe două sau mai multe posesii utile, astfel că detenția precară nu se poate uni cu o posesie, la fel și cea viciată

b) posesorul ce se prevalează de joncțiunea posesiilor să fie un succesor în drepturi al posesorului anterior

În cazul uzucapiunii tabulare pentru a invoca joncțiunea posesiilor este necesar ca atât succesorul cât și autorul să fie de bună-credință. În ipoteza în care autorul îndeplinește condițiile impuse de uzucapiunea tabulară, dar succesorul este de rea-credință, cel din urmă va uzucapa cu ajutorul uzucapiunii extratabulare, având posibilitatea de a adăuga la durata posesiei sale durata posesiei autorului său.

• **Calculul termenului uzucapiunii**

Potrivit art. 934 C.civ în materia cursului uzucapiunii se aplică dispozițiile privitoare la prescripția extinctivă.

• **Începutul și împlinirea uzucapiunii:**

Termenul curge diferit pentru fiecare formă de uzucapiune în parte. Astfel că în cazul uzucapiunii extratabulare termenul de 10 ani nu va începe să curgă înainte de data decesului persoanei fizice, sau după caz, încetării existenței persoanei juridice a titularului dreptului înscris în cartea funciară; respectiv înregistrării cererii de renunțare a dreptului.

În ceea ce privește ipoteza imobilului neînscris în cartea funciară termenul începe să curgă de la data intrării în posesie.

Pentru uzucapiunea tabulară termenul de 5 ani începe să curgă după momentul înregistrării cererii de înscriere făcută de cel fără o cauză legitimă. (art. 931 alin.(1) C.civ)

În cazul uzucapiunii mobiliare termenul începe să curgă de la data intrării în posesie.

Conform art.2552 C.civ alin.(1) “ când termenul este stabilit pe săptămâni, luni sau ani, el se împlineste în ziua corespunzătoare din ultima săptămână ori lună sau din ultimul an”.

Termenul uzucapiunii poate să curgă fără nicio dificultate, dar pot exista situații care să afecteze curgerea sa obișnuită. Aceste situații pot fi fie cauze de suspendare, fie de întrerupere.

• **Suspendarea uzucapiunii**

Suspendarea uzucapiunii 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 imposibilitatea de a acționa.¹

¹ V.Stoica, op.cit. Drept civil. Drepturile reale principale, p.364

Cazurile generale de suspendare a prescripției sunt reglementate de art.2532 C.civ¹ la care se adaugă și dispozițiile prevăzute de art. 932 alin.(2) conform căruia “viciile posesiei suspendă cursul uzucapiunii”.

După încetarea cauzei de suspendare,uzucapiunea își reia cursul,socotindu-se și timpul scurs înainte de suspendare.²

• Întreruperea uzucapiunii

Întreruperea uzucapiunii constă în modificarea cursului acesteia prin înlăturarea posesiei anterioare unei cauze de întrerupere și începerea unei noi posesii după încetarea acțiunii acestei cauze.³

Pentru ca posesia să ducă la dobândirea dreptului de proprietate aceasta trebuie să fie neîntreruptă.

Art.2537 C.civ⁴ reglementează cazurile de întrerupere a prescripției.

Spre deosebire de vechiul Cod civil,Noul Cod civil a renunțat la reglementarea cauzelor naturale de întrerupere a prescripției.Cu toate acestea,în situația în care posesorul rămâne lipsit de posesia bunului mai mult de un an prescripția este întreruptă,deoarece art. 921 lit.g) C.civ numește această situație o cauză de încetare a posesiei.

¹ Prescripția nu începe să curgă, iar, dacă a început să curgă, ea se suspendă:

1. între soți, cât timp durează căsătoria și nu sunt separați în fapt;
2. între părinți, tutore sau curator și cei lipsiți de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă ori între 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 altora și cei ale căror bunuri sunt astfel administrate, cât timp administrarea nu a încetat și socotelile nu au fost date și aprobate;
4. în cazul celui lipsit de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, cât timp nu are reprezentant sau ocrotitor legal, în afară de cazurile în care există o dispoziție legală contrară;
5. cât timp debitorul, în mod deliberat, ascunde creditorului existența datoriei sau exigibilitatea acesteia;
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 în care cel îndreptățit la acțiune trebuie sau poate, potrivit legii ori contractului, să folosească o anumită procedură prealabilă, 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 declanșarea procedurii, dacă prin lege sau contract nu s-a stabilit un alt termen;
8. în cazul în care titularul dreptului sau cel care l-a încălcat face parte din forțele armate ale României, cât timp acestea se află în stare de mobilizare sau de război. Sunt avute în vedere și persoanele civile care se găsesc în forțele armate pentru rațiuni de serviciu impuse de necesitățile războiului;
9. în cazul în care cel împotriva căruia curge sau ar urma să curgă prescripția este împiedicat de un caz de forță majoră să facă acte de întrerupere, cât timp nu a încetat această împiedicare; forța majoră, când este temporară, nu constituie o cauză de suspendare a prescripției decât dacă survine în ultimele 6 luni înainte de expirarea termenului de prescripție;

10. în alte cazuri prevăzute de lege.

² G.Boroi,Carla A. Anghelescu,Bogdan Nazat,op.cit.pag.235

³ V.Stoica,op.cit. Drept civil.Drepturile reale principale,p.366

⁴ Prescripția se întrerupe:

- 1.printr-un act voluntar de executare sau prin recunoașterea,în orice alt mod,a dreptului a cărui acțiune se prescrie,făcută de către cel în folosul căruia curge prescripția;
- 2.prin introducerea unei cereri de chemare în judecată sau de arbitraj,prin înscrierea creanței la masa credală în cadrul procedurii insolvenței,prin depunerea cererii de intervenție în cadrul urmăririi silite pomite de alți creditori ori prin invocarea ,pe cale de excepție, a dreptului a cărui acțiune se prescrie;
- 3.prin constituirea ca parte civilă pe parcursul urmăririi penale sau în fața instanței de judecată până la începerea cercetării judecătorești; în cazul în care despăgubirile se acordă, potrivit legii, din oficiu, începerea urmăririi penale întrerupe cursul prescripției, chiar dacă nu a avut loc constituirea ca parte civilă;
4. prin orice act prin care cel în folosul căruia curge prescripția este pus în întârziere;
5. în alte cazuri prevăzute de lege.

III. Concluzii

Prin dispozițiile cuprinse în Noul Cod civil în materia uzucapiunii, se realizează o adaptare la nevoile de reglementare ale vremii și o aliniere la prevederile codurilor civile moderne.

Legiutorul român a preluat cu îmbunătățiri substanțiale dispozițiile Decretului nr.115/1938 completând prevederile acestuia și răspunzând în acest fel și criticilor justificate și propunerilor venite din partea literaturii de specialitate.

În opinia mea acestei instituții de drept civil i se atribuie un rol important deoarece uzucapiunea este abordată ca fiind o problemă complexă, datorită faptului că ea nu poate fi cercetată doar cu privirea la domeniul ei de aplicare, la efectele ei etc. ci împreună cu dreptul de proprietate, cu posesia ca o condiție esențială și necesară a uzucapiunii.

Această temă ridică numeroase probleme cel mai adesea controversate în practica juridică.

Referințe bibliografice

- Gabriel Boroi, Carla Alexandra Anghelescu, Bogdan Nazat, „Curs de drept civil Drepturile reale principale conform noului Cod civil”, Editura Hamangiu, 2013
- Corneliu Bîrsan, „Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil”, Editura Hamangiu, 2013
- Valeriu Stoica, „Drept civil. Drepturile reale principale”, Editura C.H.Beck, 2009
- Rodica Peptan “Uzucapiunea în Noul Cod civil” în Revista Dreptul nr.8/2010, p.11-39
- Noul Cod civil comentarii, doctrina și jurisprudență, Editura Hamangiu, 2012

CONTRACTUL DE FURNIZARE

Miruna Mihaela TĂNĂSESCU¹

Abstract

Principalul izvor al obligațiilor comerciale este contractul. Noua abordare unitară a raporturilor de drept comercial aduce schimbări și în ceea ce privește contractele din această ramură. Una din clasificările contractelor este realizată după cum ele sunt sau nu reglementate în legislație, astfel după intrarea în vigoare a noului Cod civil contractul de furnizare face parte din categoria contractelor numite. În prezenta lucrare vom analiza prin diverse metode în ce constă unicitatea contractului de furnizare și motivele care au stat la baza reglementării lui ca și contract de sine stătător. După o cercetare minuțioasă am descoperit că ceea ce face ca acest contract să fie incomparabil este dat de natura complexă a obiectului său care poate fi pe de o parte transferul dreptului de proprietate asupra unor bunuri iar pe de altă parte prestarea de servicii. Astfel, contractul de furnizare se aseamănă atât cu contractul de vânzare-cumpărare cât și cu contractul de prestări servicii el împrumutând elemente de la cele două chiar dacă cel din urmă este un contract nenumit, fapt ce ne aduce în fața următoarei întrebări cum poate un contract numit să împrumute elemente de la un contract nenumit? Întrebare ce își găsește răspunsul în faptul că ceea ce deosebește un contract de altul nu este numele său ci voința părților exprimată prin el. Contractul de furnizare este un contract specific relațiilor comerciale și scopul acestei lucrări este dat de dorința unei cât mai bune aplicări a acestui contract în practică.

Cuvinte cheie: *Contract de furnizare, bunuri, servicii, Codul civil, vânzare-cumpărare*

Introducere

Dreptul Comercial este o ramură de drept privat a cărei existență s-a născut odată cu dorința de dezvoltare a societății omenești mai exact odată cu apariția noțiunii dreptului de proprietate.

Noțiunea de drept comercial poate fi privită din trei puncte de vedere. Din punct de vedere etimologic această expresie provine din latinescul commercium, ce reprezintă o îmbinare a cuvintelor “cum” și “merx” și care înseamnă operațiuni cu mărfuri. Sub aspect economic noțiunea de comerț face referire la activitatea de schimb și circulație a mărfurilor de la producător la consumător. Din punct de vedere juridic prin comerț înțelegem totalitatea operațiunilor de producere a mărfurilor de interpunere în schimb, circulația bunurilor, executarea de lucrări și prestarea serviciilor. Astfel, dreptul comercial este un ansamblu de norme juridice de drept privat care sunt aplicabile raporturilor juridice izvorâte din activități de producție, comerț, prestării de servicii și executări de lucrări precum și raporturile juridice la care participă profesioniștii care au calitatea de comerciant².

Continut lucrare

La început raporturile comerciale aveau la bază norme cutumiare însă odată cu trecerea vremii normele au fost Codificate astfel în anul 1817 apare Codul Comercial ce a fost abrogat parțial prin Codul Civil din 2009, celelalte noțiuni fiind abrogate prin intrarea în vigoare a Codului de Procedură Civilă la data de 15.02.2013.

¹ Student, an 3, Facultatea de Drept, Universitatea Nicolae Titulescu, București, (e-mail: miruna_mhl@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. univ. dr. Vasile Nemeș și Asist. univ. dr. Sitaru Dan Alexandru (e-mail: sitaru.alexandru@yahoo.com).

² Vasile NEMEȘ, “Drept comercial”, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 2.

La baza corespondenței dintre dreptul comercial și dreptul civil stă noul Cod civil ale cărui dispoziții prezente în art. 3 prevăd că normele prezentului Cod se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil.

Efectuarea unei activități comerciale ce se compune din producerea și circulația mărfurilor, executarea de lucrări și prestarea de servicii presupune încheierea unor acte juridice și săvârșirea de fapte juridice și operațiuni economice.

Principalul izvor al obligațiilor comerciale este contactul. Contractele încheiate de profesioniștii care exploatează o întreprindere economică având ca obiect producerea și circulația mărfurilor, prestarea de servicii și executarea de lucrări în scopul obținerii de profit sunt contracte comerciale¹.

Odată cu apariția Codului Civil din 2009 au fost reglementate și contractele de furnizare și contractul de fiducie. În prezenta lucrare ne vom opri asupra analizării contractului de furnizare, contract ale cărui aplicații le întâlnim încă dinainte de noul Cod civil prin contractul furnizare a energiei termice², a energiei electrice³ și a gazelor⁴.

Conform Codului comercial erau considerate ca fapte de comerț și întreprinderile de furnituri, ce reprezintă faptele juridice premergătoare contractului de furnizare. Doctrina a definit “întreprinderea de furnitură” ca fiind o activitatea sistematic organizată prin care întreprinzătorul în schimbul unui preț prestabil, asigură prestarea unor servicii sau predarea unor bunuri la anumite termene succesive⁵.

Codul civil definește contractul de furnizare ca fiind contractul prin care o parte, denumită furnizor se obligă să transmită proprietatea asupra unei cantități determinate de bunuri și să le predea la unul sau mai multe termene ulterioare încheierii contractului ori în mod continuu, sau să presteze anumite servicii, la unul sau mai multe termene ulterioare, ori în mod continuu, iar cealaltă parte, denumită beneficiar se obligă să preia bunurile sau să primească serviciile și să plătească prețul lor.

Contractul de furnizare este un contract *sui generis*. Acesta poate avea ca obiect atât prestarea de servicii corelativă cu obligația de a face cât și transmiterea dreptului de proprietate asupra unor produse corelativ cu obligația de a da.

Elementul definitoriu al acestui contract constând în executarea sistematică și reiterată a acestei prestații cu vocație de stabilitate în timp, ce îl deosebește atât de vânzare cât și de prestarea de servicii.

Articolul 1766 alin.3 din Codul civil ne spune că natura juridică a unui contract de vânzare de bunuri va putea fi deosebită de cea a unui contract de furnizare de bunuri sau servicii în funcție de obligația principală și cea accesorie.

Din definiția prezentată reies caracterele juridice ale contractului de furnizare⁶:

a) Contractul de furnizare este un contract translativ de proprietate. Unul din efectele produse de acest contract este faptul că titularul dreptului de proprietate asupra bunurilor predate către furnizor va fi beneficiarul. Furnizorul se obligă să transmită proprietatea asupra unei cantități de bunuri și să le predea, momentul predării devenind și momentul transferului dreptului de proprietate așa cum reiese din art. 1766 alin. (1) și art. 1767 alin. (1) C. civ. ;

b) Este un contract sinalagmatic, obligațiile ce se nasc din acest contract sunt reciproce și interdependete ;

¹ St. D. **CARPENARU**, “*Tratat de drept comercial român*” –Conform noului Cod civil, ed a 3-a, rev, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pag. 400 .

² Legea nr. 325/2006 a serviciului public de alimentare cu energie termică (M. Of. nr. 651 din 27 iulie 2006) .

³ Legea nr. 318/2003 a energiei electrice (M. Of. nr. 511 din 16 iulie 2003) .

⁴ Legea nr. 351/2004 a gazelor (M. Of. nr. 679 din 28 iulie 2004) .

⁵ I.L. **GEORGESCU**, “*Drept comercial român*”, Ed. Lumina Lex, București, 1994, pag. 137 .

⁶ Vasile **NEMEȘ**, op. cit., p.287 și St.D. **CARPENARU**, op. cit., pag. 488 .

c) Este un contract cu titlu oneros prin urmare fiecare parte urmărește ca în schimbul obligațiilor asumate, să-și procure un avantaj ;

d) Este un contract consensual, conform art. 1178 C. civ. acest contract se încheie prin simplul acord de voință al părților. Legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă. Forma scrisă a contractului este cerută ad probationem ;

e) Este un contract cu executare succesivă, acest caracter rezultă din faptul că obligația de livrare de bunuri sau obligația de prestare de servicii este executată la unul sau mai multe termene ori continuu pe o durată determinată sau determinabilă ;

f) Furnizarea este un contract comutativ pentru că la momentul încheierii sale, existența drepturilor și obligațiilor părților este certă iar întinderea acestora este determinată sau determinabilă, cele două părți contractante cunoscând obligațiile ce le revin încă din momentul negocierii și perfectării contractului .

Obiectul mixt al contractului de furnizare îi conferă acestuia unele caractere ce îl fac să se asemene atât cu contractul de vânzare-cumpărare cât și cu contractul de prestări servicii.

O primă asemănare între contractul de furnizare și contractul de vânzare-cumpărare este dată de caracterul transaltiv de proprietate. Contractul de furnizare transferând dreptul de proprietate de la furnizor la beneficiar așa cum în cadrul contractului de vânzare-cumpărare se realizează transferul de la vânzător la cumpărător. O altă asemănare este dată de obligațiile reciproce și interdependente ce se nasc în urma perfectării acestor două contracte, o parte obligându-se să predea bunurile iar cealaltă parte să plătească prețul acestora.

Cu toate acestea între cele două contracte stau și o serie de deosebiri. Contractul de vânzare are ca obiect doar transmiterea proprietății asupra unor bunuri pe când contractul de furnizare are ca obiect și prestarea de servicii. Vânzarea transferă proprietatea atât asupra bunurilor mobile cât și asupra bunurilor imobile pe când contractul de furnizare conform art. 1767 C. civ. transferă proprietatea doar asupra bunurilor mobile, astfel rezultând că obiectul acestui contract este constituit de mărfuri, produse și alte asemenea ce intră în noțiunea de bunuri mobile în accepțiunea Codului civil. În cazul vânzării, obiectul acesteia poate fi deopotrivă un bun individual determinat sau mai multe bunuri în timp ce furnizarea privește doar bunurile de gen.

Art. 1767 C. civ. stipulează că în cazul contractului de furnizare transmiterea proprietății și predarea bunurilor se face la unul sau mai multe termene ulterioare încheierii contractului ori în mod continuu astfel contractul de furnizare fiind prin natura sa un contract cu executare succesivă, pe când contractul de vânzare este un contract cu executare *uno-ictu* chiar dacă prețul acestuia este plătit în mai multe tranșe la termene stabilite, fiind vorba de o singură obligație eșalonată în timp, proprietatea asupra bunului transferându-se dintr-odată în momentul încheierii contractului și nu ca în cazul furnizării în momentul predării fiecărui bun¹.

Contractul de furnizare se aseamănă cu contractul de prestării servicii prin faptul că amândouă sunt contracte sinalagmatice furnizorul asigurând prestarea continuă a serviciului în timp ce beneficiarul își execută obligația de plată a prețului . Totodată aceste contracte sunt cu titlu oneros deoarece atât furnizorul cât și beneficiarul urmăresc obținerea unui echivalent material, în schimbul angajamentului propriu, cele două caractere juridice aflându-se în strânsă legătură.

O deosebire între cele două contracte constă în faptul că contractul de furnizare poate avea ca obiect și predarea bunurilor pe când contractul de prestări servicii poate avea ca obiect doar prestarea de servicii. Totodată, în cadrul contractului de furnizare prestarea serviciilor se realizează în mod continuu pe o perioadă de timp determinată sau determinabilă, pe când în cadrul contractului de prestări servicii această obligație se execută dintr-o dată conform caracterului său *uno-ictu*. O altă deosebire între cele două contracte este dată de clasificarea acestora în contracte numite și nenumite astfel, contractul de furnizare a devenit un contract numit prin intrarea în vigoare a Codului Civil din 2009 pe când contractul de prestări servicii a rămas un contract nenumit.

¹ Vasile NEMEȘ, op. cit., pag. 288 .

Așa cum ne arată și art. 1179 C. civ. contractul de furnizare trebuie să îndeplinească anumite condiții pentru a putea fi considerat valabil încheiat. O primă condiție este cea dată de capacitatea părților, acestea trebuie să îndeplinească regulile generale care se vor completa cu cele privind vânzarea prin urmare dispozițiile art. 1654 și art. 1655 C. civ. privind incapacitățile de a vinde vor putea fi aplicate și în cadrul contractului de furnizare.

În ceea ce ne privește consimțământul părților acesta trebuie să fie serios, liber și exprimat în cunoștință de cauză. Contractul de furnizare la fel ca și orice alt contract se încheie prin negocierea lui de către părți sau chiar prin acceptarea unei oferte de a contracta așa cum reiese din art. 1182 C. civ.

Pentru a îndeplini cea de-a 3-a condiție obiectul contractului trebuie să fie determinat și licit. În cazul contractului de furnizare obiectul este dat pe de-o parte de livrarea de bunuri sau prestarea de servicii iar pe de altă parte de prețul bunurilor sau serviciilor. Pentru a fi în prezența unui contract de furnizare cu obiect determinat dispozițiile acestuia vor trebui să cuprindă cantitatea de bunuri sau volumul serviciilor care vor fi livrate respectiv prestate pe durata contractului.

Obiectul contractului este licit atunci când nu este prohibit de lege sau nu contravine ordinii publice ori bunelor moravuri. În cadrul contractului de furnizare trebuie să fie prevăzut și prețul bunurilor sau al serviciilor, în lipsa unor astfel de prevederi beneficiarul va plăti prețul stabilit de lege. Un exemplu de obiect ilicit fiind furnizarea de droguri sau narcotice.

Ultima condiție de validitate este dată de cauza contractului. Cauza este motivul care determină fiecare parte să încheie contractul și ea trebuie să existe, să fie licită și morală.

Contractul de furnizare este un contract sinalagmatic de unde rezultă că vor exista drepturi și obligații corelative atât în sarcina furnizorului cât și în persoana beneficiarului.

Principalul efect al acestui contract îl reprezintă transferul dreptului de proprietate de la furnizor la beneficiarul bunurilor ce formează obiectul furnizării. Așa cum reiese din Codul civil definiția dată de legiuitor în art. 1766 C. civ. transmiterea proprietății bunurilor mobile este de esență contractului.

Spre deosebire de contractul de vânzare-cumparare, momentul transferului dreptului de proprietate în cazul contractului de furnizare coincide cu cel al predării bunurilor către beneficiar.

Contractul de furnizare este un contract specific raporturilor comerciale în care de cele mai multe ori părțile se găsesc la distanță. Datorită dezvoltării și extinderii tehnologiei au fost create noi posibilități de încheiere a contractelor ce au la bază mijloace electronice de comunicare la distanță cum ar fi contractele încheiate prin telefon sau contractele electronice.

În cazul unor astfel de contracte încheiate la distanță bunurile ce fac obiectul contractului trebuie transportate către beneficiar iar acest lucru se realizează de cele mai multe ori printr-o terță persoană denumită cărauș. Astfel, în ceea ce ne privește Codul civil prin art. 1767 alin. (3) prevede că momentul în care bunurile se consideră predate către beneficiar este momentul în care ele sunt predate căraușului.

Una din obligațiile furnizate este să predea bunurile beneficiarului. Totodată acesta are și obligația corelativă de a le procura până în momentul predării în cazul în care acesta nu este proprietarul lor în momentul încheierii contractului pentru că spre deosebire de contractul de vânzare în cadrul căruia transferul proprietății are loc la momentul încheierii contractului nu la predarea bunurilor, în cadrul furnizării această acțiune se poate realiza la unul sau mai multe momente ulterioare în cadrul contractului.

Art. 1766 alin. (2) C. civ. oferă posibilitatea furnizorului să presteze și serviciile corelative furnizării bunurilor cum ar fi încărcarea bunurilor în mijlocul de transport, obținerea de autorizații, avize, aprobări, în cazul în care transmiterea bunurilor este accesorie unei obligații principale în cadrul contractului de furnizare.

În cazul în care avem de-a face cu prestarea serviciilor în cadrul contractului de furnizare Codul civil nu menționează nici o regulă prin urmare aceste aspecte vor rămâne la aprecierea părților. Acestea vor trebui să stabilească natura și calitatea serviciilor ce urmează a fi prestate în regim de furnizare cât și termenele la care acestea vor fi prestate și prețul serviciilor.

În cadrul neexecutării obligației de livrare a bunurilor ce fac obiectul furnizării vor fi incidente regulile aplicabile vânzării. Prin urmare beneficiarul poate invoca excepția de neexecutare, acesta putând să refuze plata prețului atât timp cât nu i-au fost livrate bunurile. Totodată beneficiarul poate cere în baza art. 1527 C. civ. executarea în natură a contractului, drept carea include și repararea sau înlocuirea bunului precum și orice alt mijloc de a remedia executarea defectuoasă. În cele din urmă beneficiarul poate ajunge chiar până la a cere rezoluțiunea contractului cu daune-interese.

Prin noul Cod civil se aduce o modificare și în ceea ce privește persoana ce suportă riscul pieririi bunurilor astfel regula *res perit domino* a fost înlocuită în noua reglementare de către *res perit debitori*. Suportarea riscului pieririi bunurilor în cazul contractului de furnizare diferă în funcție de momentul la care ne aflăm, riscul poate cădea atât în sarcina furnizorului cât și a beneficiarului, proprietarul ne mai fiind singura persoană în sarcina cui cade această obligație. Prin urmare, până în momentul predării bunurilor riscul este suportat de furnizor, el fiind debitorul obligației de predare, ceea ce înseamnă că dacă până în momentul predării bunurile pier total sau parțial acestea vor trebui înlocuite cu bunuri de același gen de către furnizor. Din dispozițiile art 1767 C. civ., prin care este menționat faptul că transferul dreptului de proprietate de la furnizor la beneficiar se realizează în momentul predării bunurilor, coroborate cu dispozițiile art. 1274 C. civ. reiese că în cazul pieririi fortuite a bunurilor ce formează obiectul obligației de furnizare furnizorul pierde dreptul la contraprestație sau dacă a primit-o el are obligația să o restituie pentru că riscul rămâne în sarcina debitorului obligației de predare. În cazul obligației de garanție contra evicțiunii în lipsa unor prevederi exprese în cadrul contractului de furnizare vor fi aplicabile regulile de la vânzare conform art. 1771 C. civ., prin urmare furnizorul trebuie să îl garanteze contra evicțiunii care l-ar împiedica total sau parțial pe beneficiar în stăpânirea netulburată a lucrului furnizat.

O altă obligație pe care furnizorul trebuie să și-o asume este cea de garanție contra viciilor bunurilor furnizate. Astfel, furnizorul va răspunde pentru viciile ascunse dar și pentru cele aparente descoperite de beneficiar cu ocazia recepției bunurilor. Livrarea acestora având loc la sediul beneficiarului acesta va fi momentul la care beneficiarul va putea identifica viciile aparante. În cazul în care beneficiarul nu poate face recepția bunurilor la livrare el se poate asigura contra viciilor aparente prin introducerea în contract a unei clauze care să îi confere un termen de o săptămână de la livrare în care el să poată invoca această garanție. Fiind în domeniul dreptului comerial se prezumă că furnizarea are loc între profesioniști prin urmare beneficiarul are la dispoziție un termen de două zile de la descoperirea viciilor ascunse pentru a i le aduce la cunoștință furnizorului.

Un efect al răspunderii furnizorului contra viciilor este dat de art. 1710 alin. (1) C. civ. conform căruia beneficiarul poate cere instanței :

- a. Înlăturarea viciilor de către furnizor pe cheltuiala acestuia ;
- b. Înlocuirea bunurilor livrate cu bunuri de același fel însă lipsite de vicii;
- c. Reducerea corespunzătoare a prețului;
- d. Rezoluțiunea furnizării;

Instanța poate dispune o altă măsură decât cea cerută de beneficiar, la cererea furnizorului și luând în considerare gravitatea viciilor și scopul pentru care contractul a fost încheiat¹.

Caracterul sinalgmatic naște obligații și în sarcina beneficiarului iar acestea sunt obligația de preluare a bunurilor și cea de plată a prețului bunurilor sau serviciilor.

În ceea ce privește cea dintâi obligație Codul civil menționează în art. 1767 alin. (2) că preluarea bunurilor se realizează prin recepția de către beneficiar, moment în care se identifică și se constată cantitatea și calitatea bunurilor livrate. La acest moment încheindu-se și un proces-verbal în care vor fi menționate constatările realizate odată cu recepția bunurilor. Recepția trebuie realizată și în cazul în care obiectul furnizării este prestarea de servicii, beneficiarul având obligația de a

¹ Liviu STĂNCIULESCU, „Curs de drept civil: Contracte”, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 169 .

identifica și constata calitatea serviciilor. Dacă părțile nu fac recepția sau nu identifică și constată cantitatea și calitatea bunurilor respectiv serviciilor va opera prezumția conform căreia acestea nu au fost furnizate în condițiile contractului. În cazul în care predarea bunurilor nu se face direct de către furnizor beneficiarul, ca un profesionist diligent, are obligația de a se asigura că transportatorul îi conferă o garanție în caz de pierdere totală sau parțială a bunurilor pe timpul transportului.

Având în vedere că ne aflăm în fața unui contract cu titlu oneros beneficiarul are obligația de a plăti prețul bunurilor sau serviciilor de care a beneficiat. Prețul datorat de beneficiar este cel stabilit în contract sau prevăzut de lege. În cazul în care în timpul executării contractului se modifică reglementarea legală a prețului sau criteriile de determinare a acestuia între părți vor rămâne valabile dispozițiile prevăzute în contract, în afară de cazul în care legea prevede expres că se va aplica noua reglementare și contractelor aflate în executare. În această situație fiecare dintre părți are posibilitatea de a denunța contractul în timp de 30 de zile de la intrarea în vigoare a legii, termen în care părțile vor aplica prețul stabilit în contract.[art. 1768 C. civ.].

Părțile contractului de furnizare pot stabili și alte drepturi și obligații contractuale, iar dacă acestea rămân în pasivitate raporturile juridice izvorâte din contract se vor completa în măsura compatibilității lor cu cele de la contractul de vânzare conform principiului consacrat de art 1771 C. civ. .

Noul Cod civil reglementează în cadrul contractului de furnizare un element de noutate ce constă în subcontractare. În ceea ce ne privește contractul de furnizare nu este un contract *intuitu personae* astfel încât legiuitorul dă posibilitatea furnizorului să subcontracteze predarea bunurilor sau prestarea serviciilor ce fac obiectul furnizării. Din lege aflăm că suntem în prezența unei subcontractări atunci când bunul sau serviciul care face obiectul contractului este livrat respectiv prestat de către un terț cu care furnizorul a subcontractat în acest scop

Cu toate acestea art 1769 alin. (2) C. civ. menționează că subcontractarea nu se poate realiza atunci când contractul de furnizare are caracter strict personal sau natura contractului nu permite subcontractarea.

În cazul subcontractării raporturile juridice sunt stabilite între furnizor și subcontractant precum și între furnizor și beneficiar de unde rezultă că obligația de executare a contractului precum și cea de răspundere pentru executare față de beneficiar rămân în sarcina furnizorului. Cu toate acestea legea îi recunoaște însă furnizorului un drept de regres împotriva subcontractantului¹.

Încetarea contractului de furnizare se va realiza prin aplicarea dispozițiilor comune în materia încetării actelor juridice. Modalitățile cel mai des întâlnite prin care contractul de furnizare încetează sunt: ajungerea la termen, denunțarea unilaterală în cazul în care nu este stabilit un termen contractual, prin voința comună a părților, prin imposibilitatea materială sau juridică de furnizare sau de recepție a bunurilor sau serviciilor, prin declanșarea procedurii insolvenței asupra uneia dintre părțile contractante cât și prin cazurile specifice contractului de vânzare².

În ceea ce privește încetarea contractului de furnizare practica stabilește ca o altă modalitate de încetarea pierderea titlului juridic în baza căruia s-a încheiat contractul .

Astfel, Tribunalul Vâlcea, secția comercială, prin sentința civilă nr. 124 din 12 februarie 2001 dispune rezilierea contractelor de furnizare a energiei electrice încheiate între reclamanta S.C.D. SRL. Pitești și pârâta S.C.E. SA Rm Vâlcea și restituirea prețului serviciilor plătit în anticipație. Temeiul juridic al sentitei este dat de de art. 22 din H.G. nr. 236/1993, conform căruia titularul contractelor de furnizare a energiei electrice este obligat să ceară rezilierea acestora în cazul pierderii titlului juridic în baza căruia a fost încheiat contractul și de art. 7 din Decretul nr. 167/1958 care prevede că dreptul material la acțiunea în restituire a anticipație nu s-a prescris din moment ce acesta se naște la data încetării raportului juridic.³

¹ Vasile NEMEȘ, op. cit., p. 289 .

² Idem , p. 290 .

³ "Revista de drept comercial", nr. 12, 2005, anul xv, p. 189 .

Concluzii

În concluzie, prin analizarea acestui contract am descoperit că el poate fi aplicat cu ușurință în relațiile comerciale fiind un contract echilibrat din punct de vedere al drepturilor și obligațiilor atât pentru furnizor cât și pentru beneficiar. Atât beneficiile cât și riscurile căzând în sarcina părților în mod egal în funcție de momentul la care ne aflăm în executarea acestui contract. Contractul de furnizare este un contract unic atât printre contractele comerciale cât și cele civile. Obiectul său mixt oferindu-i în afară de un caracter special și o largă aplicabilitate practică.

În ciuda unei reglementări succinte, acest contract este completat cu normele contractului de vânzare cumpărare, fiind eliminate situatiile de incertitudine ce pot apărea în executarea unui contract și totodată aceste norme pot fi completate și cu voința părților datorită caracterului său consensual.

Prin această lucrare am vrut să arătăm utilitatea reglementării contractului de furnizare ce se amplifică odată cu trecerea timpului și cu dezvoltarea economică a societății noastre cât și caracteristicile lui pentru a-i conferi o mai bună aplicare în practică.

Referințe bibliografice :

1. Vasile Nemeș, Drept comercial, Ed. Hamangiu, București, 2012 ;
2. St.D. Carpenaru, Tratat de drept comercial român –Conform noului Cod civil,ed a 3-a, rev, Ed. Universul Juridic, București, 2012 ;
3. I.L.Georgescu, Drept comercial român, Ed. Lumina Lex, București, 1994 ;
4. Liviu Stanciulescu , Curs de drept civil: Contracte, Ed. Hamangiu, București, 2012 ;
5. Revista de drept comercial, nr. 12, 2005,anul xv ;
6. Codul Civil

ACȚIUNEA ÎN REVENDICARE MOBILIARĂ ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL

Oana Durubală*

Abstract

Acțiunea în revendicare, cea mai cunoscută modalitate de apărare a dreptului de proprietate, este o instituție ce a suferit o serie de modificări odată cu intrarea în vigoare a noului Cod Civil. Trebuie menționat faptul că acțiunea în revendicare mobilă în sistemul nostru de drept cunoaște un regim juridic distinct față de acțiunea în revendicare imobiliară. Această distincție se datorează în primul rând faptului că în cazul bunurilor mobile posesia de bună-credință valorează titlu de proprietate.

Codul Civil prevede anumite situații distincte în ceea ce privește exercitarea unei acțiuni în revendicare mobilă. Astfel, în prezentul studiu mi-am propus să tratez acțiunea în revendicare mobilă ce prezintă anumite caracteristici specifice, făcând o comparație între actuala și vechea reglementare. Analiza privește condițiile referitoare la posesia terțului dobânditor, revendicarea bunului mobil în situația în care a fost pierdut sau furat și efectele admiterii acțiunii în revendicare mobilă ce vizează, cu precădere, aspecte cu privire la restituirea bunului, la restituirea produselor și a fructelor și suportarea cheltuielilor.

Cuvinte cheie: *codul civil, revendicare, bună-credință, drept de retenție, posesie*

1. Introducere

În doctrina de specialitate, mijloacele de apărare a dreptului de proprietate au fost definite ca fiind „totalitatea acțiunilor în justiție prin care titularul dreptului solicită instanței de judecată să pronunțe hotărâri în scopul de a înlătura orice atingere sau încălcare a dreptului său”¹

Acțiunea în revendicare este definită ca fiind cea acțiune în justiție prin care reclamantul care pretinde că este proprietarul unui bun individual determinat, asupra căruia a pierdut posesia, solicită obligarea pârâtului, care stăpânește bunul respectiv, să îi recunoască dreptul de proprietate și să îi restituie bunul².

În codul civil în vigoare aceasta definiție este consacrată în art. 563, alin. (1), prin care se specifică faptul că această acțiune poate fi exercitată împotriva posesorului sau oricare altă persoană care deține bunul fără drept, ce determină astfel un prim caracter juridic a acțiunii în revendicare și anume faptul că este o acțiune reală ce urmărește bunul și nu persoana. De asemenea, acțiunea în revendicare este o acțiune petitorie, deoarece prin intermediul ei se urmărește apărarea unui drept real. Cel din urmă caracter juridic este acela că reprezintă o acțiune imprescriptibilă din punct de vedere extinctiv, ce decurge din perpetuitatea dreptului de proprietate, cu excepția cazurilor expres prevăzute de lege.³

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: oanadrb@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prep.univ. drd. Bogdan Nazat (e-mail: bogdan.nazat@gmail.com).

1 . **Liviu Pop**, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*. Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 282

2 . **G.Boroi, C.A. Anghelescu, B.Nazat**, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Editura Hamangiu 2013, pag. 96

3 . **E. Marin**, *Acțiunea în revendicare și regimurile ei juridice*, Editia a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2011, pag.10

Spre deosebire de vechea reglementare, actualul Cod civil a introdus un element de noutate în ceea ce privește exercitarea acțiunii în revendicare cu privire la un bun deținut în coproprietate. Astfel, dacă până la intrarea în vigoare a Codului civil, respectiv anul 2011, trebuia respectat principiul unanimității, actuala reglementare a dat curs criticilor formulate în doctrină și a statuat ca fiecare coproprietar poate sta singur în justiție, indiferent de calitatea procesuală, inclusiv în cadrul unei acțiuni în revendicare, potrivit art. 643 alin. (1).

Vechea reglementare consacra materia acțiunii în revendicare mobilă prin art. 1909, al cărui text stârnea anumite obiecții, fiind în contradictoriu: "Lucrurile mișcătoare se prescriu prin faptul posesiunii lor, fără să fie trebuința de vreo curgere de timp". Pe de o parte se vorbește despre dobândirea proprietății prin prescripția bunului posedat - prescripție a cărei esență este scurgerea timpului, iar pe de altă parte arată că această prescripție se realizează fără nici o curgere de timp.⁴

Din această prevedere reiese faptul că posesia în materia "bunurilor mișcătoare" instituie o posesie echivalentă titlului de proprietate. Noua reglementare a înlăturat orice contradicție cu privire la această prevedere, instituind termeni adecvați și potriviți realității actuale.

Acțiunea în revendicare mobilă se deosebește de cea imobiliară, în sensul că posesia de bună-credință valorează titlu de proprietate. Acest aspect este dedus din prevederile art. 935 și 937 alin. (1) C.Civ. Chiar dacă posesorul nu are niciun înscris sau nu produce nicio probă cu privire la titlul său de dobândire a bunului mobil, în favoarea sa operează aceasta prezumție, mai exact legea prezuma că posesia sa valorează titlu de proprietate. Desigur aceasta prezumție nu are valoare absolută ea putând fi răsturnată. Doar dacă sunt îndeplinite condițiile privitoare la bunuri, persoane și posesia terțului-dobânditor, acea posesie capătă o prezumție absolută și irefragabilă de proprietate.⁵

În ceea ce privește acțiunea în revendicare imobiliară, proba dreptului de proprietate este în sarcina reclamantului potrivit adagiului *actiori incumbit probatio*. În acest sens, în faza inițială, pârâtul nu are nicio sarcină probatorie, fiind considerat adagiul *beatus possidens*.⁶

2. Revendicarea bunului mobil de la terțul dobânditor, posesor de bună-credință- art 937 alin. (1)

În ceea ce privește această primă situație reglementată de C. civ., calitatea de reclamant o are persoana care s-a desesizat de bunăvoie de bunul său, iar calitatea de pârât o are dobânditorul de bună-credință.⁷

Astfel, art. 937 alin. (1) C.Civ. prevede faptul că persoana care cu bună-credință încheie cu un neproprietar un act translativ de proprietate cu titlu oneros având ca obiect un bun mobil devine proprietarul acelui bun din momentul luării sale în posesie efectivă.

Potrivit acestui articol reiese faptul că numai terțul de bună-credință care a intrat în posesia bunului mobil, ca urmare a înstrăinării sale de către un *detentor precar*, căruia adevăratul proprietar i-a încredințat de bunăvoie bunul respectiv, poate invoca aplicarea prevederilor sale. Detentorul precar este acea persoană care deține un bun fără intenția sau voința de a efectua aceasta stăpânire pentru sine, de a se comporta ca proprietar al acelui bun sau ca titular al altui drept real. Prin urmare, acțiunea în revendicare mobilă va fi respinsă în condițiile anterior expuse, în baza art. 937 alin (1) C.Civ. Este necesar să se rețină ideea că terțul a dobândit bunul de la un detentor precar și nu de la adevăratul proprietar, deoarece în acest din urmă caz nu ar mai fi aplicabile prevederile acestui text de lege.⁸

4 . C. Barsan, *Drept civil. Drepturi reale principale*, editia a III-a, Ed. Hamangiu 2008, pag 217

5 . G.Boroi, C.A. Angheliescu, B.Nazat, *op.cit.*, pag. 116

6 . E. Marin, *op.cit.*, pag. 31

7 . G.Boroi, L. Stanculescu, *Drept civil.Curs selectiv*, ed. a 5-a, Ed. Hamangiu, 2010, pag. 227

8 . G.Boroi, C.A. Angheliescu, B.Nazat, *op.cit.*, pag. 117

Trebuie menționat, încă de la început, că există anumite categorii de bunuri ce nu pot fi supuse acțiunii în revendicare mobilă. În această categorie intră *bunurile mobile proprietate publică a statului sau a unităților administrativ-teritoriale*, deoarece, așa cum rezultă din art. 858 C.Civ. numai statul și unitățile administrativ-teritoriale pot fi titulari ai dreptului de proprietate publică. De asemenea, unul din caracterele proprietății publice este inalienabilitatea. Prin urmare bunurile proprietate publică nu pot fi înstrăinate și nu pot fi dobândite de cel care exercita o posesie de bună-credință (sau dobândirea lor prin uzucapiune, în cazul bunurilor imobile) potrivit prevederilor art. 937 C.civ.

În ceea ce privește *bunurile mobile care formează o universalitate* trebuie menționat faptul că, potrivit art. 935 C.civ., prezumția de titlu de proprietate se aplică doar în privința bunurilor corporale individual determinate, care desigur se afla în proprietate privată. O excepție de la această regulă este prevăzută în art. 940 C.Civ. ce face referire la posesia titlurilor la purtător, cum ar fi drepturile de creanță ce sunt încorporate în înscrisuri, formând astfel un tot indisolubil.

Potrivit art. 91 din Legea nr. 31/1990 republicată, în societatea pe acțiuni, capitalul social este reprezentat prin acțiunile emise de societate care, după modul de transmitere, pot fi nominative sau la purtător. Regula cuprinsă în art. 1349 se aplică numai bunurilor mobile care pot fi posedate, adică bunurile mobile corporale. Dintre bunurile corporale, numai titlurile la purtător cad sub incidența acestui articol, iar acțiunile nominative, fiind bunuri mobile încorporale, nu intră sub incidența acestor prevederi.⁹

De asemenea, mai este necesar să nu facă parte din categoria *bunurilor supuse înmatriculării*, cum ar fi cazul navelor sau aeronavelor deoarece în această situație nu ar mai opera buna-credință a terțului dobânditor.

Art. 937, alin. (4) specifică faptul ca acțiune în revendicare mobilă poate fi aplicată doar bunurilor considerate principale, nu și acelor *bunurile mobile considerate accesorii ale unui imobil*.

Trebuie menționat faptul că acțiunea în revendicare mobilă se aplică doar în cazul înstrăinării bunurilor cu *titlu oneros, și nu gratuit*, deoarece nu mai subzista rațiunea de a prefera buna-credință a terțului dobânditor cu titlu gratuit față de lipsa de diligență a proprietarului, în sensul ca lipsa de diligență a acestuia în alegerea persoanei căreia i-a încredințat bunul mobil este acoperită de principiul conform căreia, trebuie protejat cel care se străduiește să evite o pagubă și nu cel ce urmărește să păstreze un câștig.¹⁰

De asemenea, **posesia terului dobânditor** trebuie să îndeplinească la rândul său mai multe condiții pentru a putea fi aplicabil art 937 alin (1) C.Civ.

O primă condiție este aceea că **posesia trebuie să fie reală**, adică să întrunească în persoana terțului dobânditor atât elementul material al posesiei, adică *corpus* cât și elementul psihologic sau intențional al posesiei, adică *animus*.¹¹

O altă condiție este ca **posesia să fie utilă**, adică să nu fie viciată de violență, sau clandestinitate. În această materie nu se pune însă problema continuității posesiei.¹²

Cea din urmă condiție se referă la faptul că **posesia trebuie să fie de bună-credință**. Art. 938 C.Civ. definește buna-credință ca fiind situația în care terțul dobânditor, **în momentul intrării efective în posesia bunului mobil**, nu a cunoscut și nici nu putea să cunoască, după împrejurări, lipsa calității de proprietar a înstrăinătorului, adică faptul că bunul îi este înstrăinat de un neproprietar. În ceea ce privește vechea reglementare unii autori au menționat faptul că terțul dobânditor trebuie să fie de bună-credință, adică să ignore viciul de care este afectat titlul celui de la care el l-a dobândit.¹³

9 · Inalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, decizia nr. 916 din 5 martie 2010, *Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2010*

1 0. G.Boroi, C.A. Anghelescu, B.Nazat, *op.cit*, pag. 118

1 1 B. Florea, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Universul Juridic, 2011, pag. 259

1 2 G.Boroi, C.A. Anghelescu, B.Nazat, *op.cit*, pag. 119

1 3 C. Barsan, *op. cit.*, pag 222

De asemenea, spre deosebire de actuala reglementare, condiția bunei-credințe nu este textual înscrisă în art 1909 al reglementării anterioare, ci doar rezulta din principiile generale și din art. 972. Trebuie menționat faptul că buna-credință se prezumă. Reclamantul trebuie să facă dovada relei-credințe, putând utiliza orice mijloc de probă.¹⁴ Acest aspect este expres prevăzut de lege prin art. 14 alin. (2) C.civ.

Reaua-credință a fost definită în literatura juridică română ca fiind atitudinea unei persoane care îndeplinește un act sau un fapt ce contravine legii, fiind în același timp deplin conștientă de caracterul ilicit al conduitei sale.¹⁵

3. Revendicarea bunului mobil pierdut sau furat de la terțul dobânditor de bună-credință – art. 937 alin. (2)

Dacă bunul mobil pierdut sau furat a ajuns în posesia unui terț-dobânditor de bună-credință, acțiunea în revendicare va fi admisă dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 937 alin. (2) C.civ. Posesia terțului dobânditor în acest caz trebuie să îndeplinească nu doar condițiile esențiale cu privire la bunuri, persoane și posesie ci și alte *două condiții speciale*.

Prima condiție specială se referă la faptul că este necesar ca terțul să fi dobândit bunul mobil de la un hoț sau de la cel care și-a însușit în mod nelegitim bunul pierdut de adevăratul proprietar, ori de la o altă persoană care, la rândul ei, a dobândit bunul de la hoț sau găsit.¹⁶ Potrivit unor autori prin termenul "pierdut", în sensul său obișnuit se înțelege și orice ieșire din patrimoniul proprietarului unui bun, produsă sau determinată de un eveniment de forță majoră sau de un caz fortuit.¹⁷ Astfel încât, în ambele cazuri, ar putea fi aplicabil art. art. 937 alin. (2) C.civ.

Abuzul de încredere, înșelăciunea, gestiunea frauduloasă nu se încadrează în situația prevăzută de art. 937 alin. (2) C.civ. deoarece în aceste cazuri proprietarul s-a desesizat de bunăvoie de bunul său. În această situație nu terțul dobânditor de bună-credință ar trebui să suporte riscul lipsei sale de diligență de care a dat dovadă atunci când a ales persoana căreia i-a încredințat bunul.¹⁸

Cea de a doua condiție specială privește faptul că pentru a fi admisă, acțiunea în revendicare trebuie introdusă în termen de 3 ani de la data pierderii sau furtului bunului mobil.

A fost pusă în discuție natura termenului de 3 ani și anume faptul că nu poate fi considerat un termen de prescripție nici achizitiv nici extinctiv. Acest termen constituie un termen de decădere, deoarece potrivit art. 2545 alin (2) C.civ. neintroducerea acțiunii în acest termen are ca efect chiar pierderea dreptului de proprietate a bunului mobil respectiv.

În cazul admiterii acțiunii în revendicare mobilă potrivit prevederilor art 937 alin. (2) C.civ terțul dobânditor are la îndemâna regresul împotriva hoțului sau găsitului, însă va suporta riscul eventualei insolvențe a acestuia.¹⁹

4. Revendicarea bunului mobil în condițiile prevăzute de art. 937 alin. (3)

Potrivit art 937 alin. (3) C.Civ. dacă terțul a dobândit bunul mobil pierdut sau furat 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 în termen de 3 ani, posesorul de bună-

1 4 C. Barsan, *op. cit.*, pag 223

1 5 S. Ghimpu, Gh. Brehoi, Gh. Mocanu, A. Popescu și I. Urs, *Dicționar juridic*, Editura Albatros, București, 1985

1 6 G.Boroi, C.A. Angheliescu, B.Nazat, *op.cit*, pag. 120

1 7 C. Barsan, *op. cit.*, pag 224

1 8 C. Barsan, *op. cit.*, pag 224

1 9 G. Boroi, M. Pivniceru, T.V. Radulescu, C.A. Angheliescu, *Drept civil. Drepturi reale principale*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu 2011, pag 79

credință poate reține bunul până la indemnizarea sa integrală pentru prețul plătit vânzătorului. Prin urmare, dacă acțiunea în revendicare se va admite atunci proprietarul va trebui să plătească terțului de bună-credință o sumă de bani egală cu prețul pe care acesta l-a plătit pentru a dobândi bunul respectiv. Desigur proprietarul va putea recupera ulterior suma respectivă prin intermediul unei acțiuni în despăgubire introdusă împotriva hoțului sau găsitului. În acest caz însă, riscul insolabilității hoțului sau a găsitului nu va mai fi suportată de terț de bună-credință ce a dobândit bunul în condițiile anterior menționate, ci vor fi suportate de către proprietar.²⁰

Vechea reglementare prevedea de asemenea prin art. 1910 această excepție, cu mențiunea faptului că s-a produs o schimbare în materie terminologică în prezenta reglementare, dar interpretarea textului de lege fiind aceeași: "Dacă posesorul actual al lucrului furat său pierdut l-a cumpărat la bălci sau la târg, sau la o vîndere publică, sau de la un neguțator care vinde asemenea lucruri, proprietarul originar nu poate să ia lucrul înapoi decât întorcând posesorului prețul ce l-a costat."

5. Revendicarea bunului mobil de la terțul dobânditor de rea-credință, de la hoț sau de la găsit

Vechea reglementare menționa faptul că prevederile art.1909 sunt aplicabile strict în condițiile prevăzute de lege, prin urmare în situația terțului dobânditor de rea-credință, hoțului sau a găsitului acțiunea în revendicare era inadmisibilă. Reaua-credință se referă la faptul că persoana care a intrat în posesia bunului mobil în condiții ce exclud formarea convingerii sale ca a dobândit dreptul de proprietate asupra bunului. Prin urmare, acțiunea în revendicare a unui bun mobil este imprescriptibilă extinctiv.²¹

Cu toate acestea s-a ridicat totuși problema acestei acțiuni. S-a considerat faptul că acțiunea în revendicare mobilă poate fi totuși paralizată prin invocarea de către posesorul de rea-credință a uzucapiunii de 30 ani. De asemenea unii autori au invocat faptul că ea este prescriptibilă în termen de 30 ani prin aplicarea corelată a dispozițiilor art 21 din Decretul nr. 167/1958 privitoare la prescripția extinctivă cu cele cuprinse în art. 1890 din vechiul Cod Civil. Unii autori au susținut această teorie, considerând că acțiunea în revendicare în situația anterior amintită, potrivit vechii reglementări este prescriptibilă în termen de 30 ani, acesta fiind termenul general de prescripție pentru acțiunile reale.²²

În ceea ce privește actuala reglementare, art. 563 alin (2) C.Civ. nu distinge între revendicarea unui imobil și revendicarea unui mobil, prin urmare acțiunea în revendicare a bunului mobil proprietate privată pierdut sau furat de la terțul de rea-credință este imprescriptibil. Cu toate acestea posesorul de rea-credință ar putea invoca, potrivit art 939 C.Civ uzucapiunea de 10 ani. Trebuie menționat și faptul că acțiunea în revendicare mobilă poate fi invocată și împotriva detentorului precar care este asimilat terțului de rea-credință, cu mențiunea ca în nicio situație acesta nu va putea invoca uzucapiunea.²³

Spre deosebire de acțiunea în revendicare mobilă a unui bun proprietate privată, acțiunea în revendicare a unui bun proprietate publică este imprescriptibilă extinctiv în toate cazurile și nu poate fi paralizată prin invocarea uzucapiunii. Acest lucru este specificat în Constituție prin art.136, alin (4) și de Codul Civil prin art. 861 alin. (1) și art. 865 alin (3). De asemenea unul din caracterele proprietății publice este acela că dreptul de proprietate publică este imprescriptibil, ceea ce înseamnă că acțiunea în revendicare a unui bun proprietate publică, fie el mobil sau imobil, poate fi exercitată oricând în timp, fiind imprescriptibilă extinctiv și achizitiv.²⁴

20 G.Boroi, C.A. Angheliescu, B.Nazat, *op.cit.*, pag. 121

21 G. Boroi, M. Pivniceru, T.V. Radulescu, C.A. Angheliescu, *Drept civil. Drepturi reale principale*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu 2011, pag 81

22 C. Barsan, *op. cit.*, pag 224

23 G.Boroi, C.A. Angheliescu, B.Nazat, *op.cit.*, pag. 122

24 G.Boroi, C.A. Angheliescu, B.Nazat, *op.cit.*, pag. 45

6. Efectele admiterii acțiunii în revendicare

Prin admiterea, de către instanță, a acțiunii în revendicare, reclamantului i se recunoaște dreptul de proprietate iar pârâțul va fi obligat la restituirea bunului, a produselor și a fructelor produse de lucrul revendicat cât timp bunul nu s-a aflat în posesia sa. De asemenea, efectele admiterii acțiunii în revendicare mai vizează și problema cheltuielilor făcute de către posesor cu privire la bunul revendicat.

a. Restituirea bunului

Admiterea acțiunii în revendicare presupune recunoașterea dreptului de proprietate a reclamantului și obligarea paratului la restituirea bunului. Bunul revendicat revine în patrimoniul proprietarului liber de orice sarcini potrivit principiului *resoluto jure dantis resolvitur jur accipientis*. Restituirea bunului are loc în natură, iar dacă acest lucru nu este posibil datorită pieririi bunului din culpa sa, ori dacă a fost înstrăinat, atunci obligația de restituire se transformă într-o obligație de dezdăunare, ce reprezintă plata unei sume de bani cu titlu de despăgubire, evaluată în raport cu momentul restituirii bunului potrivit art. 566 alin (1) C.Civ.²⁵ Unii autori au afirmat faptul că în practică CEDO s-a precizat că dacă reclamantul nu beneficiază efectiv de restituirea bunului, acțiunea în revendicare este ineficientă, iar hotărârea judecătorească pronunțată de instanțele de judecată internă încalcă ea însăși dreptul de proprietate.²⁶

În situația în care bunul a pierit fortuit dar era asigurat, potrivit art. 1642 C.Civ. pârâțul va restitui indemnizația de asigurare sau va fi nevoit să cedeze dreptul său de a primi indemnizația.

Dacă bunul a pierit fortuit și nu era asigurat, posesorul de bună-credință nu poate fi obligat la despăgubiri deoarece riscul pieririi fortuite a bunului este suportat de către proprietar, potrivit art 558 C.Civ. Spre deosebire de acesta, posesorul de rea-credință va trebui să restituie contravaloarea lucrului, cu excepția situației în care dovedește că lucrul ar fi pierit și dacă s-ar fi aflat, la data pieririi bunului în posesia reclamantului, așa cum reiese din prevederile art 1642 C.civ.

b. Restituirea produselor și a fructelor

Potrivit art. 566 alin (1), paratul indiferent dacă a fost de **bună sau rea-credință**, va fi obligat să restituie **produsele** sau să plătească echivalentul produselor ce nu mai pot fi restituite în natură, în raport cu momentul restituirii lor.

În ceea ce privește **posesorul de bună-credință**, ca o răsplată a bunei sale credințe, se va reține faptul că **fructele** încasate sau percepute până la data intentării acțiunii în revendicare din partea adevăratului proprietar îi revin posesorului de bună-credință.²⁷

În schimb, **posesorul de rea-credință** va fi obligat să restituie toate fructele lucrului, percepute sau nepercepute, sau valoarea lor, dacă le consumase sau neglijase să le perceapă.

Cu toate acestea Codul Civil prin art. 566, alin.(6) C.Civ, paratul are un **drept de retenție** asupra produselor până la restituirea cheltuielilor făcute pentru producerea și culegerea acestora, cu excepția cazului în care proprietarul furnizează pârâțului o garanție îndestulătoare, indiferent dacă este de bună sau rea-credință. Se pune problema unui drept de retenție deoarece aceste cheltuieli ar fi trebuit să fie făcute și de adevăratul proprietar.²⁸ **Dreptul de retenție** nu poate fi exercitat în niciun caz asupra bunului purtător de fructe sau când intrarea în stăpânirea materială a bunului s-a făcut prin violență ori fraudă sau când produsele sunt bunuri perisabile ori sunt supuse, ca urmare a trecerii unei perioade scurte de timp, unei scăderi semnificative a valorii lor.²⁹

25 G.Boroi, C.A. Angheliescu, B.Nazat, *op.cit*, pag. 126

26 B. Florea, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Universul Juridic, 2011, pag. 259

27 C. Barsan. *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. Hamangiu, 2013, pag.321

28 C. Barsan. *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. Hamangiu, 2013, pag.321

29 C. Barsan. *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. Hamangiu, 2013, pag.323

Restituirea fructelor se va face doar la cererea proprietarului în baza principiului disponibilității. Conform *principiului disponibilității*, consacrat de art. 129 alin. 6 Cod procedură civilă, instanțele sunt obligate să se pronunțe în limitele în care au fost investite prin cererea de chemare în judecată și prin eventualele cereri reconvenționale sau de intervenție. Cadru procesual, atât sub aspectul obiectului cât și al părților între care se derulează litigiul, este cel fixat de părți, nefiind permis instanței că, din oficiu, să se pronunțe în afara limitelor în care a fost investită, prin introducerea în cauză a altor persoane decât cele între care se poartă procesul. Ca atare, soluția chemării în judecată, din oficiu, de către instanță a unei persoane fizice sau juridice care ar putea pretinde aceleași drepturi ca și reclamantul, nu-și găsește corespondent în nici una din prevederile Codului de procedură civilă.

Fructele naturale și industriale se vor restitui în măsura în care nu au fost consumate de parat și există în materialitatea lor în patrimoniul acestuia din urmă, iar restituirea va fi în natură, dar dacă acest lucru nu mai este posibil, în acest caz se va restitui contravaloarea lor, ce se calculează la momentul restituirii efective.³⁰ De asemenea cererea prin care se solicita restituirea fructelor naturale și industriale este imprescriptibilă extinctiv.³¹

În ceea ce privește cererea prin care se solicita restituirea **fructelor civile** sau echivalentul lor, aceasta este supusă prescripției extinctive, în condițiile dreptului comun, potrivit art. 638 alin (2) și (3), fiind aplicabil prin analogie.

c. Restituirea cheltuielilor făcute de pârât

Situația restituirii cheltuielilor făcute de pârât se raportează la perioada cât acesta a deținut bunul supus restituirii, făcându-se distincție între cheltuieli **necesare, utile și voluptoare**.

Cheltuielile necesare sunt cele ce trebuie făcute neapărat, deoarece privesc conservarea bunului. Potrivit art. 566 alin (3) C.Civ. proprietarul va fi obligat, la cererea paratului, să restituie acestuia cheltuielile necesare pe care le-a efectuat asupra bunului, indiferent dacă pârâtul a fost de bună sau rea-credință. Se consideră că aceste cheltuieli le-ar fi suportat însuși proprietarul bunului dacă s-ar fi aflat în posesia bunului deoarece aceste cheltuieli privesc conservarea și existența bunului. De asemenea, posesorul are dreptul să ceară restituirea integrală a cheltuielilor necesare.

Cheltuielile utile sunt acelea care, fără a fi fost necesare aduc totuși un folos prin faptul că sporesc valoarea lucrului.³² În privința lor, posesorul fie el de bună sau rea-credință va avea dreptul numai la o restituire parțială, ce privește sporul de valoare adus bunului, potrivit art. 566, alin (4) C.Civ.

Trebuie reținut faptul că obligația de restituire se aplică numai în acele situații în care cheltuielile nu se concretizează într-o lucrare nouă, caz în care sunt incidente dispozițiile corespunzătoare din materia accesunii imobiliare artificiale, potrivit art. 566 alin (9).

Cheltuielile voluptoare mai sunt numite și cheltuieli de simplă plăcere și sunt acelea pe care posesorul le-a făcut pentru plăcerea lui personală și nu măresc valoarea lucrului. Posesorul nu are nici un drept de a cere restituirea lor, însă poate să le ridice, însă numai în situația în care nu s-ar fi produs deteriorarea bunului. În acest caz posesorul ar putea fi obligat la plata unor despăgubiri către proprietar.³³

Art. 566 alin. (8) C.Civ. dispune că proprietarul nu va fi obligat să restituie cheltuielile voluptoare, însă dacă aceste cheltuieli reprezintă o lucrare nouă, atunci potrivit art 566, alin (9) , urmează a fi aplicare regulile de la accesunea imobiliară artificială.³⁴

30 C. Barsan. *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. Hamangiu, 2013, pag.322

31 G.Boroi, C.A. Anghelescu, B.Nazat, *op.cit*, pag. 127

32 Trib.Suprem, *col.civ. dec. nr. 1174 din 11 noiembrie 1965*

33 L.Pop, *op.cit.*, pag. 314

34 C. Barsan. *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. Hamangiu, 2013, pag.321

7. Concluzii

În prezentul studiu am încercat să prezint acțiunea în revendicare mobilă ce prezintă anumite caracteristici specifice, făcând o comparație între actuală și vechea reglementare. Vechiul cod civil nu numai că nu definea acțiunea în revendicare, dar nu conținea nicio dispoziție care să o privească în mod direct. Regimul juridic al acțiunii în revendicare a fost conturat prin practica judiciară și principiile generale ale dreptului civil. Ca element de noutate, actuala reglementare oferă articole ce definesc în mod clar acțiunea în revendicare mobilă, efectele acțiunii în revendicare, posesia de bună-credință.

Analiza privește condițiile referitoare la posesia terțului dobânditor, revendicarea bunului mobil în situația în care a fost pierdut sau furat și efectele admiterii acțiunii în revendicare mobiliare ce vizează cu precădere aspecte cu privire la restituirea bunului respectiv, la restituirea produselor și a fructelor și suportarea cheltuielilor .

8. Bibliografie

- **C. Bârsan**, *Drept civil. Drepturi reale principale*, ediția a III-a, Ed. Hamangiu 2008
- **C. Bârsan**, *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. Hamangiu, 2013
- **B. Florea**, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Universul Juridic, 2011
- **G. Boroi, C.A. Anghelescu, B. Nazat**- *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Editura Hamangiu 2013
- **G. Boroi, L. Stănculescu**, *Drept civil. Curs selectiv*, ed. a 5-a, Ed. Hamangiu, 2010
- **G. Boroi, M. Pivniceru, T.V. Rădulescu, C.A. Anghelescu**, *Drept civil. Drepturi reale principale*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu 2011
- **S. Ghimpu, Gh. Brehoi, Gh. Mocanu, A. Popescu și I. Urs**, *Dicționar juridic*, Editura Albatros, București, 1985
- **Liviu Pop**, *Dreptul de proprietate și dezmembramintele sale*. Ed. Lumina Lex, București, 1996
- **E. Marin**, *Acțiunea în revendicare și regimurile ei juridice*, ed a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2011
- <http://www.scj.ro/SC%20rezumate%202007/SC%20r%205210%202007.htm>
- *Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, decizia nr. 916 din 5 martie 2010, Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2010*
- Trib.Suprem, col.civ. dec. nr. 1174 din 11 noiembrie 1965

OBLIGAȚIILE PROFESIONALE ALE COMERCIANTULUI ÎN LUMINA NOULUI COD CIVIL

Florentina Patricia PĂUN¹

Abstract

Lucrarea își propune să abordeze statutul juridic al comerciantului în lumina noului Cod civil, cu accent pe statutul profesional al comerciantului și obligațiile acestuia.

Prezentarea debutează cu un istoric al dreptului comercial urmărind diferențele dintre mai multe sisteme de reglementare și delimitând rapoartele civile de cele comerciale.

În lumina evoluției legislative se poziționează, apoi noul Cod civil care schimbă accentul de la faptele, actele și operațiunile pe care le intitula generic "fapte de comerț" spre profesionist și întreprindere, urmând a se analiza statutul juridic al comerciantului prin raportare la profesionist și întreprindere

Astfel, la finalul studiului sunt prezentate faptele incriminate de concurență ilicită din sistemul legislativ român, precum și eventualele îmbunătățiri legislative precum definirea exactă și clarificarea aspectelor care privesc calitatea de comerciant.

Cuvinte cheie: *Profesionist; Registrul Comerțului; concurență ilicită; obligațiile comerciantului, întreprinzător.*

Introducere

În lucrare am abordat statutul juridic al comerciantului în lumina NCC, făcând diferențieri între calitatea de profesionist și cea de profesionist comerciant, precizând obligațiile acestuia. Este stipulat, de asemenea un scurt istoric al dreptului comercial, încă din Antichitate până în prezent.

De asemenea sunt prevăzute diferențele dintre sistemele de reglementare a dreptului comercial, precum și delimitarea raporturilor comerciale de cele civile.

Dintre obligațiile profesionale ale comerciantului sunt amintite: publicitatea prin Registrul Comerțului privind înscrierea, radierea, înmatricularea, organizarea și ținerea contabilității și exercitarea comerțului în limitele concurenței licite.

Mai sunt prevăzute faptele incriminate de concurență ilicită din sistemul legislativ român, fiind garantat prin Constituție o economie de piață liberă.

Astfel am abordat probleme referitoare la denumirea de profesionist ce ridică ambiguitate, având la bază lucrări de specialitate a unor autori precum Stanciu D. Cârpenaru sau Vasile Nemeș.

1. Scurt istoric

Născut din nevoile comerțului și industriei, dreptul comercial a evoluat odată cu dezvoltarea acestora de-a lungul vremii. Marile realizări ale genului uman în domeniul științific și tehnic au revoluționat producția și schimbul, atrăgând însemnate mutații în domeniul comercial.²

Pe întreaga durată a existenței sale, de la începutul sec XIX și până în zilele noastre, în dreptul comercial au apărut și continuă să se manifeste anumite tendințe a căror finalitate este perfecționarea dreptului comercial pentru adecvarea lui la cerințele vieții economice, mereu în schimbare.³

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea Nicolae Titulescu din București (paunflorentina10@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prof. univ. dr. Vasile Nemeș și a lect. univ. Sitaru Dan Alexandru (sitaru.alexandru@yahoo.com)

² Cârpenaru D. Stanciu, *Tratat de drept comercial*, ed. Universul Juridic, B, 2012, op. cit. pg. 25.

³ Idem

Istoria dreptului comercial e strâns legată de istoria comerțului și, implicit a dezvoltării societății omenești.

În perioada antică pentru satisfacerea nevoilor omenești se practica schimbul de mărfuri între diverse triburi, ceea ce asigura pacea dintre acestea și o bună economie locală, această operațiune purtând denumirea de troc.

Creșterea nevoilor oamenilor și amplificarea relațiilor dintre ei au impus anumite forme de organizare, prin care se asigura condițiile pentru a se putea întâlni un număr mai mare de indivizii, la anumite perioade și în locuri determinate. Așa au apărut târgurile, care au jucat un rol însemnat în nașterea și înflorirea comerțului.¹

La începuturile sale, comerțul a fost guvernat de reguli cutumiare, fie de sorginte locală (obiceiul pământului), fie de proveniență străină, ca urmare a legăturilor cu negustorii de pe alte meleaguri.²

Unele reguli referitoare la daraverile comerciale și la iconomicosul faliment găsim pentru prima oară în Codul lui Andronache Donici din anul 1814.³

O dată cu adoptarea Regulamentelor Organice s-au înființat Tribunalele de Comerț, ca mai apoi în 1840 să intre în aplicare Codica de comerț a principatelor unite române de inspirație franceză.

Abia în anul 1887, după model italian a fost adoptat Codul Comercial Român, însă prin adoptarea noilor reglementări, dispozițiile corespunzătoare din Codul comercial au fost abrogate.

2. Profesionistul comerciant

NCC relementează raporturile patrimoniale și nepatrimoniale dintre persoane ca subiecte de drept civil. Normele Cciv constituie drept comun pentru toate domeniile la care se referă litera sau spiritul dispozițiilor sale (art. 2).

Dispozițiile Codului civil se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil.

Această calitate de profesionist este reglementată în lumina NCC în art. 3 alin. 2, unde sunt considerati profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere.

Astfel, 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 un scop lucrativ.

Așadar calitatea de profesionist poate să o aibă o persoană fizică, dar și persoana juridică.

Persoana fizică este profesionist în cazul în care este comerciant, este titular al unei întreprinderi familiale sau individuale, exercită o profesie autorizată sau reglementată, alta decât cea de comerciant.

Calitatea de profesionist include și pe cea de comerciant, dar include și profesiile liberale reglementate de lege, precum cea de avocat șper exemplu, însă noțiunea de comerciant nu este foarte exact reglementată, întrucât nu se dă o definiție explicită, ci pur și simplu explică în abstracto că cine desfășoară o activitate de exploatare a unei întreprinderi este profesionist, incluzându-i și pe comercianți.

În fapt, s-ar fi dorit ca NCC să facă o delimitare între noțiunea de comerciant și cea de profesionist, întrucât există confuzii între profesionistul care desfășoară o activitate liberală.

Așa cum se susține în doctrina de specialitate, Codul Comercial român, ca și modelul său italian, a reglementat sistemul obiectiv al dreptului comercial, deoarece enumera operațiunile considerate drept fapte de comerț, completat cu criteriul subiectiv. Principala consecință generată de opțiunea legiuitorului nostru pentru sistemul obiectiv cu prilejul adoptării Codului comercial a

¹ Carpenaru D. Stanciu, *Drept comercial*, ed. Universul Juridic, ed. 7, B, 2007, op. cit. pg. 8.

² *Idem*, pg. 10

³ *Idem*.

constat în împrejurarea că săvârșirea faptelor de comerț enumerate la art 3 conduceau la dobândirea calității de comerciant. În aceste sens, art 7 Cod comercial prevedea: sunt comercianți aceia care fac fapte de comerț, având comerțul ca profesiune obișnuită, și societățile comerciale.¹

În ceea ce privește caracterul enumerării, opinia dominantă în doctrina de specialitate era aceea ca art 3 Ccom avea un caracter nunțiativ, exemplificativ, iar nu limitativ.²

Astfel prin faptul enumerării activităților, cât și a faptelor comerciale se putea trage concluzia că cel care le săvârșea devenea comerciant. Însă nici atunci și nici acum nu există un consens în definirea noțiunii de comerciant. Dobândirea calității de comerciant în lumina Codului comercial pentru persoane fizice era prevăzut în art 3 unde se preciza că acesta trebuie să săvârșească anumite fapte de comerț.

Această condiție nu era clară întrucât persoanele care desfășurau fapte de comerț obiective mixte nu deveneau comercianți dacă pentru ele actele juridice încheiate aveau un caracter civil; în plus, acestea trebuiau să aibă un caracter licit, un caracter de profesiune, făcându-se în nume propriu.

Un alt argument de substanță îl constituia prevederea din art 4 Ccom potrivit căreia erau calificate ca fiind fapte de comerț toate celelalte contracte și obligațiuni ale unui comerciant, dacă nu erau de natură civilă sau contrariul nu rezulta din însuși actul.³

Așadar astfel de operațiuni sunt rezervate profesioniștilor care au calitatea de comercianți, nu celorlalți profesioniști sau oricăror alte persoane care desfășoară o activitate organizată sub forma unei întreprinderi, în accepțiunea actualului Cod civil.

Practic nu există, conform NCC o delimitare expresă în care să se stabilească obiectiv cine este comerciant și cine își desfășoară o activitate organizată: producând, administrând ori înstrăinând bunuri sau prestând servicii, cu sau fără scop lucrativ.

Astfel încât toți sunt profesioniști, dar nu toți sunt și comercianți.

Prin Legea nr 71 pe 2011 pentru punerea în aplicare a legii nr 287 2003 privind Codul civil se abrogă Codul comercial cu excepția cărții II; iar expresiile acte de comerț sau fapte de comerț cuprinse în actele normative în vigoare se înlocuiesc cu expresia activități de producție, comerț sau prestării de servicii. (art 8 alin 2)

Profesorul dr Cărpenaru Stanciu afirma că dreptul comercial continuă să existe, dispariția sa este de neacceptat, atât juridic cât și practic.

Ceea ce este de reținut este că NCC și a propus și realizat prin reglementarea unitară a dreptului privat, schimbând sistemul de reglementare a dreptului comercial, sistemul autonomiei dreptului comercial a fost înlocuit cu sistemul unității dreptului privat.⁴

În sistemul autonomiei dreptului comercial, consacrat de Codul comercial, delimitarea rapoartelor comerciale de cele civile se realiza pe baza conceptului de fapte de comerț și a celui de comerciant.⁵

În sistemul unității dreptului privat reglementat de Codul civil, delimitarea rapoartelor comerciale de cele civile se realizează pe baza conceptului de întreprindere și a celui de profesionist.⁶

Denumirea de profesionist a fost nefericit aleasă preciza prof dr Stanciu D. Cărpenaru, deoarece este susceptibilă de confuzie și ambiguitate în privința sferei de aplicare. Ni se pare că mai potrivită ar fi denumirea de întreprinzător.

Obligațiile profesionistului comerciant

Prima dintre obligațiile comerciantului, poate și cea mai importantă este publicitatea prin Registrul Comerțului, așadar înainte de începerea activității comerciale, indiferent că sunt persoane

¹ Vasile Nemeș, *Drept comercial*, ed Hamangiu, B, 2012, op cit, pg 16.

² Idem

³ idem

⁴ Stanciu D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial*, ed Universul Juridic, B, 2012, op cit, pg 19.

⁵ idem

⁶ Ibidem

fizice sau juridice aceștia trebuie să ceară înmatricularea în Registrul Comerțului, iar pe parcursul desfășurării activității trebuie înregistrate toate mențiunile cu privire la modificarea de date, crearea unei sucursale noi sau puncte de lucru, etc., documente care se redactează în limba română.

Scopul primordial al înregistrării datelor și a altor mențiuni este de a asigura opozabilitatea față de terți, precum și crearea unui sistem de date fiind necesare, în probațiune, în cazul unor litigii de natură comercială.

Așadar această obligație are caracter de continuitate, în privința actelor și faptelor care trebuie menționate așa cum prevede legea.

De asemenea, se urmărește constituirea unei evidențe a comercianților, o bancă de date cu privire la principalele aspecte ce țin de persoana comerciantului și de activitatea acestuia.

Registrul central al comerțului se ține de către Oficiul Național al Registrului Comerțului, instituție publică cu personalitate juridică, finanțată integral din venituri proprii, organizată în subordinea Ministerului Justiției.

În conformitate cu reglementările actuale, sunt supuse înregistrării în registrul comerțului:

- a) persoanele fizice autorizate
- b) întreprinderile individuale
- c) întreprinderile familiale
- d) societățile comerciale
- e) companiile naționale și societățile naționale
- g) regiile autonome
- h) grupurile de interes economic
- i) societățile cooperative
- j) organizațiile cooperatiste
- k) societățile europene
- l) societățile cooperative europene
- m) grupurile europene de interes economic cu sediul principal în România
- n) alte persoane fizice și juridice prevăzute de lege.¹

Înmatricularea și autorizarea funcționării este reglementată diferit în funcție de calitatea comerciantului persoană fizică sau juridică.

Astfel persoanele fizice sunt obligate să ceară înmatricularea în registrul comerțului dar și autorizarea funcționării ca persoane fizice autorizate, întreprinderi familiale și întreprinderi individuale. Competența de soluționare aparține directorului oficiului registrului comerțului de pe lângă Tribunal și/sau persoanei ori persoanelor desemnate de către directorul general al oficiului național al registrului comerțului. După verificarea acestor înscrisuri precum și a probelor administrate dacă este cazul, directorul oficiului registrului comerțului sau persoana desemnată dispune înregistrarea în registrul comerțului și autorizează constituirea comerciantului prin rezoluție, care este executorie de drept.

Pentru persoanele fizice este obligatoriu să îndeplinească condițiile privind vârsta, onorabilitatea, sediul profesional (puncte de lucru) sau o pregătire profesională corespunzătoare. Împotriva rezoluției persoana interesată poate formula plângere care este soluționată de către instanța de judecată.

Totodată instanța de judecată potrivit legii nr 26/1990 poate dispune înregistrarea mențiunilor în registrul comerțului în cazul unor hotărâri judecătorești rămase irevocabile, copii legalizate de pe acestea care se referă la acte fapte și mețiuni.

O altă obligație este organizarea și ținerea contabilității activității comerciale care prezintă interes pentru state întrucât ea este purtătoare de taxe și impozite pe de-o parte, și se dorește de altfel și cunoașterea situației patrimoniale dar și a activității comerciale.

¹ Vasile Nmeș, Drept comercial, ed Hamangiu, B, 2012, p cit. pg 38.

Așadar potrivit art 1 din legea nr 82/1991 republicată prevede că societățile comerciale, societățile/companiile naționale, regiile autonome, institutele naționale de cercetare și dezvoltare, societățile cooperatiste și celelalte persoane juridice au obligația să organizeze și să conducă contabilitatea proprie, respectiv contabilitatea financiară, potrivit prezentei legi, și contabilitatea de gestiune adaptată la specificul activității.

Instituțiile publice, asociațiile și celelalte persoane juridice cu și fără scop patrimonial, precum și persoanele fizice care desfășoară activități producătoare de venituri au, de asemenea, obligația să organizeze și să conducă contabilitatea proprie, respectiv contabilitatea financiară și, după caz, contabilitatea de gestiune.

Subunitățile fără personalitate juridică, cu sediul în străinătate, care aparțin persoanelor prevăzute mai sus cu sediul sau domiciliul în România, precum și subunitățile fără personalitate juridică din România care aparțin unor persoane juridice cu sediul sau domiciliul în străinătate au obligația să organizeze și să conducă contabilitatea proprie, potrivit prezentei legi.

Potrivit legii, răspunderea pentru organizarea și ținerea contabilității revine administratorului sau altor persoane însărcinate cu gestiunea patrimoniului. De asemenea, netinerea sau ținerea necorespunzătoare a evidențelor contabile atrage răspunderea contravențională sau penală, comerciantul putând fi acuzat de infracțiunea de bancrută frauduloasă sau fals intelectual, după caz.

Tot astfel, comerciantul este obligat să exercite comerțul sau în condițiile unei concurențe licite și să respecte obligațiile privind protecția consumatorului.

Exercitarea comerțului cu respectarea regulilor oneste ale concurenței și protecției consumatorului se manifestă prin:

- a) sancționarea practicilor anticoncurențiale, monopoliste
- b) sancționarea întrebuintării unor mijloace nelicite de atragere a clientelei
- c) combaterea și sancționarea practicilor incorecte ale comercianților¹ în relația cu consumatorii
- d) protejarea populației împotriva unor activități comerciale ilicite.

Încălcarea acestor dispoziții poate atrage răspunderea penală, civilă sau contravențională.

Astfel art 5 din legea nr 2/1996 exemplifică astfel practicile anticoncurențiale: ”Sunt interzise orice înțelegeri exprese sau tacite între agenții economici ori asociațiile de agenți economici, orice decizii luate de asociațiile de agenți economici și orice practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care urmăresc: a) fixarea concertată, în mod direct sau indirect, a prețurilor de vânzare ori de cumpărare, a tarifelor, a rabaturilor, a adaosurilor, precum și a oricăror alte condiții comerciale; b) limitarea sau controlul producției, distribuției, dezvoltării tehnologice ori investițiilor; c) împărțirea piețelor de desfacere sau a surselor de aprovizionare, pe criteriu teritorial, al volumului de vânzări și achiziții ori pe alte criterii; d) aplicarea, în privința partenerilor comerciali, a unor condiții inegale la prestații echivalente, provocând în acest fel, unora dintre ei, un dezavantaj în poziția concurențială; e) condiționarea încheierii unor contracte de acceptare de către parteneri a unor clauze stipulând prestații suplimentare care, nici prin natura lor și nici conform uzanțelor comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte; f) participarea, în mod concertat, cu oferte truate la licitații sau la orice alte forme de concurs de oferte; g) eliminarea de pe piață a altor concurenți, limitarea sau împiedicarea accesului pe piață și a libertății exercitării concurenței de către alți agenți economici, precum și înțelegerile de a nu cumpăra de la sau de a nu vinde către anumiți agenți economici fără o justificare rezonabilă.”

Tot legea stipulează că sunt nule de drept, fie ele exprese ori tacite, publice sau oculte, orice angajamente, convenții sau clauze contractuale raportându-se la o practică anticoncurențială prohibită

¹ Idem, pg 43

prin art. 5 și 6 din prezenta lege.(legea nr 21/1996).Prin Legea nr 12/1990 sunt reglementate anumite activitati ilicite care atrag raspunderea contraventionala,iar altele care atrag raspunderea penala fiind calificate ca infractiuni.

De lege ferenda

Pentru o mai bună reglementare a noțiunii de comerciant se impune ca legea să facă distincția între profesionistul comerciant și ceilalți profesioniști care desfășoară o activitate cu scop lucrativ,precum și celelalte subiecte de drept civil.

Este necesar pentru a delimita activitățile comerciale de celelalte tipuri de activități,întrucât dispariția comerțului cât și a tuturor activităților ce țin de acesta este de neconceput pe fondul expansiunii globale.

Astfel prin dispozițiile art 3 alin2 din Codul civil sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere,iar dispozițiile prezentului Cod se aplică și raporturilor dintre profesioniști,precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil.

Așadar,mai potrivită ar fii denumirea de comerciant,întrucât cuvântul întreprinzător ne-ar putea apropria prea mult de întreprindere și am risca să se producă o nouă confuzie.

Am putea defini comerciantul ca fiind aceea persoană,fizică sau juridică,care desfășoară o activitate cu scop lucrativ,cu caracter de continuitate,ca pe o profesiune,având drept scop din activitatea desfășurată obținerea de profit.

Referinte bibliografice:

- 1) **Noul Cod Civil și legea de punere în aplicare,ed Hamangiu,B,ed 3,2011**
- 2) **Vasile Nemeș,Drept comercial,edHamangiu,B,2012**
- 3) **Stanciu D.Cârpenaru,Tratat de drept comercial,ed universul juridic,B,2012**
- 4) **Carpenaru D.Stanciu,Drept Comercial,ed Universul juridic ed 7,B,2007**
- 5) **Legea nr 82/1991**
- 6) **Legea nr 26/1990**
- 7) **Legea 21/1996**

ASIGURAREA DE RĂSPUNDERE CIVILĂ PROFESIONALĂ A MEDICILOR ȘI AVOCAȚILOR

Mihăiță Constantin Litră*

Abstract

„Există trei feluri de ignoranță: a nu ști ceea ce trebuie să știi, a ști greșit ceea ce trebuie să știi și a ști ceea ce nu trebuie să știi” (Descartes).

Această lucrare își propune să prezinte aspecte teoretice și de practică judiciară privind răspunderea profesională a medicilor și avocaților.

În ceea ce privește asigurările profesionale, acestea nu sunt întotdeauna grefate pe un contract de muncă.

Asigurările profesionale privesc ocupații, profesii, activități sau îndeletniciri care pot avea ca izvor un contract de muncă sau orice alt raport juridic, în prezenta lucrare rezumându-ne la profesia de medic și avocat.

Cuvinte cheie: asigurare, răspundere, malpraxis, medic, avocat.

Introducere

În literatura juridică de specialitate, problematica asigurărilor de răspundere civilă profesională este destul de puțin abordată, această lucrare propunându-și să prezinte aspecte teoretice și de practică judiciară privind răspunderea profesională a medicilor și avocaților.

Asigurările își au existența în cele mai vechi timpuri, în doctrină susținându-se că acestea sunt strâns legate de primele forme organizate de comerț (Asia și Orientul Mijlociu Islamic)¹.

Operațiunile de asigurare au apărut datorită existenței riscului și a nevoii de atenuare a consecințelor producerii acestuia.

Conform reglementărilor în vigoare, toate formele de asigurări iau naștere și se desfășoară în baza unui contract.

În ceea ce privește asigurarea de răspundere civilă profesională, cea mai detaliată este asigurarea de malpraxis medical reglementată prin Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății.

Asigurarea de răspundere civilă profesională a avocaților, în comparație cu răspunderea civilă a medicilor, nu se bucură de o reglementare care să se ocupe în detaliu ci doar instituie obligația de a fi încheiată și limitele acesteia (Legea nr. 51/1995).

Atât asigurarea de răspundere civilă profesională a medicilor cât și cea de răspundere civilă profesională a avocaților au caracter intuitu personae, vizând calitatea, profesia asiguratului (medic, avocat). Această formă de asigurare se grefează pe răspunderea civilă din dreptul comun (delictuală și contractuală).

În sistemul asigurărilor sociale, răspunderea avocatului și a medicului va fi delictuală dar și contractuală.

* Masterand, Dreptul Afacerilor, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București (litră_mihaitza@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Nemeș Vasile (nemes@nemes-asociatii.ro).

¹ Panait Nemeș Marinela, Teză de doctorat, Contractul de asigurare de răspundere civilă, p.7.

I. Asigurarea de răspundere civilă profesională a medicilor

Asigurarea de răspundere civilă medicală reprezintă contractul, în baza căruia, în schimbul plății primei de asigurare, asigurătorul se obligă să acopere prejudiciile produse prin exercitarea unui act de malpraxis medical, acordarea unei asistențe medicale neadecvate, precum și cele izvorâte din refuzul neacordării asistenței medicale, deși a fost solicitată ori starea în care se afla pacientul impunea intervenția medicală¹.

Legiuitorul a consacrat în mod expres norme speciale privind răspunderea civilă medicală, acestea completându-se cu normele de drept comun.

Răspunderea civilă profesională a medicului reprezintă o formă specială a răspunderii civile. Aceasta constă într-un raport juridic de obligații în temeiul căruia medicul este îndatorat să repare prejudiciul cauzat altuia prin fapta sa, ori, după caz, prejudiciul pentru care este ținut să răspundă².

Potrivit art. 642 din Legea nr. 95/2006, malpraxisul este eroarea profesională săvârșită în exercitarea actului medical sau medico-farmaceutic, generatoare de prejudicii asupra pacientului, implicând răspunderea civilă a personalului medical și a furnizorului de produse și servicii medicale, sanitare și farmaceutice.

Potrivit dispozițiilor art. 657 din Legea nr. 95/2006, asigurarea obligatorie face parte din categoria B clasa 13 de asigurări de răspundere civilă și va cuprinde toate tipurile de tratamente medicale ce se efectuează în specialitatea și competența profesională a asiguratului și în gama de servicii medicale oferite de unitățile de profil³.

Conform art. 656 alin. (2) din Legea nr. 95/2006, o copie după asigurare va fi prezentată înainte de încheierea contractului de muncă, fiind o condiție obligatorie pentru angajare.

Asigurarea de malpraxis este o asigurare obligatorie, pe întreaga desfășurare a activității personalului medical.

Art. 642 din Legea nr. 95/2006 dispune că, personalul medical este medicul, medicul dentist, farmacistul, asistentul medical și moașa care acordă servicii medicale.

Părțile asigurării de malpraxis medical sunt asigurații (personalul medical obligat să posede asigurarea de răspundere civilă medicală în timpul exercitării profesiei medicale), asigurătorii și persoana cuprinsă în asigurare (de exemplu, o unitate farmaceutică privată încheie o poliță pentru propria răspundere civilă, însă, cuprinde în asigurare și răspunderea civilă a personalului medical).

Principala obligație a personalului medical este aceea de a acorda asistență și îngrijiri medicale în situația în care pacientul își exprimă dorința în acest sens sau, deși nu își poate manifesta voința (este în comă), situația în care se află impune acordarea asistenței medicale.

De asemenea, dacă există o convenție între pacient și personalul medical, vor fi avute în vedere obligațiile stabilite în contract.

Medicul, medicul dentist, asistentul medical/moașa nu pot refuza să acorde asistență medicală/îngrijiri de sănătate pe criteriile etnice, religioase și orientare sexuală sau pe alte criterii de discriminare interzise prin lege.

Legiuitorul arată în sens negativ două situații în care personalul medical poate să refuze ca pacient o anumită persoană: când pacientul este trimis altui medic, furnizând toate datele medicale obținute, care justifică asistența altui medic cu competențe sporite și atunci când pacientul manifestă o atitudine ostilă. Trebuie subliniat faptul că această atitudine ostilă trebuie să fie rezultatul manifestării conștiente a pacientului.

Următoarea obligație a personalului medical este obligația de diligență și prudență în exercitarea profesiei, art. 655 din Legea nr. 95/2006 prevede că, în acordarea asistenței medicale/îngrijirilor de sănătate, personalul medical are obligația aplicării standardelor terapeutice, stabilite

¹ Nemeș Vasile, Dreptul asigurărilor, Ediția a 4-a, Editura Hamangiu, București, 2012, op.cit., p.294.

² Florescu Cristina-Maria, Teză de doctorat, Răspunderea civilă profesională, 2010, op.cit., p.284.

³ Nemeș Vasile, Dreptul asigurărilor, p.293.

prin ghiduri de practică în specialitatea respectivă, aprobate la nivel național, sau, în lipsa acestora, standardelor recunoscute de comunitatea medicală a specialității respective.

O altă obligație principală o constituie obținerea acordului informat al pacientului.

Pentru a fi supus la metode de prevenție, diagnostic și tratament, cu potențial de risc pentru pacient, după explicarea lor de către medic, medic dentist, asistent medical/moașă, pacientului i se solicită acordul scris. Pentru obținerea acestui acord, medicul, medicul dentist, asistentul medical/moașă sunt datori să prezinte pacientului informații la un nivel științific rezonabil pentru puterea de înțelegere a acestuia.

Potrivit art. 649 alin (3), informațiile trebuie să conțină: diagnosticul, natura și scopul tratamentului, riscurile și consecințele tratamentului propus, alternativele viabile de tratament, riscurile și consecințele lor, prognosticul bolii fără aplicarea tratamentului.

Vârsta legală pentru exprimarea consimțământului informat este de 18 ani.

Minorii își pot exprima consimțământul în absența părinților sau reprezentantului legal, în următoarele cazuri:

- situații de urgență, când părinții sau reprezentantul legal nu pot fi contactați, iar minorul are discernământul necesar pentru a înțelege situația medicală în care se află. Nu este necesar consimțământul informat al minorului nici în situația în care acesta nu are discernământ necesar pentru a înțelege situația medicală în care se află, dar părinții sau reprezentantul legal nu pot fi contactați, ca de exemplu, în situația în care aceștia nu sunt cunoscuți, nu pot fi identificați sau nu se poate lua legătura cu ei, iar situația de urgență a minorului impune intervenția medicală¹.

Cu privire la acest aspect, art. 651 alin (2) din Legea nr. 95/2006 prevede că, atunci când reprezentantul legal sau ruda cea mai apropiată nu poate fi contactat, medicul, asistentul medical/moașă pot solicita autorizarea efectuării actului medical autorității tutelare sau pot acționa fără acordul acesteia în situații de urgență, când intervalul de timp până la exprimarea acordului ar pune în pericol, în mod ireversibil, sănătatea și viața pacientului.

- situații medicale legate de diagnosticul și/sau tratamentul problemelor sexuale și reproductive, la solicitarea expresă a minorului în vârstă de peste 16 ani.

Consecințele acordării asistenței medicale, a îngrijirilor de sănătate fără consimțământul informat al pacientului sunt reglementate de dispozițiile art. 651 din Legea nr. 95/2006, care prevăd că medicul curant, asistentul medical/moașă răspund atunci când nu obțin consimțământul informat al pacientului sau al reprezentanților legali ai acestuia, cu excepția cazurilor în care pacientul este lipsit de discernământ, iar reprezentantul legal sau ruda cea mai apropiată nu poate fi contactat, datorită situației de urgență.

Asemenea metode de prevenție, diagnostic și tratament ale personalului medical fără consimțământul informat al pacientului constituie riscuri asigurabile și producerea, alături de răspunderea personalului medical, atrag și răspunderea asigurătorului de malpraxis medical².

Art. 657 alin (1) din Legea nr. 95/2006 dispune că, asigurătorul acordă despăgubiri pentru prejudiciile de care asigurații răspund, în baza legii, față de terțe persoane care se constată că au fost supuse unui act de malpraxis medical, precum și pentru cheltuielile de judecată ale persoanei prejudiciate prin actul medical.

Acordarea asistenței medicale neadecvate constituie alt caz de răspundere civilă a personalului medical, art. 658 alin. (1) din lege prevede că, despăgubirile se acordă pentru sumele pe care asiguratul este obligat să le plătească cu titlu de dezdăunare și cheltuieli de judecată persoanei sau persoanelor păgubite prin aplicarea unei asistențe medicale neadecvate, care poate avea drept efect inclusiv vătămarea corporală ori decesul.

O altă cauză de răspundere civilă a personalului medical o constituie refuzul de acordare a asistenței medicale.

¹ Nemeș Vasile, Dreptul asigurărilor, op.cit., p.301.

² Nemeș Vasile, Dreptul asigurărilor, op.cit., p.302.

În ceea ce privește neglijența și lipsa cunoștințelor în exercitarea profesiei, art. 642 alin. (2) din Legea nr. 95/2006 prevede că, personalul medical răspunde civil pentru prejudiciile produse din eroare, care includ și neglijența, imprudența sau cunoștințe medicale insuficiente în exercitarea profesiei, prin acte individuale în cadrul procedurilor de prevenție, diagnostic sau tratament.

Același articol dispune că, personalul medical răspunde civil și pentru prejudiciile ce decurg din nerespectarea reglementărilor prezentului titlu privind confidențialitatea (una dintre cele mai vechi reguli ale practicii medicale dar și avocațiale), consimțământul informat și obligativitatea acordării asistenței medicale.

Alin. (4) al aceluiași articol prevede că, personalul medical răspunde civil pentru prejudiciile produse în exercitarea profesiei și atunci când își depășește limitele competenței, cu excepția cazurilor de urgență în care nu este disponibil personal medical ce are competența necesară.

Despăgubirea este proporțională cu gradul de vinovăție al personalului medical.

Dacă a fost încălcată o obligație prevăzută de lege, pe dreptul comun al răspunderii, în cazul răspunderii delictuale, răspunderea este solidară, divizibilă numai în temeiul răspunderii izvorâte din contract.

Legea 95/2006 prevede anumite cazuri de exonerare de raspundere a personalului medical, art. 643 alin. (2) dispune că, personalul medical nu este răspunzător pentru daunele și prejudiciile produse în exercitarea profesiei:

a) când acestea se datorează condițiilor de lucru, dotării insuficiente cu echipament de diagnostic și tratament, infecțiilor nosocomiale, efectelor adverse, complicațiilor și riscurilor în general acceptate ale metodelor de investigație și tratament, viciilor ascunse ale materialelor sanitare, echipamentelor și dispozitivelor medicale, substanțelor medicale și sanitare folosite;

b) când acționează cu bună-credință în situații de urgență, cu respectarea competenței acordate.

Riscurile și prejudiciile acoperite de asigurarea de malpraxis medical cuprind eroarea profesională, aplicarea unei asistențe medicale neadecvate și neacordarea asistenței medicale.

Art. 657 alin. (2) dispune că, despăgubirile se acordă indiferent de locul în care a fost acordată asistență medicală.

Una dintre obligațiile asiguratului este să înștiințeze în scris asiguratorul sau, dacă este cazul, asiguratorii despre existența unei acțiuni în despăgubire, în termen de 3 zile lucrătoare de la data la care au luat la cunoștință despre această acțiune (art. 667).

De asemenea, asiguratul este obligat să plătească primele de asigurare, plata făcându-se integral sau în rate la termenele scadente prevăzute în contract, conform negocierii părților contractante, la sediul asiguratorului sau împuterniciților săi¹.

Potrivit noului Cod civil, dacă nu s-a convenit altfel, contractul de asigurare se reziliază în cazul în care sumele datorate de asigurat cu titlu de primă, nu sunt plătite în termenul prevăzut în contractul de asigurare².

În privința existenței altor asigurări de malpraxis, asiguratul are obligația de a informa asiguratorul despre încheierea unor astfel de asigurări cu alți asiguratorii, atât la încheierea poliției, cât și pe parcursul executării acesteia.

Principala obligație a asiguratorului de malpraxis medical o reprezintă plata despăgubirilor.

Despăgubirile se plătesc de către asigurator nemijlocit persoanelor fizice, în măsura în care acestea nu au fost despăgubite de asigurat (art. 663).

În situația în care asiguratul face dovada că a despăgubit persoana vătămată, despăgubirile i se cuvin.

¹ Nemeș Vasile, Dreptul asigurărilor, op.cit., 310.

² *ibidem*.

Ordinul nr. 589/2011 cuprinde următoarele limite minime ale sumei asigurate:

- a) medici de familie și medici de medicină generală: echivalentul în lei al sumei de 12.000 euro;
- b) medici specialiști - specialități medicale: echivalentul în lei al sumei de 37.000 euro;
- c) medici specialiști - specialități chirurgicale: echivalentul în lei al sumei de 62.000 euro;
- d) medici dentiști: echivalentul în lei al sumei de 37.000 euro;
- e) farmaciști care lucrează în farmacii cu circuit deschis: echivalentul în lei al sumei de 5.000 euro;
- f) farmaciști care lucrează în farmacii cu circuit închis: echivalentul în lei al sumei de 5.000 euro;
- g) biochimisti, biologi și medici specialiști - specialități paraclinice: echivalentul în lei al sumei de 20.000 euro;
- h) asistenți medicali generaliști, moașe și asistenți medicali care își exercită profesia în unități sanitare cu paturi; centre de primire urgențe și unități de primiri urgențe aflate în relație contractuală cu casa de asigurări de sănătate, serviciu de ambulanțe: echivalentul în lei al sumei de 10.000 euro;
- i) asistenți medicali generaliști, moașe și asistenți medicali care își exercită profesia în unități de medicină primară, ambulatorii, cabinete medicale individuale, laboratoare: echivalentul în lei al sumei de 4.000 euro;
- j) asistenți de farmacie: echivalentul în lei al sumei de 2.000 euro.

Despăgubirile se stabilesc și se plătesc pe cale amiabilă pe baza înțelegerii dintre asigurător și terțul păgubit¹.

De asemenea, atunci când părțile nu ajung la o înțelegere, acordarea despăgubirilor se va face pe cale judecătorească.

Instanța competentă este judecătoria în a cărei circumscripție teritorială a avut loc actul de malpraxis medical.

Încetarea contractului de asigurare de răspundere civilă medicală intervine atunci când expiră durata contractului, atunci când riscul asigurat se produce înaintea începerii obligației asigurătorului și imposibilitatea producerii lui ulterior încheierii contractului, în cazul rezilierii, denunțului contractului sau decesului asiguratului.

Termenul de prescripție de 3 ani este reglementat de art. 677 din Legea nr. 95/2006.

II. Asigurarea de răspundere civilă profesională a avocaților

„Avocatura este tot atât de veche ca și magistratura tot atât de nobilă ca și virtutea, tot atât de necesară ca și justiția” (D’Aguessseau).

În literatura de specialitate, avocatura este apreciată ca fiind cea mai veche profesie judiciară.

În îndepărtata antichitate, la Roma, exista practica solicitării ajutorului practicianului de către cel aflat în nevoie (advocatus)².

Activitatea avocațială, la vremea aceea, nu era total diferită de cea de astăzi, cuprindea răspundere – acordarea consultațiilor juridice în orice materie, cavere – acordarea consultațiilor cu privire la forma de redactare a actelor juridice și agere- oferirea lămuririlor cu privire la modul în care trebuia condus un proces³.

Încă din cele mai vechi timpuri, sistemul nostru de drept a prevăzut că răspunderii civile profesionale a avocaților îi sunt aplicabile regulile de drept comun.

¹ Nemeș Vasile, Dreptul asigurărilor, op.cit., p.323.

² Florescu Cristina-Maria, Răspunderea civilă profesională , p.161.

³ Ligia Dănilă, Organizarea și exercitarea profesiei de avocat, Editura Lumina Lex, București, 1999, p. 7-9.

Cu privire la acest aspect, Legiuirea Caragea prevedea în capitolul XIX, paragraful 6 „Care vechilu va pune în lucrare treaba vechiletului¹ împotriva tocmelii și cugetului stăpânului seu va lucra cu viclenie și va pricinui pagubă, este detoru paguba”².

În ceea ce privește Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat, se poate observa că aceasta nu reglementează în mod expres răspunderea civilă profesională a avocatului, însă, această formă de răspundere nu este exclusă nici de legea în cauză, nici de statutul profesiei³.

Ca și în cazul răspunderii civile clasice, pentru a interveni răspunderea civilă profesională a avocatului, trebuie să fie întrunite, în mod cumulativ, elemente precum fapta ilicită, vinovăția, în oricare dintre formele și modalitățile sale, prejudiciul și legătura de cauzalitate dintre fapa ilicită și prejudiciu⁴.

Răspunderea civilă profesională a avocaților reprezintă o formă specială a răspunderii civile care constă într-un raport juridic de obligații în temeiul căruia avocatul este îndatorat să repare prejudiciul cauzat altuia prin fapta sa, ori, după caz prejudiciul pentru care este ținut să răspundă⁵.

Dreptul comun al răspunderii civile reglementează repararea prejudiciului prin culpa avocatului.

Asumarea obligației de asigurare a apărării drepturilor și intereselor unei persoane și de a elabora pledoaria în favoarea acesteia reprezintă rolul avocatului.

Contractul de asistență juridică este un contract numit, sinalagmatic, oneros, bilateral, intuitu personae, consensual, forma scrisă fiind cerută ad probationem, se nasc drepturi și obligații specifice profesiei de avocat.

Pe lângă obligația de asistență juridică, avocatul mai are obligația de informație și de consiliere, de eficacitate, de a păstra secretul profesional.

În cazul în care prejudiciul constă în pierderea unei șanse de reușită a unei acțiuni în justiție, caracterul real și serios al șansei pierdute se apreciază în raport cu probabilitatea de succes a acestei acțiuni⁶.

De asemenea, neglijența sau inacțiunea culpabilă a avocatului nu produce în mod obligatoriu un prejudiciu clientului. Cu privire la acest aspect, putem întâlni situația în care avocatul nu și-a executat obligația de consiliere iar această împrejurare nu implică întotdeauna existența unui prejudiciu, din moment ce clienții săi nu ar fi renunțat la a recurge la aceleași mijloace procedurale cum sunt cele în curs⁷.

Referitor la pierderea șansei, aceasta reprezintă un prejudiciu care poate fi reparat doar în limita certitudinii sale. Dacă șansa serioasă lipsește, nu poate fi acordată nicio despăgubire.

Curtea de Casație a Franței a admis că, despăgubirea pierderii șansei de a obține reformarea unei hotărâri judecătorești nu poate fi egală avantajului pe care această șansă l-ar fi procurat dacă ea s-ar fi realizat. Acest lucru se explică prin aceea că un câștig separat depinde în caz de probabilitatea reformării scontate, care are caracter aleatoriu⁸.

În România, art. 58 alin. 1 din Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat și art. 218 alin. 1 din statutul profesiei de avocat garantează protecția avocatului și a clientului acestuia prin intermediul asigurării obligatorii de răspundere profesională.

¹ Vechil reprezintă persoana care „stă în locul stăpânului la vreo treabă”, iar același articol 1 din capitolul XIX prevede că vechiletul însemna fapta vechilului.

² C. Nedelcu, *Avocatura în România*, volumul I, Editura Muntenia, Constanța, 2004, p.36.

³ Florescu Cristina-Maria, *Răspunderea civilă profesională*, p.162.

⁴ Ligia Dănilă, *Organizarea și exercitarea profesiei de avocat*, p. 7-9.

⁵ Florescu Cristina-Maria, *Răspunderea civilă profesională*, p.165.

⁶ Florescu Cristina-Maria, *Răspunderea civilă profesională*, p.193.

⁷ *ibidem*.

⁸ *ibidem*.

Contractul de asigurare prevede părți contractante precum cabinetele individuale de avocatură, care încheie fie pentru fiecare avocat, acesta fiind titular sau colaborator, fie în numele cabinetului, elaborându-se un tabel ce urmează să fie anexat la polița de asigurare.

Asigurarea poate fi încheiată și în numele societății civile profesionale, a cabinetelor grupate sau asociate de avocați, de barourile de avocați în numele și pentru fiecare membru.

Art. 218 alin. 3 din Statutul profesiei de avocat, prevede obligația avocatului stagiar de a se asigura pentru un risc asigurat în valoare de minimum 3000 euro anual, avocatul definitiv asigurându-se pentru un risc asigurat în valoare de minimum 6000 euro anual.

Prejudiciul cauzat de avocat va fi acoperit de societatea asigurare, în urma actelor sau faptelor comise din culpă, pentru care devine răspunzător în baza contractului de asistență juridică încheiat cu clientul său, a legii, a statutului profesiei, convențiilor internaționale.

Exonerarea asigurătorului intervine atunci când pagubele cauzate de către avocat clientului său sunt săvârșite cu intenție sau când sunt depășite limitele împuternicirii acordate în baza contractului de asistență juridică.

De asemenea, asigurarea nu acoperă prejudiciile provocate în timpul exercitării profesiei de avocat care se află sub influența narcoticelor, alcoolului, pentru prejudiciile provocate angajații asiguratului, pentru prejudiciul cauzat prin neîndeplinirea promisiunii de câștigare a cauzei sau atunci când clienții asiguratului nu își îndeplinesc obligațiile.

Atunci când asiguratul și-a produs o paguba, asigurătorul nu îl va despăgubi deoarece asigurarea este pentru răspunderea față de persoanele care suferă un prejudiciu în urma exercitării profesiei de avocat¹.

Contractul de asigurare se încheie pe o perioadă de un an, cu obligația reînnoirii în fiecare an și își produce efectele numai prin plata anticipată a primei anuale sau a primei rate². Asigurătorul va răspunde începând cu ora 24 a zile în care s-a achitat prima de asigurare și va înceta la ora 24 a ultimei zile din perioada de asigurare.

Atunci când primele de asigurare nu sunt plătite în termenul de la scadență, asigurătorul poate rezilia contractul. Suspendarea calității de avocat atrage și suspendarea de drept a efectelor juridice ale contractului de asigurare iar încetarea calității de avocat atrage încetarea de drept a contractului de asigurare.

Despagubirile se stabilesc conform înțelegerii dintre asigurat, terț și asigurător sau prin intermediul unei hotărâri judecătorești. Este posibilă înțelegerea păților doar atunci când se stabilește cu certitudine răspunderea civilă a avocatului, clientul păgubit probând prejudiciul produs. În cazul acesta, asigurătorul îl va despăgubi pe clientul care a suferit un prejudiciu.

Doctrina franceză ne oferă un răspuns negativ cu privire la situația în care un avocat preferă să încheie propria asigurare și refuză să adere la asigurarea de grup la care barourile au subscris în mod colectiv, deoarece prin anumite reglementări interne, baroul poate impune încheierea asigurării colective, considerându-se că acest sistem este un bun garant al intereselor justițiabililor.

Un caz interesant a fost acela în care, anterior încheierii contractului de asigurare cu o societate de asigurare, au fost cauzate prejudicii prin culpa profesională iar câteva companii elvețiene au acceptat să suporte prejudiciul doar atunci când avocatul la momentul încheierii contractului, nu a avut sau nu ar fi trebuit să aiba cunoștință de culpa profesională susceptibilă să-i angajeze răspunderea³.

III. Jurisprudență

În următoarea speță vom analiza dacă a fost sau îndeplinită una dintre principalele obligații ale personalului medical, aceea de informare și obținere a consimțământului pacientei și ce a dispus Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

¹ Irina Sferdian, Dreptul asigurărilor, Editura C.H. Beck, București, 2009, p.291.

² Florescu Cristina-Maria, Răspunderea civilă profesională, p. 207.

³ Florescu Cristina-Maria, Răspunderea civilă profesională, p. 209.

Prin hotărârea din 15 ianuarie 2013 pronunțată în cauza Csoma c. României (cererea nr. 8759/05), Curtea a constatat încălcarea art. 8 din Convenție prin faptul că, pe de o parte, pacienta nu a fost complet informată cu privire la riscurile intervenției medicale, nu s-a obținut consimțământul scris al acesteia, s-a omis efectuarea testelor pre-operative obligatorii, iar pe de altă parte, la momentul respectiv, statul nu asigura un cadru legal adecvat pentru reclamantă de a obține un remediu efectiv pentru prejudiciul cauzat.

Reclamanta, de profesie asistentă medicală, a rămas însărcinată în ianuarie 2002, evoluția sarcinii fiind monitorizată de dr. P.C., medic ginecolog la Spitalul Orășenesc Covasna, iar în a 16-a săptămână a sarcinii fătul a fost diagnosticat cu hidrocefalie, ceea ce l-a determinat pe medic să decidă întreruperea sarcinii.

În acest scop, reclamanta a fost internată în Spitalul Orășenesc Covasna la data de 13 mai 2002, unde i s-a administrat prin perfuzie, iar a doua zi prin injecție abdominală, soluție concentrată de glucoză care a determinat astfel moartea fătului.

În noaptea zilei de 15 mai 2002, reclamanta a avut febră și frisoane, iar în dimineața zilei următoare fătul a fost expulzat, după care pacienta a început să sângereze intens. În pofida celor două chiuretaje efectuate de medic, hemoragia nu a putut fi oprită, reclamanta fiind diagnosticată astfel cu Coagulare Intravasulară Diseminată (CID), ceea ce l-a determinat pe medicul său să decidă trimiterea de urgență a pacientei la Spitalul Județean din Sfântu Gheorghe, situat la aproximativ 30 de kilometri distanță.

Deși pacienta se afla într-o stare critică, pe parcursul transportului ea a fost asistată doar de o asistentă medicală. Ajunsă la Spitalul Județean, medicii au trebuit să procedeze la o histerectomie totală și anexectomie bilaterală pentru a-i salva viața¹.

Apreciind că doctorul P.C. a comis erori medicale grave în tratamentul efectuat, reclamanta a adresat o plângere Colegiului Medicilor Covasna, care, la 18 septembrie 2002, a ajuns la următoarele concluzii:

- întreruperea sarcinii fusese corect indicată;
- injectarea soluției de glucoză pe cale abdominală impunea monitorizarea acesteia și o localizare precisă a placentei cu ajutorul unei ecografii care însă lipsea din foaia de observație a pacientei; o atare metodă impunea o prealabilă informare a pacientei asupra posibilelor riscuri și complicații precum și obținerea unui consimțământ scris al acesteia, care de asemenea lipsea din fișa medicală;
- CID nu reprezenta o consecință directă a injectării pe cale abdominală a soluției deși reprezintă o rară și gravă complicație rezultată din folosirea acestei metode;
- luând în considerare că CID a fost detectată în timp util, ceea ce a permis transferul pacientei către un alt spital cu consecința salvării vieții acesteia, nicio neglijență medicală nu a putut fi identificată.

Totuși, raportul constata anumite neregularități de natură procedurală, respectiv lipsa consimțământului scris al pacientei, lipsa ecografiei pentru localizarea placentei, inexistența rezultatelor testelor de laborator preliminare, precum și faptul că în raport de facilitățile și resursele Spitalului Orășenesc, cazurile cu risc potențial ridicat ar fi trebuit tratate în unități spitalicești dotate corespunzător.

Totodată, în cursul anului 2002, reclamanta a formulat plângere penală împotriva doctorului P.C. pentru săvârșirea infracțiunilor de vătămare corporală gravă și, respectiv, neglijență în serviciu, iar la 19 noiembrie 2002 s-a constituit parte civilă.

La 4 decembrie 2002, la solicitarea organului de cercetare penală, Serviciul de Medicină Legală Sfântu Gheorghe a finalizat un raport medical de expertiză prin care se concluzionează lipsa oricărei neglijențe medicale, subliniindu-se că metoda aleasă pentru provocarea avortului putea fi

¹ <http://www.hotararicedo.ro>

realizată în orice unitate medicală cu profil ginecologic. De asemenea, se preciza că lipsa mențiunilor privind rezultatele testelor de laborator din fișa medicală nu excludea posibilitatea ca testele să fi fost efectuate în realitate fără a se fi notat însă rezultatul acestora.

La 15 ianuarie 2003, reclamanta a formulat obiecțiuni la acest raport de expertiză cu privire la care, apreciindu-l incomplet, a solicitat să se răspundă printre altele la întrebările dacă doctorul și-a îndeplinit obligațiile care îi reveneau în procedura de provocare a avortului, dacă existau și alte metode disponibile de întrerupere a sarcinii, dacă efectuarea ecografiei ar fi putut influența cursul intervenției, precum și dacă supunerea sa histerectomiei totale ar fi putut fi evitată în condițiile în care ea ar fi fost internată într-o unitate medicală dotată corespunzător

La 27 martie 2003, Institutul de Medicină Legală Târgu-Mureș a emis un aviz asupra cazului reclamantei în care se specifică printre altele că nu se regăsea în documentele medicale formularul necesar a fi completat și semnat de doi medici specialiști și de directorul spitalului în cazul procedurilor de întrerupere a sarcinii mai mari de 14 săptămâni. De asemenea, lipsea acordul scris al pacientei, necesar în intervențiile medicale cu risc ridicat, tot astfel cum lipseau și rezultatele preliminare de laborator precum și date privind localizarea placentei prin ecografie.

La 26 ianuarie 2004, I.N.M.L. Mina Minovici a confirmat raportul din 4 decembrie 2002, apreciind că nu a existat neglijență medicală din partea medicului cu toate că, într-adevăr, acesta din urmă a omis să discute cu pacienta despre riscurile pe care le implica intervenția medicală și să obțină consimțământul scris al acesteia¹.

La 27 februarie 2003, deci anterior emiterii punctului de vedere de către I.N.M.L. Mina Minovici, procurorul din cadrul Parchetului de pe lângă Tribunalul Covasna a decis scoaterea de sub urmărire penală a doctorului P.C., soluție confirmată de procurorul ierarhic, precum și de Tribunalul Covasna la 29 septembrie 2004.

Reclamanta a invocat încălcarea drepturilor sale prevăzute art. 2, 6 și 13 din Convenție prin faptul că nu a fost informată corespunzător asupra riscurilor intervenției și că, din cauza neglijenței medicale, viața sa a fost pusă în pericol, fiind în imposibilitate de a mai purta o sarcină.

Curtea, arătând că este singura în măsură să califice în drept situația de fapt dedusă judecății și că poate analiza o cerere din perspectiva unui alt articol decât cel invocat de reclamant (Guerra și alții c. Italiei, 19 februarie 1998, par. 44), a apreciat oportună examinarea cauzei din perspectiva art. 8 al Convenției.

Guvernul a invocat excepția neepuizării căilor de atac interne, susținând că reclamanta ar fi putut introduce o acțiune în răspundere civilă delictuală (art. 998-999 și art. 100 alin. 3 C.civ.), reiterând aceleași argumente expuse în cauza *Stihi-Boos c. României* (cererea nr. 7823/06, decizia din 1 octombrie 2011, par. 44-48), făcând referire la hotărâri ale instanțelor interne prin care a fost angajată răspunderea medicilor și a spitalelor pentru prejudiciile suferite de pacienți prin erori medicale.

Curtea a apreciat că argumentele invocate de Guvern în acest sens sunt strâns legate de fondul cauzei, motiv pentru care se impune unirea acestora cu fondul, declarând astfel cererea admisibilă.

Reclamanta a invocat faptul că nu a fost informată cu privire la natura și posibilele consecințe ale procedurii medicale, susținând că împrejurarea că ea era asistentă medicală nu exonera medicul de îndeplinirea obligațiilor sale de informare și obținere a consimțământului pacientei. Tot astfel, în condițiile în care procedura de întrerupere a sarcinii nu era urgentă, nu există justificare pentru lipsa de pregătire a intervenției, în special cu privire la omisiunea de a efectua testele de laborator preliminare.

Guvernul a susținut că nu poate fi angajată răspunderea statului pe temeiul art. 8 din Convenție dat fiind că, pe de o parte, autoritățile naționale nu au identificat nicio culpă din partea medicului, iar pe de altă parte reclamanta, internată voluntar în spital, a cunoscut semnificația

¹ <http://www.hotararicedo.ro>

procedurilor medicale realizate asupra sa. Guvernul a recunoscut, însă, că singura neglijență a medicului poate fi identificată în omisiunea sa de a obține consimțământul scris al pacientei, împrejurare care însă nu poate conduce la concluzia că pacienta nu fusese informată cu privire la natura procedurii sau că a lipsit consimțământul acesteia.

În același context, Curtea a reafirmat importanța accesului la informații al persoanelor confruntate cu riscuri privitoare la sănătatea lor, astfel ca aceste persoane să poată aprecia riscurile la care se expun prin anumite tratamente medicale iar pe de altă parte consimțământul acestora să fie unul dat în deplină cunoștință¹.

Curtea, pornind de la faptul că prin intervenția medicală efectuată de doctorul P.C., viața reclamantei a fost grav pusă în pericol, cu consecința imposibilității pentru aceasta de a mai putea rămâne însărcinată, a constatat că a existat astfel o ingerință în dreptul la viața privată al reclamantei.

Pentru a stabili dacă statul și-a îndeplinit obligațiile sale pozitive impuse de exigențele art. 8 din Convenție, Curtea, fără a fi însă în poziția de a contrazice soluțiile instanțelor naționale privind neangajarea răspunderii penale a medicului P.C., s-a raportat atât la circumstanțele concrete în care a fost efectuată intervenția medicală, reflectate în conținutul rapoartelor de expertiză efectuate de autoritățile naționale, cât și la posibilitatea legală pusă la dispoziția reclamantei, la nivel național, de a obține un remediu eficient al vătămării suferite.

Astfel, Curtea, în primul rând, a luat act de faptul că toate rapoartele de expertiză converg în a stabili că medicul a neglijat, anterior intervenției, să obțină consimțământul scris al pacientei și să efectueze testele de laborator preliminar. În acest context, nu a putut fi identificată o explicație rațională a omisiunii medicului de a cere consimțământul scris al pacientei, Curtea respingând argumentul Guvernului potrivit căruia calitatea de asistentă medicală a reclamantei ar justifica lipsa de informare și ar sugera existența în fapt a consimțământului acesteia.

Tot astfel, Curtea a constatat o inexplicabilă manieră de gestionare a situației de către doctor, care, deși nu exista urgență în a proceda la întreruperea sarcinii, a neglijat să efectueze testele preliminar obligatorii și să aprecieze obiectiv dacă spitalul respectiv era dotat corespunzător pentru a putea face față unor eventuale complicații. Tot din perspectiva lipsei urgenței în realizarea intervenției medicale, Curtea a constatat că raportul de expertiză realizat în timpul procedurilor judiciare nu a răspuns obiecțiilor formulate sub aspect de reclamantă, în condițiile în care un răspuns detaliat asupra acestui aspect ar fi putut pune în lumină cursul evenimentelor care au condus la pierderea suferită de reclamantă.

Privitor la remediile legale puse la dispoziția reclamantei, Curtea, deși a acceptat că exercitarea acțiunii civile în cadrul procesului penal ar fi suficientă prin ea însăși să asigure reclamantei o posibilitate reală de a obține repararea prejudiciului, a apreciat totuși că maniera în care investigațiile au fost derulate nu au satisfăcut anumite exigențe.

Astfel, în rapoartele de expertiză s-a menționat lipsa oricărei erori medicale din partea medicului, în pofida unor evidente omisiuni ale acestuia, greșeli pe care de altfel rapoartele le indicau.

La rândul său, procurorul nu a acordat atenție contradicțiilor existente în rapoartele de expertiză cu privire la culpa medicului, bazându-și soluția doar pe raportul realizat la cererea sa (cel din 4 decembrie 2002), fără a lua în seamă raportul Colegiului Medicilor Covasna, deși acesta din urmă părea complet și mai bine orientat pe aspectele procedurale analizate. Nu în ultimul rând, Curtea a remarcat că procurorul nu a ajuns să cunoască punctul de vedere al INML Mina Minovici, acesta neglijând totodată să se preocupe de obiecțiile și întrebările ridicate de reclamantă cu privire raportul de expertiză realizat la 4 decembrie 2002².

¹ <http://www.hotararicedo.ro>

² <http://www.hotararicedo.ro>

În condițiile în care, la momentul desfășurării evenimentelor ce fac obiectul prezentei cauze, nu era posibilă efectuarea unei noi expertize în cazul în care I.N.M.L. Mina Minovici emisese un punct de vedere oficial, Curtea a constatat imposibilitatea reclamantei de a ridica, din nou, pe calea unei proceduri, problema existenței unei erori medicale. Acest aspect pune sub semnul întrebării dacă acțiunea civilă formulată de către reclamantă în contradictoriu cu medicul ar fi fost un remediu efectiv, mai ales având în vedere că raportul de expertiză medico-legală ar fi fost un mijloc de probă esențial în susținerea acțiunii sale civile.

Cu toate că Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății a facilitat obținerea de despăgubiri de către victime chiar în lipsa stabilirii unei culpe a personalului medical, Curtea a apreciat că ar fi disproporționat a i se cere reclamantei să formuleze din nou o altă cerere în despăgubiri în fața instanței civile, în condițiile în care reclamanta, la momentul respectiv, nu a rămasese pasivă ci sesizase Colegiul Medicilor și organele judiciare, în cadrul procedurilor penale constituindu-se și parte civilă.

Toate aceste argumente au fost suficiente pentru a determina Curtea să constate că reclamantei i-a fost încălcat dreptul la viață privată prin lipsa de informare a acesteia asupra riscurilor pe care le implica procedura medicală și prin neimplicarea acesteia de către medic la alegerea tratamentului medical administrat. Mai mult, statul nu și-a îndeplinit obligația pozitivă de a asigura la momentul respectiv un sistem legal eficient prin care reclamanta să obțină o reparare adecvată a încălcării dreptului său la viață privată.

Curtea a dispus ca statul pârât să plătească reclamantei, în termen de 3 luni de la rămânerea definitivă a hotărârii, suma de 6.000 EUR, cu titlu de daune morale¹.

Concluzii

Confruntându-se cu o practică judiciară restrânsă, grefată pe principiile generale ale răspunderii civile delictuale sau contractuale, răspunderea civilă profesională este unul dintre cele mai interesante și fragile domenii ale dreptului civil.

O viitoare reglementare unică a răspunderii civile a profesiilor juridice nu ar fi oportună deoarece există foarte multe diferențe de statut profesional.

În cazul avocaților și a medicilor, răspunderea civilă are fundamentare preponderent contractuală iar în raport cu terții, în mod excepțional, cum ar fi răspunderea civilă a medicilor atunci când este o urgență medicală.

Procedura de soluționare a unor litigii de malpraxis medical este destul de anevoioasă din perspectiva elementelor probatorii deoarece există experți în toate domeniile și activitățile, cu o singură excepție, domeniul medical.

În ceea ce privește instanța competentă, aceasta este judecătoria în a cărei circumscripție teritorială a avut loc actul de malpraxis medical, însă, de preferat ar fi fost o competență alternativă, la alegerea reclamantului așa cum este întâlnită în dreptul muncii, pentru că trebuie să avem în vedere și cazul în care victima se află în imposibilitate de a se deplasa la instanța competentă.

Diferența dintre cele două asigurări de răspundere civilă profesională este aceea că asigurarea de malpraxis se bucură de cea mai detaliată reglementare, asigurarea de răspundere civilă profesională a avocaților neavând o asemenea reglementare care să se ocupe în detaliu.

Referințe bibliografice:

▪ Dănilă Ligia, Organizarea și exercitarea profesiei de avocat, Editura Lumina Lex, București, 1999.

¹ <http://www.hotararicedo.ro>

- Florescu Cristina-Maria, Teză de doctorat, Răspunderea civilă profesională , 2010.
- Panait Nemeș Marinela, Teză de doctorat, Contractul de asigurare de răspundere civilă.
- Nedelcu C., Avocatura în România, volumul I, Editura Muntenia, Constanța, 2004.
- Nemeș Vasile, Dreptul asigurărilor, Ediția a 4-a, Editura Hamangiu, București, 2012.
- Sferdian Irina, Dreptul asigurărilor, Editura C.H. Beck, București, 2009.
- Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății
- Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat
- Noul cod civil
- www.hotararicedo.ro

CONTRACTUL DE ASOCIERE IN PARTICIPATIUNE CIVILA ȘI COMERCIALA

Laura-Andreea HUȘCĂ¹

Abstract

Actualmente, în contextul în care o parte importantă a operatorilor economici se confruntă încă cu dificultăți ca urmare a crizei economico-financiare și implicit a restrângerii cererii interne și externe, situație care afectează capacitatea de plată a acestora, asocierea în participațiune este un mijloc de desfășurare a unor activități în scopul obținerii de venit.

Atractivitatea asocierii în participațiune este dată de lipsa formalităților complexe de înregistrare și autorizare, fiind suficient doar contractul încheiat între asociații participanți, dar și de faptul că, aceasta nu este o persoană impozabilă distinctă

Cuvinte cheie: *participațiune, asociere, risc, proportionalitate, aport*

1. Introducere

Parteneriatele intelepte pot asigura oportunitati de afaceri avantajoase pe o piata aflata in dezvoltare. Investitorii straini pot obtine beneficii din expertiza entitatilor locale, in timp ce acestea, la randul lor, pot obtine beneficii din resursele financiare ale respectivelor firme. In mod specific, in aceasta perioada de criza mondiala, capacitatea intreprinzatorilor de a face fata crizei de resurse financiare depinde de abilitatea lor de a identifica un partener de afaceri compatibil, care sa poata asigura tocmai resursele ce le lipsesc. Redezvoltarea proiectelor semnificative de infrastructura nu se poate realiza in Romania fara o colaborare stransa intre entitati publice si private.

Asemenea forme de colaborare internationala sunt cunoscute in mod curent sub numele de "asociere in participațiune" si desemneaza entitatea creata intre doua sau mai multe parti, ce va desfasura o anumita activitate economica. In asemenea structuri, partile consimt sa infiinteze o noua entitate in care aduc drept aport capital si/sau know-how, urmand ca ulterior sa imparta intre ele profitul si cheltuielile. Asocierea poate fi configurata pentru un proiect specific, dar poate fi creata si ca un parteneriat de afaceri continuu. De fapt, termenul de "asociere in participațiune" se refera mai degraba la scopul entitatii, si nu la tipul acesteia.

Astfel, o asociere in participațiune lato sensu poate fi o corporatie, o societate cu raspundere limitata, un parteneriat ori o alta structura juridica, diferite prin elemente specifice precum impozitul aplicabil ori raspunderea partilor. Stricto sensu, potrivit legii romane, asocierile in participațiune desemneaza parteneriatele fara personalitate juridica. Acestea din urma dau nastere unor chestiuni semnificative in practica, descrise in prezentul articol.

Asa cum s-a mentionat mai sus, asocierile in participațiune reprezinta un tip special de intelegere in care doua sau mai multe persoane fizice si/sau juridice, romane ori straine, consimt sa contribuie cu un anumit aport in scopul efectuării in comun a unei activitati comerciale determinate, pentru a beneficia de pe urma profitului obtinut astfel.

2. Continutul propriu-zis al lucrării

Reglementat până la 1 octombrie 2011 de Codul comercial, contractul de asociere în participațiune are actualmente sediul materiei în art. 1949-1954 din noul Cod Civil.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" ,Bucuresti; (e-mail: husca_laura@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asis. univ.drd. Dan Alexandru Sitaru (sitaru.alexandru@yahoo.com).

Conform noilor reglementări, contractul de asociere¹ în participațiune reprezintă, într-o definiție reformulată, un raport juridic contractual prin intermediul căruia o persoană acordă alteia o participație asupra beneficiului sau pierderilor obținute în urma unei/unor operațiuni întreprinse. Acest tip de contract este foarte întâlnit în practica pentru avantajele sale net superioare oricăror alte forme de colaborare: contractul de asociere în participațiune este un contract comercial prin excelență, devenit în lumina ultimelor reglementări contract civil, cu aplicabilitate mult mai largă și cu o reglementare mai amănunțită decât până acum.

Este de reținut faptul că toate contractele au devenit civile, fără a mai exista o linie de demarcație între conținutul comercial și civil al acestora. Foarte importante mai sunt și regulile generale aplicabile contractelor, așa cum sunt dispozițiile referitoare la încheierea, efectele sau modul de încetare a acestora, neexistând reguli speciale cu privire la aceste aspecte, cu foarte mici excepții, Studiul va încerca să sublinieze deosebirea esențială față de reglementările Codului comercial, printr-o analiză comparativă.

În ambele reglementări asociația în participațiune rămâne o asociere fără personalitate juridică (care nu necesită prin urmare îndeplinirea vreunor formalități de înscriere), constatată printr-un contract, încheiat în vederea probării raportului juridic, în formă scrisă, în privința formulării contractului aplicându-se principiul libertății contractuale a părților, care au dreptul să stabilească toate condițiile contractului, începând cu forma, până la condițiile asocierii și modalitatea de dizolvare/lichidare a acesteia.

Noul Cod Civil, la art.1949-1954, definește și reglementează noțiunea de contract de asociere în participație, precum și regimul aporturilor, raporturile dintre asociați și față de terți, dar și forma și condițiile asocierii. Astfel, asocierea în participațiune face obiectul unui contract în formă scrisă, prin care o persoană acordă uneia sau mai multor persoane o participație la beneficiile și pierderile uneia sau mai multor operațiuni pe care le întreprinde și care cuprinde prevederi referitoare la întinderea și condițiile asocierii, precum și cauzele de dizolvare și lichidare a acesteia. Asocierea în participație nu poate dobândi personalitate juridică și nu constituie față de terți o persoană distinctă de persoana asociaților. Terțul nu are niciun drept față de asociere și nu se obligă decât față de asociatul cu care a contractat. Asociații rămân proprietarii bunurilor puse la dispoziția asociației și pot conveni ca bunurile aduse în asociere, precum și cele obținute în urma folosirii acestora să devină proprietate comună. Bunurile puse la dispoziția asocierii pot trece, în tot sau în parte, în proprietatea unuia dintre asociați pentru realizarea obiectului asocierii, iar redobândirea în natură a bunurilor la încetarea asocierii se va face în condițiile convenite prin contract și cu respectarea formalităților de publicitate prevăzute de lege. Asociații, chiar acționând pe contul asocierii, contractează și se angajează în nume propriu față de terți, fiind ținuti solidar de actele încheiate de oricare dintre ei. Asociații exercită toate drepturile decurgând din contractele încheiate, dar terțul este ținut exclusiv față de asociatul cu care a contractat, cu excepția cazului în care acesta din urmă a declarat calitatea sa la momentul încheierii actului. Orice clauză din contractul de asociere care limitează răspunderea asociaților față de terți este inopozabilă acestora.

Asocierea așa cum este definită de art. 1949 NCC este un contract scris, oneros și consensual.

*Caractere juridice ale contractului de asociere*²

- Asocierea în participațiune este un **contract comercial**, prin însăși natura operațiunilor derulate de asociatul administrator/desemnat, dar și în considerarea calității de comerciant a asociatului care acordă uneia sau mai multor persoane ori societăți o participațiune în beneficiile și pierderile uneia sau mai multor operațiuni, sau chiar asupra întregului comerț.
- Asocierea în participațiune este un **contract bilateral (sinalagmatic) sau multilateral** – Fiecare dintre asociați se obligă față de ceilalți să contribuie la fondul comun al asocierii cu aport în

¹ Stanciu D. Carpenaru, *Tratat de drept comercial roman*, ed Universul Juridic, 2012, pg 508

² Stanciu D. Carpenaru, *Tratat de drept comercial roman*, ed Universul Juridic, 2012, pg 510

sume de bani, folosința unor bunuri sau prestații în natură. Regula este că, fiecare asociat trebuie să vină cu aportul lui, dar cota de participare nu e neapărat nevoie să fie egală.

- Asocierea în participațiune este un **contract cu titlu oneros**, pentru că fiecare parte urmărește un avantaj patrimonial, raportat la aportul adus.

- Asocierea în participațiune este un **contract consensual**, pentru a cărui încheiere valabilă este suficient acordul de voință al părților, fără a se îndeplini formalitățile stabilite pentru societăți – art. 254 Cod comercial¹. Ad probationem, în raporturile dintre părți, se cere un înscris în care se va preciza: scopul asocierii, aporturile asociaților, durata contractului, modul de repartizare a beneficiilor și a pierderilor etc.

- Asocierea în participațiune este un **contract comutativ**, deoarece existența și întinderea obligațiilor sunt cunoscute de părți din momentul încheierii acestuia

- Asocierea în participațiune este un **contract intuitu personae**, deoarece se încheie în considerarea aptitudinilor și a încrederii față de asociatul administrator/desemnat.

- Asocierea în participațiune este un **contract cu executare succesivă sau imediată** după cum acesta are ca obiect o singură operațiune comercială sau mai multe operațiuni comerciale

Delimitarea fata de alte forme de asociere²

Asocierea în participațiune se deosebește de societatea comercială, prin aceea că, societatea comercială este supusă unor formalități de constituire și unor reguli de funcționare, riguros reglementate, față de asocierea în participațiune, prin Legea nr. 31/1994 privind societățile comerciale, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și societatea comercială are personalitate juridică dobândită prin însuși faptul constituirii, de la data înmatriculării în registrul comerțului – art. 1 alin. (2) și art. 41 alin. (1) din Legea nr. 31/1990³ privind societățile comerciale, republicată, cu modificările și completările ulterioare, pe când asocierea în participațiune nu are personalitate juridică.

Totusi art. 1888 NCC, “Formele societare”, creeaza o confuzie exploatabila in sensul producerii de efecte juridice prin mentionarea la lit. b) societatii [...] in participatie. Reglementarea expresa de la sectiunea 3 a capitolului VII mentionand “Asocierea in participatie”.

Ca urmare a acestei reglementari problematice, asocierea in participatie sau societatea in participatie aparent sunt forme societare distincte. Probabil ca, in aplicarea NCC, cele mai multe contracte vor fi de asociere in participatie dar *stricto sensu* este posibil sa apara si contracte de societate in participatie existand o aparenta de temeii legal in acest sens.

In opinia noastra, nu se creeaza in acest mod doua forme de asociere in participatie dar prin aceasta reglementare integrata si neordonata, in pofida organizarii materiei, se da posibilitatea aplicarii NCC in mod arbitrar.

Asocierea presupune *in terminis*⁴ pluralitate de persoane, definitia legala (art. 1949 NCC) face referire exclusiv la o persoana care acorda uneia sau mai multor persoane beneficii la beneficiile și pierderile uneia sau mai multor operațiuni pe care le întreprinde. De la acest articol asociatii au obligatia de a nu deroga conventional (art. 1954 NCC).

De aici ar rezulta si posibilitatea de a considera existenta distincta a unei societati in participatie conform art. 1888 NCC lit. b) deoarece definitia societatii de la art. 1881 exprima in mod clar necesitatea asocierii in cadrul societar ales a minim doua persoane, care se obliga reciproc. In

¹ Cod Comercial

² Stanciu D. Carpenaru , Liviu Stanculescu, Vasile Nemes, *Contracte civile si comerciale* , ed Hamangiu, 2009, pg 492

³ Legea nr. 31/16.11.1990 privind societățile comerciale, republicată (M.O. nr. 1.066/17.11.2004), cu modificările și completările ulterioare

⁴ Stanciu D. Carpenaru , Liviu Stanculescu, Vasile Nemes, *Contracte civile si comerciale* , ed Hamangiu, 2009, pg 497

opinia noastră, nici aceasta deficiența în reglementare – aparent exploatabilă – nu generează două forme separate: (i) asocierea în participatie și (ii) societatea în participatie.

Art. 1889 alin. 4 NCC¹ prevede că „Până la data dobândirii personalității juridice, raporturile dintre asociați sunt guvernate de regulile aplicabile societății simple” iar la Cartea a V-a, Titlul IX, Capitolul VII. Secțiunea a 2-a Societate simplă, subsecțiunea 2, I. Drepturile și obligațiile asociaților între ei, sunt reglementate în art. 1894-1912 NCC următoarele materii aplicabile și societății-asocierii în participatie [art. 1888 NC]:

1. formarea capitalului social,
2. realizarea aporturilor, aportul în bunuri,
3. aporturi în bunuri corporale, aportul în numerar,
4. aporturile în prestații și cunoștințe specifice,
5. regimul partilor de interes, transmiterea partilor de interes,
6. participarea la profit și pierderi, obligația de neconcurență,
7. folosirea bunurilor sociale, folosirea fondurilor comune,
8. distribuția plății datoriilor debitorilor comuni
9. cheltuielile făcute pentru societate
10. asocierea asupra drepturilor sociale și cedarea acestora
11. promisiunea asupra drepturilor sociale
12. hotărârile privind societatea
13. adoptarea hotărârilor
14. contestarea hotărârilor.

Desigur că aceste norme generale sunt aplicabile potrivit limitărilor trasate de reglementarea specială a asocierii [Secțiunea a 3-a a aceluiași Capitol], care evident derogă în unele aspecte ale sale de la dreptul comun în materie de societate. De exemplu, regimul aporturilor asocierii este restricționat la bunuri (lucruri) conform art. 1952 NCC, în timp ce normele de drept comun societărilor includ distinct de bunuri, (i) prestațiile și cunoștințele specifice precum și (ii) aporturile în numerar. Prezentul articol își propune să urmărească deocamdată doar structura reglementării speciale.

Definiția de la art. 1949 NCC este, în opinia noastră, contrară practicii asocierilor în domeniul construcțiilor și al investițiilor de dinainte de intrarea în vigoare a NCC. Practic, în cadrul asocierii doar o singură persoană va întreprinde operațiuni, aceeași persoană va acorda celorlalți asociați beneficiile și pierderile; ceilalți asociați sunt obligați la pasivitate, singura obligație pe care o au fiind aceea de a participa la asociere cu aporturile contractate. Noua reglementare admite expres că „asociații chiar acționând pe contul asocierii, contractează și se angajează în nume propriu față de terți” [art. 1953 alin. 1], dar aceste acțiuni sunt circumscrise doar contractării cu terți, contractare care este limitată de art. 1949 NCC. Asociații pot asadar contracta bunuri și servicii necesare Asocierii, fiind în acest sens restrânși activi, dar cu respectarea limitelor de la art. 1949 NCC.

Probabil că rațiunea legiuitorului a fost aceea de a crea un cadru de desfășurare a unei activități asociative limitate, de către o singură persoană, prin punerea în valoare a unor bunuri-aporturi ale unor terți asociați și prin obligarea asociaților să stabilească o conducere clară și unică a asocierii. În acest sens, norma fiscală actuală este în concordanță cu normele civile.

Același legiuitor, (i) reglementând societățile în modul în care sunt enumerate în art. 1888 NCC și (ii) făcând o diferențiere prin caracterul imperativ al normelor de la art. 1949-1953 NCC, stabilește implicit că, în situația în care toți asociații doresc să fie implicați activ în asociere, în sensul și având atribuțiile menționate la art. 1949 NCC, să nu o poată face decât în cadrul unei societăți și nu în cadrul asocierii în participatie.

Această reglementare expresă și clară va pune probleme, de exemplu, constructorilor asociați în mod curent în consorții, având la bază contractul de asociere în participatie dar și alte acte

¹ Codul civil

normative exprese, unele tinand de achizițiile publice sau-si de achiziții prin licitație. De regula, in aceste consortii constructorii se asociază punand in comun forta de munca, utilajele si experienta provenita din portofoliile lor de lucrari, pentru a lua in antreprenoriat lucrari mari de infrastructura si logistica. In acest sens si cel puțin pentru acest domeniu, in opinia proprie, orice reglementare – act normativ secundar – care ar stabili o forma asociativa noua care nu este cuprinsa in Codul Civil, chiar daca este necesar pentru achizițiile publice, este contrar legii organice care este Codul Civil.

Pe de alta parte, reglementarea obligatorie a caracterului activ al unei singure persoane in cadrul asocierii este o reglementare nepractica si inechitabila, uzantele anterioare fiind altele; contrar unei opinii anterioare, constatam ca asocierea nu este destinata operatiunilor comune ale asociatilor, acestia pot realiza in comun beneficii dar numai un singur asociat desfasoara activitatile propriu-zise.

Forme de asociere generic identificabile:

- a. in raport cu tipul de proprietate care formeaza patrimoniul asociatilor:
 1. asocierea in participatie privata
 2. asocierea in participatie publica
 3. asocierea mixta public-privat
- b. in raport cu regimul juridic aplicabil asociatilor
 1. asocierea profesionala intre societati
 2. asocierea mixta intre societati si persoane fizice
 3. asocierea intre persoane fizice
- c. in raport cu drepturile asupra activelor destinate asocierii
 1. asocieri cu afectare temporara a folosintei activelor
 2. asocieri cu transmitere temporara a proprietatii asupra activelor
 3. asocieri cu transmitere definitiva a proprietatii asupra activelor
- d. in raport cu structura patrimoniului
 1. asocieri cu patrimoniu imobiliar
 2. asocieri cu patrimoniu mobil
 3. asocieri cu patrimoniu mixt

Principiile contractului de asociere¹

1. Reprezentarea

În vederea realizării obiectului asocierii, asociații participanți nu intră în raporturi directe cu terții, reprezentarea asocierii fiind în sarcina asociatului administrator/desemnat, care derulează operațiunile asocierii în nume propriu, dar în contul asocierii.

2. Raporturile asocierii în participație cu terții

Potrivit art. 253 Cod comercial: “Asociațiunea în participațiune nu constituie, în privința celor de al treilea, o ființă juridică distinctă de persoana interesatilor. Cei de al treilea nu au nici un drept și nu se obligă decât către acela cu care au contractat.”.

Lipsa personalității juridice a asocierii în participațiune implică anumite particularități în relațiile coterții în sensul că:

- terții nu au niciun drept împotriva asocierii;
- terții nu au niciun drept împotriva asociatului participant, chiar dacă acesta le este cunoscut;
- terții au drepturi și obligații numai în raport cu asociatul administrator/desemnat cu care au contractat;
- asociatul administrator/desemnat răspunde față de terți pentru obligațiile asumate, cu întregul său patrimoniu;
- asociația nu poate avea creditori deoarece nu este subiect de drept.

¹ Stanciu D. Carpenaru, Liviu Stanculescu, Vasile Nemes, *Contracte civile si comerciale*, ed Hamangiu, 2009, pg 497

Limite in contractare

Caracterul obligatoriu și nederogatoriu conventional este stabilit de art. 1954 NCC. Asadar raman disponibile asociatilor in virtutea libertatii de a contracta si a principiului consensualismului:

1. Forma contractului: autentic sau sub semnatura privata, dar intotdeauna scris
2. Conditiiile asocierii: conducere, organizare, reprezentare, situatia bunurilor post asociere, bunuri comune, bunuri proprii, redobandirea bunurilor, distribuirea beneficiilor, raspunderi, reajustarea aporturilor prin schimbarea cotelor de participare, reinvestirea beneficiilor si cotele de participare
3. Cauze de dizolvare
4. Cauze de lichidare.

Forma, personalitate juridica, principii, reguli si exceptii

Principiul formei scrise: Forma contractului este scrisa ad probationem conform art. 1950 NCC.

Principiul instituit de art. 1951 alin. 1 NCC: Asocierea nu are vocatia de a dobandi personalitate juridica; spre deosebire de societatea simpla (art. 1892 NCC), nu are patrimoniu propriu si nu poate contracta in nume propriu. Totusi conform art. 41 alin. 2 din Codul de procedura civila actual, asociatia are calitate procesuala .

Problema calitatii procesuale active ramane o discutie interesanta, avand in vedere tendintele diferite provenind din jurisprudenta arbitrala fata de jurisprudenta comuna acumulata pentru situatiile supuse vechiului Cod Civil, asa cum reiese si din articolul antecitat (Radu Belis). Noul Cod de procedura civila, asa cum se prezinta la data articolului, prin art. 35¹ si art. 55 stabileste ca orice entitate/organizatie fara personalitate juridica are capacitate procesuala de folosinta. Pe de alta parte art. 58 respectiv art. 60 si urmatoarele din NCPC fac o trimitere restrictiva – exploatabila procesual, la persoane care sunt impreuna reclamante sau parate, respectiv la alte persoane care pot lua parte la judecata, Asocierea neavand personalitate juridica nici in NCC. Ramane de vazut ce reguli si solutii se vor pastra in forma finala a actului normativ.

Reguli care guverneaza contractul de asociere¹

Regula tertului – art. 1951 teza a 2-a NCC: Drepturile si obligatiile tertilor se nasc doar in legatura cu patrimoniul persoanei asociate cu care a contractat – daca (s.n.) asociatul a contractat fara a-si declara calitatea sa in cadrul asocierii. Limitele aplicabilitatii regulii sunt date de exceptia de la art. 1953 alin. 3 NCC.

Codul comercial prevedea că tertii nu pot avea niciun drept asupra asociației și nicio obligație față de aceasta, art. 1953 din noul Cod Civil nuanțează acest aspect, în sensul că asociații contractează cu tertii în nume propriu, dar dacă una din părți acționează în numele asocierii, toate părțile vor fi obligate solidar față de tertii cu privire la actele încheiate de oricare dintre ei, iar tertul e obligat față de toți asociații numai în cazul în care asociatul ce a contractat a declarat că acționează pe contul asocierii.

Noul Cod Civil declară inopozabile tertilor clauzele prin care se limitează răspunderea asociațiilor față de aceștia, aspect nereglementat în Codul Comercial

Regula nereprezentării co-asociatului – art. 1953 alin. 1 NCC: Asociatii nu se reprezinta reciproc la contractarea cu tertii chiar daca actioneaza contractand pe contul asocierii. Pe contul asocierii inseamna in interesul asocierii, fara insa ca asociatul sa se regaseasca in situatia declararii calitatii de asociat fata de tert, situatie reglementata distinct de art. 1953 alin. 2 si 3 si fara ca, prin contractare, sa indeplineasca atributiile de la art. 1949, cu exceptia asociatului caruia ii sunt conferite expres prin contract. De asemenea, expresia pe contul asocierii sugereaza ca (i) scopul contractarii cu

¹ Stanciu D. Carpenaru , Liviu Stanculescu, Vasile Nemes, *Contracte civile si comerciale* , ed Hamangiu, 2009,pg 495

terții este exclusiv în legătura cu operațiunile asociaților sau/si ca (ii) bunurile contractate sunt dintre cele aportate de asociați pentru a obține beneficii (bani, mijloace fixe, terenuri etc).

Regula solidarității pasive a asociaților – art. 1953 alin. 2 NCC: Pentru obligațiile angajate de asociați exclusiv în interesul asocierii și cu calitatea de asociat declarată tertului (condiții cumulative), se instituie răspunderea solidară a tuturor asociaților. De aici necesitatea bunei reglementări contractuale a conducerii asociației, precum și a reprezentării asociației față de terți.

Principiul inopozabilității clauzei de nerăspundere față de terți - art. 1953 alin. 4 NCC – per a contrario, se poate stipula între co-asociați o asemenea clauză de limitare/ nerăspundere față de terți, opozabilă și validă între co-asociați dar neopozabilă tertilor care, astfel sunt protejați de neînțelegerile dintre asociați. Tertul este de asemenea protejat de regula tertului (răspunderea asociatului contractant) și de regula solidarității pasive a asociaților.

De fapt

(i) tertului cu care s-a contractat fără declararea calității de asociat nu i se poate opune oricum nici o clauză din contractul de asociere iar

(ii) tertului cu care s-a contractat prin declararea expresă a calității de asociat nu i se poate opune oricum nici o altă clauză din contractul de asociere în care nu este parte, contractul nefiind supus publicității obligatorii.

Rămâne totuși întrebarea:

(i) pot fi stipulate clauze opozabile tertilor societii și care nu se referă la limitarea răspunderii asociaților, ca efect al interpretării per a contrario a acestui alineat sau

(ii) art. 1953 alin. 4 NCC este doar o subliniere nefericită a aplicabilității convenției de asociere exclusiv între asociați?

Principiul interdicției clauzei leonine – art. 1953 alin. 5 NCC permite ca asociații între ei (i) să își stabilească un nivel minim garantat al beneficiilor pentru toți asociații, clauză greu aplicabilă sau (ii) să stabilească valori inegale ale beneficiilor și nu neapărat proporționale cu valoarea banască, de piață sau acceptată a aporturilor, mai ales în condițiile în care se permite în mod legal aportarea inegală sau mai bine zis pur convențională.

Codul Fiscal actual vine în conflict și cu acest principiu, așa cum am expus mai sus la punctul 1.2.2. promovând proporționalitatea distribuirii beneficiilor cu contribuțiile asociaților, indiferent de clauzele contractuale.

Exceptia de la regula tertului art. 1953 alin. 3 teza 2 NCC: Contractarea cu terți în considerarea calității expres declarate de către asociat are ca efect răspunderea tertilor și față de co-asociatul/ co-asociații necontractant(i). Dacă tertul află de asociere, din alte surse nu i se aplică exceptia și nici nu este ilegal să contractezi pentru o asociere fără a o declara.

În acest mod nasterea obligației tertului depinde practic de un fapt exterior al altei persoane asociate, dacă acesta optează pentru a contracta fără a-și declara calitatea. Pe de altă parte, notorietatea, reclama sau publicarea în orice mod al faptului existenței asocierii, nu îi sunt opozabile tertului, pentru acest doar declarația expresă a asociatului-contractant.

Situații ipotetice ale tertului:

(i) tertului îi va fi opozabilă regula solidarității active a asociaților și față de asociații declarați și față de situația nedeclarării calității de asociat

(ii) în situația declarării calității de asociat la contractare de către asociatul-contractant, i se va putea cere tertului executarea prestațiilor față de asociații ne-contractanți în temeiul exceptiei de la regula tertului dar va fi protejat în mod egal de regula solidarității pasive a asociaților.

***Aporturi in cadrul asocierii*¹**

Aporturile sunt obligatorii cat timp scopul este intreprinderea uneia sau mai multor operatiuni iar art. 1954 NCC² da caracter imperativ putinelor articole care contureaza asocierea in participatie. Avand in vedere ca NCC art. 10 interzice analogia, nu se vor putea aplica asocierii, normele prevazute expres pentru societati. Asocierea ramane o figura juridica supusa in cea mai mare masura principiului consensualismului

Separatia de patrimonii

Regula separatiei intre asociati – art. 1952 alin. 1 NCC: Separatia de patrimonii intre asociati este mentinuta ca solutie evidenta in concordanta si cu practica anterioara pe vechiul Cod; bunurile fiind definite in extenso de art. 535-546 NCC.

Exceptia dobandirii proprietatii comune – art. 1952 alin. 2 NCC: Aporturile in bunuri si/sau beneficiile pot deveni proprietate comuna a asociatilor.

Exceptia dobandirii proprietatii private art. 1952 alin. 3 NCC: Aporturile care sunt proprietate privata sau proprietate comuna a asociatilor dar numai daca sunt la dispozitia asocierii, pot deveni proprietate doar a unui asociat/ a unor asociati (conditie intuitu personae), sub conditia rezolutorie expresa, deci numai pentru realizarea obiectului asocierii.

In lipsa de stipulatie contrara se poate concluziona ca in contractul de asociere, in situatia transferului catre un alt asociat, bunurile astfel instrainate nu isi pierd calitatea de aport, astfel incat nici asociatul-vanzator nu trebuie sa mai completeze aportul din asociere.

Transferul bunurilor catre asociat(i) pentru scopul asocierii

Publicitatea transferului proprietatii este conditie ad validitatem [art. 1952 alin. 3 teza finala NCC]. Transferul se face potrivit regulilor comune ale contractului de vanzare [art. 1650 si urmatoarele], respectiv potrivit regulilor de publicitate in cartea funciara [art. 885 si art. 888 NCC].

Durata transferului patrimonial [art. 1952 alin. 3 si 4 NCC] Din perspectiva posibilitatii instrainarii bunurilor-aport, transferul acestora opereaza:

(i) definitiv (regula; de aici necesitatea stipularii in contract a unor mecanisme de reglaje financiare intre asociati in ceea ce priveste beneficiile);

(ii) temporar, doar pe durata asocierii, sub conditie rezolutorie, exceptie expres reglementata. Transferul temporar impune necesitatea bunei reglementari contractuale a lichidarii/ dizolvării, mai ales daca se are in vedere instrainarea de bunuri imobile.

In ceea ce priveste aporturile banesti, va fi foarte dificil de pastrat o distinctie intre contractul de asociere si cel de imprumut. De asemenea, asocierea va putea fi folosita in acest sens ca vehicol de transfer mobilier/ imobiliar simulat.

***Partile intre care se poate incheia contractul*³**

Asocierea in participatie poate interveni numai intre persoane fizice sau/si juridice. Sunt deci excluse participarea asocierilor si a societatilor simple fara personalitate juridica. Avand in vedere ca scopul il reprezinta realizarea de beneficii, se exclude vocatia de asociere in ceea ce priveste asociatiile cu personalitate juridica dar avand scopuri nepatrimoniale

Codul comercial impunea ca operatiunile/activitatea să aibă natură comercială, actualmente contractul de asociere se va putea încheia fără a avea importanță operatiunea juridică ce-i face obiectul și fără să aibă importanță dacă părțile fac parte din categoria profesionistilor sau neprofesionistilor.

¹ Stanciu D. Carpenaru , Liviu Stanciulescu, Vasile Nemes, *Contracte civile si comerciale* , ed Hamangiu, 2009, pg 499

² Stanciu D. Carpenaru , Liviu Stanciulescu, Vasile Nemes, *Contracte civile si comerciale* , ed Hamangiu, 2009, pg 493

³ Stanciu D. Carpenaru , Liviu Stanciulescu, Vasile Nemes, *Contracte civile si comerciale* , ed Hamangiu, 2009, pg 497

Limitările în asociere în ceea ce privește persoanele fizice sunt date de caracterul organizat și sistematic al operațiunilor întreprinse așa cum apare reglementat la art. 3 alin. 3 NCC. Acest articol clarifică și situația fiscală a dar și situația profesională a persoanelor fizice care desfășoară activități sistematice și organizate.

Problematica este de un mare interes și în materie fiscală unde pentru persoana fizică există reguli speciale de calificare a activității dependente [art. 7 pct. 2.1 Cod fiscal]. De asemenea un interes vine și din zona Legii nr. 85/2006 unde există precedentul asocierii în participatie dintre două persoane fizice dintre care doar una este actual în procedura insolvenței¹

Obligațiile asociaților²

a) Obligația de aport

Aportul reprezintă contribuția fiecărui asociat după cum s-a stabilit prin contractul de asociere în participatie. Acest aport trebuie să fie determinat sau determinabil, posibil și licit.

Potrivit art. 1.492 alineatul 2 Cod civil, fiecare membru al unei societăți trebuie să pună în comun sau bani, sau alte lucruri, sau industria sa.

Privind dreptul de proprietate asupra bunurilor, prin art. 254 Cod comercial se prevede că, participanții nu au niciun drept de proprietate asupra lucrurilor puse în asociație, chiar dacă au fost procurate de aceștia, dar, cu toate acestea, întrucât privește raporturile lor între aceștia, asociații pot să stipuleze lucrurile ce le-au adus să li se restituie în natură, având dreptul, în caz când restituirea nu s-ar putea face, la reparația daunelor suferite.

b) Obligația de a contribui la pierderi

Asociații suportă împreună pierderile asocierii în participatie, după cum se înțeleg prin contract, de regulă sub formă procentuală. Codul comercial permitea ca participația la beneficii și pierderi să fie calculată asupra unor operațiuni sau chiar asupra unei întregi activități, noile reglementări menționează doar operațiuni care, din modul de redactare, rezultă a fi necesar să fie identificate în contract.

Potrivit art. 1.513 alineatul 2 Cod civil, este nulă convenția prin care s-a stipulat ca unul sau mai mulți asociați să fie scutiți de a participa la pierdere.

Drepturile asociaților³

a) Dreptul la beneficii

Calitatea de asociat conferă și dreptul la împărțirea beneficiilor. Acest drept există numai în măsura în care ele sunt realizate în mod efectiv de asociere.

Noul Cod Civil declară nule clauzele prin care se garantează un nivel minim garantat de beneficii pentru unul dintre asociați, regulă de asemenea inexistentă în vechea reglementare.

Împărțirea beneficiilor între asociați se face, de regulă, proporțional cu aportul adus în cadrul asocierii, dacă părțile nu convin altfel. Potrivit art. 1.513 alineatul 1 Cod civil, este nul contractul prin care un asociat își stipulează totalitatea câștigurilor.

¹ În aceasta speta instanța a retinut printre altele ca: "Activitatea economică de construire de locuințe colective și de comercializare a acestor locuințe desfășurată de debitorul M.D.I. a debutat sub imperiul Legii 300/2004, astfel cum rezultă din contractul de asociere în participatie încheiat cu Dl. M.S.R. atestat de D-na Av. I.H. sub nr 22/15.08.2007, act juridic comercial prin care cei doi asociați, debitorul M.D.I. și Dl. M.S.R. au înțeles să se asocieze în scopul de a realiza câștiguri de pe urma activității de edificare a 14 imobile cu destinația de locuințe colective, profitul obținut în urma vânzării locuințelor edificate urmand a fi împartit în mod egal între asociați. Desigur, în conformitate cu art. 253 C.com, această formă de asociere nu da naștere unei persoane juridice, asociații rămânând comercianți care acționează individual." [Sentința Civilă 5102/2011 Tribunalul Specializat Cluj, Dosar 3499/1285/2011, irevocabilă după respingerea recursului debitorului]

² Stanciu D. Carpenaru, Liviu Stanculescu, Vasile Nemes, *Contracte civile și comerciale*, ed Hamangiu, 2009, pg 501

³ Stanciu D. Carpenaru, Liviu Stanculescu, Vasile Nemes, *Contracte civile și comerciale*, ed Hamangiu, 2009, pg 503

În lipsa unei înțelegeri a părților se aplică prevederile art. 1.511 Cod civil, potrivit căruia:

“Când prin contractul de societate nu se determină partea de câștig sau pierdere a fiecărui asociat, atunci acea parte va fi proporțională cu suma pusă în comun de fiecare. În privința celui ce n-a pus în comun decât industria sa, partea de câștig sau pierdere se va regula ca parte a celui ce ar fi pus în comun valoarea cea mai mică.”

Codul civil nu menționează nimic privitor la egalitatea dintre asociați sau la aplicarea principiului proportionalității pentru repartizarea beneficii în raport cu cheltuielile/contribuțiile/aportul asociatului pentru scopurile asocierii.

Norma fiscală intervine inițial propunând un criteriu legal vag, menționând la art. 28 alin. 1 ca “În cazul unei asocieri fără personalitate juridică, veniturile și cheltuielile înregistrate se atribuie fiecărui asociat, corespunzător cotei de participare în asocierie.”. De fapt, ar fi fost suficient ca reglementarea să facă trimitere la contractul de asociere sau, exclusiv în lipsa stipulației părților, la aplicarea principiului proportionalității dintre cheltuielile avansate de fiecare asociat și de beneficiile asocierii.

Ulterior, la art. 86 alin. 5, Codul fiscal¹ precizează într-un mod redundant:

„Venitul/pierderea anual/anuală, realizate în cadrul asocierii, se distribuie asociaților, proporțional cu cota procentuală de participare corespunzătoare contribuției, conform contractului de asociere.”

Codul civil lasă la latitudinea părților, a investitorilor asociați, libertatea de a analiza riscurile unei afaceri și de a investi într-un anumit mod, stabilind pur consensual regulile și condițiile de asociere, și deci și modul de a determina cotele de participare la beneficii și repartizarea lor [art. 1954 NCC], mai ales că, așa cum am arătat mai sus, NCC nu poziționează în mod egal asociații ci stabilește prin norma impertivă că asociatul activ este unul singur. Dacă ar fi făcut referire doar la contractul de asociere Codul fiscal, atunci situația ar fi fost mult mai clară iar norma civilă ar fi fost respectată. Amestecarea contractului de asociere cu principiul proportionalității corespunzătoare cu contribuția (aportul) exclude aplicarea libertății de contracta garantată de norma de drept comun [NCC].

Sensul fiscal al normei este că, indiferent de ce scrie în contract, proporția de participare la beneficii și pierderi va fi raportată la contribuția fiecărui asociat, deci veniturile vor fi repartizate aleator și nu conform contractului. În practică, dacă, asociatul-lider care are și un aport în bunuri indiferent de mărime dar și o implicare managerială și operațională virtual neevaluabilă, dorește ca implicarea proprie în conducere să fie compensată cu o cotă mai mare de beneficii datorită acestei implicări, nu o va putea obține întrucât contribuția sa – din punct de vedere fiscal – este măsurabilă doar un bunuri. Acest sens, contravine Codului civil.

Dacă literele a-d ale art. 86 Cod fiscal sunt în consonanță cu NCC, litera d) se departajează de NCC, menționând în mod clar și direct că distribuția beneficiilor între asociați se face în baza principiului proportionalității, stabilind apriori că în contractul de asociere se va stipula și „cota procentuală de participare a fiecărui asociat la veniturile sau pierderile din cadrul asocierii corespunzătoare contribuției fiecăruia”. În acest sens și alineatul 5 al aceluiași articol, examinat mai sus.

Codul civil nu restricționează și nu condiționează modul de distribuire a beneficiilor, lăsând ca părțile să stabilească în mod liber asupra „condițiilor asocierii” art. 1954 NCC.

În continuare Codul fiscal la art. 86 alin. 3 stabilește un gen de incompatibilitate de a fi asociați: pentru membrii asociați persoane fizice între care ar exista legături de rudenie până la gradul al IV-lea inclusiv, dacă (i) nu detin în proprietate bunurile sau (ii) drepturile pe care le folosesc în asociere pentru a obține venituri. Codul fiscal contrazice aici Codul civil interzicând persoanelor fizice care detin bunuri ca efect al unei concesiuni, cesiune de venituri, locațiuni etc, să participe cu aceste bunuri în asociere, chiar dacă proprietarul de drept și-ar da acordul la aceasta.

¹ Cod fiscal

Mai mult, Codul fiscal acreditează ideea ca exclusiv persoanele fizice ar putea participa în asociere nu doar cu bunuri ci și cu drepturi (de ex. drepturi de creanță n.n.). Codul civil vorbește exclusiv despre aportarea folosinței bunurilor și/sau a bunurilor, iar bunurile conform aceluși cod, sunt lucruri și nu drepturi [art. 535 NCC].

În privința acestor neconcordanțe, Codul civil, ca norma organică superioară – drept comun, nu poate fi modificat de Codul fiscal; în acest sens și art. 2 NCC: „prezentul cod este alcătuit dintr-un ansamblu de reguli care constituie dreptul comun pentru toate domeniile la care se referă litera sau spiritul dispozițiilor sale”.

De aceea recomandăm celor în drept să ia măsuri de “civilizare” a normelor fiscale cel puțin în materia asocierii.

b) Dreptul la restituirea aportului

Conform dispozițiilor art. 254 din Codul comercial, părțile nu mai aveau niciun drept de proprietate asupra bunurilor ce reprezentau aport la asociere, rămânând cu dreptul la restituire în natură sau dezdăunare dacă restituirea devenea imposibilă, potrivit noilor reglementări, partea care aduce un bun în asociere rămâne cu drept de proprietate asupra acestuia, dar cu posibilitatea de a stipula prin contract că acestea vor deveni proprietate comună sau că vor trece în proprietatea unuia dintre asociați, răsturnându-se în aceste condiții premisele legale ale contractului. Restituirea în natură către proprietarul inițial, chiar în această ultimă teză, poate fi stipulată în contract, ca modalitate de lichidare a asocierii, la momentul încetării acesteia.

Durata și încetarea asocierii în participațiune¹

1. Durata asocierii în participațiune

În principiu, prin contract, părțile sunt libere să convină asupra duratei asocierii.

În lipsa unei înțelegeri, durata asocierii în participațiune este în funcție de scopul propus, astfel: dacă asocierea s-a constituit pentru împărțirea beneficiilor unei singure operațiuni comerciale, atunci asocierea este pe durata executării acestei operațiuni; dacă asocierea s-a constituit pentru împărțirea beneficiilor mai multor operațiuni comerciale, atunci asocierea este pe durata executării tuturor acestor operațiuni.

De asemenea, potrivit art. 1.502 alineatul 1 Cod civil, când “nu s-a stipulat nimic în privința duratei societății, atunci ea se prezumă contractată pentru toată viața asociaților”. În acest din urmă caz, asociații nu sunt obligați să rămână în asociere pe toată durata vieții lor, aceștia putând să denunțe contractul în condițiile art. 1.527 Cod civil “prin renunțare notificată tuturor părților, întrucât se face cu bună-credință și la timp”.

2. Încetarea asocierii în participațiune

Asocierea în participațiune încetează, în general, ca orice alt contract, prin voința comună a părților. Cum prin Codul comercial nu se dispune asupra încetării asocierii în participațiune, se aplică dispozițiile art. 1.523-1.531 Cod civil. Astfel, cauzele particulare de încetare a asocierii în participațiune sunt:

- expirarea termenului, atunci când părțile au prevăzut expres în contract durata;
- pierderea obiectului sau realizarea scopului, atunci când părțile nu au prevăzut expres durata însă asocierea are ca obiect una sau mai multe operațiuni comerciale determinate;
- moartea unui asociat, atunci când părțile sunt persoane fizice, sau dizolvarea persoanei juridice;
- punerea sub interdicție sau insolabilitatea unui asociat, atunci când părțile sunt persoane fizice, sau insolvența în cazul persoanelor juridice;

¹ Stanciu D. Carpenaru, Liviu Stanculescu, Vasile Nemes, *Contracte civile și comerciale*, ed Hamangiu, 2009, pg 502

- denunțarea contractului de unul sau mai mulți asociați, cu aplicarea art. 1.527 Cod civil potrivit căruia denunțarea prin voința unei părți trebuie făcută sub forma notificării, cu bună-credință și la timp.

3 . Concluzii

Contractele de asociere in participatiune s-au dovedit a fi in ultimii ani un instrument semnificativ pentru potentialii investitori in dezvoltarea unor proiecte importante. Cei care au fost nevoiti sa se confrunte cu formalitatile privind infiintarea unei societati potrivit legii societatilor comerciale au recurs la contractele de asociere in participatiune, ca la un mijloc flexibil ce poate stabili parametrii colaborarii dintre parti. Mai mult, libertatea partilor de a-si stabili prin insusi contractul de asociere drepturile si obligatiile, dar si modalitatea in care vor desfasura activitatea avuta in vedere, fara a fi nevoite sa se conformeze limitelor instituite prin legea societatilor comerciale, reprezinta un alt avantaj al asocierilor in participatiune. Daca sunt concepute si implementate corect, atat asocierile in participatiune, cat si PPP-urile pot reprezenta oportunitati de afaceri cu avantaje semnificative atat pentru participantii, cat si pentru comunitatea in care proiectele respective urmeaza a fi dezvoltate.

Referinte bibliografice

Tratate

- Stanciu D. Carpenaru, *Tratat de drept comercial roman*, ed Universul Juridic, 2012
- Stanciu D. Carpenaru , Liviu Stanciulescu, Vasile Nemes, *Contracte civile si comerciale* , ed Hamangiu, 2009
- Clocotici D, *Dreptul comercial al afacerilor* , ed Fundatia Romania de Maine, 1998
- Petrescu R, *Drept comercial roman*, ed Oscar Print, 1996
- Turcu I , *Teoria si practica dreptului comercial roman* , ed Lumina Lex , 1998

Legislatie

- *Codul civil*
- *Codul comercial*
- *Codul fiscal*
- *Legea nr. 31/16.11.1990 privind societățile comerciale, republicată (M.O. nr. 1.066/17.11.2004)*

Jurisprudenta

Revista Dreptul, *Sentinta Civila 5102/2011 Tribunalul Specializat Cluj, Dosar 3499/1285/2011*

CONTRACTUL DE FIDUCIE

FĂTU Loredana și DUMITRACHE Luiza*

Abstract

Lucrarea are ca scop furnizarea unor informații în legătură cu una din modificările de substanță aduse de Noul Cod Civil, anume contractul de fiducie definit în articolul 773 ca fiind „operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă drepturi reale sau de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de astfel de drepturi, prezente ori viitoare către unul sau mai mulți fiduciar(i) care le administrează în folosul unuia sau mai multor beneficiari.¹ După cum putem observa cu ușurință și din definiția de mai sus, fiduciarul apare ca o operațiune contractuală complexă ce presupune mai multe etape succesive, ce vor fi dezbătute pe larg.

Instituția fiduciei moderne, reprezintă totodată rezultatul fenomenului de suprapunere dintre cele două mari ramuri de drept: dreptul anglo-saxon și dreptul civil continental.

De asemenea, vom analiza principalele asemănări și deosebiri ale acestui contract nou introdus cu instituția trust-ului din dreptul anglo-saxon.

Trust-ul este operațiunea prin care o persoană numită settlor transferă către o persoană numită trustee un titlu de proprietate juridică, nominal, în beneficiul exclusiv al unui/unor beneficiar(i), care deține(e) proprietatea economică, reală, cu un scop determinat, ne-caritabil sau caritabil.

Cuvinte cheie: contractul de fiducie, Noul Cod Civil, dreptul anglo-saxon, trust.

1. Introducere

Un instrument juridic multivalent, o instituție necunoscută, îndelung așteptată de către mulți dintre noi, privită cu scepticism de către alții, conceptul de „fiducie”, inspirat de noțiunea din dreptul francez „la fiducie” și de instituția anglo-americană „trust” a fost într-un final introdusă și în sistemul de drept românesc.

Transformările tot mai rapide din viața economică, îmbrăca, în anumite cazuri, formă unor spectaculoase rasturări revoluționare care vor face să se contureze treptat ideea de progres economico-social.

Chiar dacă legislația românească nu reglementa până acum această instituție, fiduciarul/trust-ul are o largă aplicabilitate, atât în sistemele de drept anglo-saxone (Marea Britanie, SUA, Canada) sub denumirea de trust, cât și în cele continentale precum Franța, Luxemburg (instituția juridică a fiduciei), Germania, Elveția sau Austria (sub denumirea de Treuhand). De asemenea, instituția de drept a fost introdusă și de numeroase sisteme de drept din Africa, Americă de Sud sau Asia (Japonia, China, Singapore, HongKong etc)²

Începem această succintă introducere cu concluzia că prin această nouă reglementare pe care o abordăm, anume contractul de fiducie, România nu face decât să urmeze exemplul unor state europene, după cum am precizat și în rândurile anterioare, punând la dispoziția practicienilor din

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” ,anul III din București; (e-mail: loredanafatu@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Alexandru Sitaru (sitaru.alexandru@yahoo.com).

¹ http://www.csm1909.ro/csm/linkuri/22_09_2011_43858_ro.pdf

² Caietele juridice ale Bancii Naționale a României, p. 5.

dreptul civil, comercial și bancar reglementarea legală a unui instrument juridic extrem de prezent în raporturile comerciale în plan internațional.¹

Preluarea în dreptul românesc a acestei noi reglementări cu privire la contractul de fiducie se datorează faptului că există o preocupare la nivel interrenațional de armonizare a principiilor de common law (dreptul anglo-saxon) cu cele ale sistemului de drept civil.

Trustul este o instituție juridică complexă, proprie sistemului de common law ce are numeroase aplicații în diverse state, în special este folosit în cadrul unor tranzacții financiare complexe. Deși a existat mereu intenția de a fi transpus în sistemul de drept civil, acest lucru s-a dovedit a fi dificil, deoarece presupune o diviziune a unor prerogative ale dreptului de proprietate și totodată, exercitarea acestora de către persoane diferite. Acest concept nu este valabil recunoscut și în sistemul nostru de drept.

Avându-se însă în vedere aria largă de aplicabilitate a trust-ului, a existat o continuă preocupare pentru a se găsi cea mai potrivită soluție care să permită utilizarea mecanismelor proprii trust-ului și în statele a căror sistem de drept este diferit de cel anglo-saxon.

O primă încercare în acest sens a avut loc odată cu adoptarea în 1985, la Haga a Convenției privind legea aplicabilă și recunoașterea instituției specifice dreptului anglo-saxon, convenție ce a fost semnată și ratificată de Franța și de Italia, state emblematic pentru sistemul de drept civil continental.

Soluția găsită în cele din urmă a fost crearea unei instituții noi, fiduciară, similară cu cea a trust-ului care deși nu presupune aceeași diviziune a instituției proprietății, corespunde cu scopul principal în mare măsură.

O oarecare formă a fiduciei a existat și în trecut în legislația românească sub sintagma „activități fiduciare” ca una dintre activitățile intrate în sfera de competență a avocaților, prin art. 3 din Legea 51/1995.²

Crearea acestei noi instituții juridice a fost posibilă însă doar prin reglementarea unui nou concept juridic: diviziunea patrimoniului și totodată posibilitatea constituirii unui patrimoniu de afecțiune. Totodată, prin introducerea fiduciei se poate observa că se produce o schimbare în abordarea tradițională de până acum a dreptului de proprietate din prisma caracterelor juridice ale acestuia: de drept absolut și perpetuu.

La momentul actual există o varietate de definiții în ceea ce privește trust-ul însă ne vom opri la una din jurisprudență americană ce definește trust-ul ca fiind o entitate juridică creată de un constituitor (settlor) pentru beneficiul unor beneficiari desemnați (designated beneficiaries) în bază legilor statului și a unui instrument fiduciar valabil. Fiduciarul (trustee) are obligația fiduciară (fiduciary duty) de a administra activele și veniturile ce fac obiectul fiduciei pentru folosul tuturor beneficiarilor.³

Deși între cele două instituții există numeroase asemnări, fiduciară și trust-ul nu pot fi confundate deoarece există diferențe importante între acestea.

Una dintre acestea ar fi după cum am menționat mai sus, faptul că în timp ce în dreptul anglo-saxon, titlul de proprietate, este divizat între mai multe persoane, respectiv unii dețin titlul legal, iar ceilalți titlul echitabil, în dreptul continental se recunoaște doar titlul legal.

Spre deosebire de fiducie, trust-ul poate fi încheiat în condiții mai puțin exigente, fiind necesară doar exprimarea fără echivoc a voinței contituitorului. Întrucât nu este necesar consimțământul trustee-ului (echivalentul fiduciarului), trust-ul poate fi constituit și prin legatul dintr-un testament.

¹ Caietele juridice ale Bancii Naționale a României, p 19.

² Caietele juridice ale Bancii Naționale a României, p 7.

³ Catalin R. Tripon, Fiduciară, rezultat al interferenței celor două mari sisteme de drept: dreptul civil continental și dreptul anglo-saxon. Conceptul, clasificarea, evoluția și condițiile de validitate ale fiduciei, În Revista Română de drept privat, Nr 2/2010

În dreptul anglo-saxon, trust-ul poate fi constituit printr-un act mortis-causa, pe când în dreptul continental este un act doar inter-vivos.

În timp ce în dreptul anglo-saxon, trustul se poate face și printr-o declarație unilaterală de voință a constitutorului, în dreptul continental este obligatorie forma scrisă, de obicei prin act autentic -ad validitatem.

Istoric

Fiducia este introdusă pentru prima oară în sistemul de drept românesc prin Titlul IV al Cărții a III-a „Despre Bunuri” ,din noul Cod Civil .

Particularitatea esențială a acestui instrument juridic în sistemul de drept anglo-saxon constă în aceea că titlu de proprietate asupra aceluiși bun este divizat între mai multe persoane, dintre care unele dețin titlul legal, iar altele titlul echitabil. Dacă equity recunoaște coexistența celor două titluri, în concepția subsistemului de common law asupra proprietății, titlul echitabil nu are nicio valoare juridicală, fiind recunoscut doar titlul legal.¹

Particularitățile sistemului de drept anglo-saxon au făcut ca instituția trust-ului, a cărei utilitate practică este incontestabilă și destul de extinsă, de la administrarea fondurilor de pensii, până la reglementarea transmisiunilor cu titlu gratuit, să nu poată fi preluată ca atare în sistemele de drept continentale. De aceea, în sistemele de drept francez, elvețian sau luxemburghez a fost reglementată o instituție similară -fiducia-, care cuprinde modificări semnificative, în scopul de a fi compatibilă și de a putea fi aplicată în sistemele naționale.

Caracteristici

Fiducia este plasată în Titlul IV al Cărții a III-a „Despre Bunuri”. și este considerată o operațiune juridică, ceea ce îi subliniază de la început caracterul complex și originalitatea în contextul reglementărilor aplicabile bunurilor. Persoanele angajate în operațiunea fiduciei, regăsite și în structura trust -ului autentic, sunt constitutorul (settler), fiduciarul (trustee) și beneficiarul, în care constitutorul trebuie să fie titularul drepturilor, fiduciarul cel care le dobândește și le exercită, iar beneficiarul cel în folosul căruia sunt exercitate drepturile de către fiduciar. Totodată, este posibil ca fiducia să fie constituită de mai mulți constitutori, după cum pot exista mai mulți fiduciar sau mai mulți beneficiari.

Obiect

Drepturile transferate de la constitutor către fiduciar pot fi reale, de creanță, garanții, orice alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de astfel de drepturi în care pot intra drepturi din toate sau o parte din categoriile menționate. De asemenea, drepturile pe care constitutorul le transferă către fiduciar pot fi prezente sau viitoare. Acestea din urmă pot include bunuri viitoare în înțelesul art. 1228 NCC, creanțe viitoare, în înțelesul art. 1572 NCC, asupra bunurilor mobile sau imobile viitoare în înțelesul art. 2368 NCC.

Scop

Exercițiul drepturilor de către fiduciar se face numai în folosul beneficiarului chiar și atunci când acesta este constitutor. Textul inițial al art. 773 NCC a fost modificat prin Legea nr. 71/2011, în sensul că noțiunea de „ le administrează ” a fost înlocuită cu noțiunea „ le exercită ” ceea ce a eliminat confuzia ce s-ar fi putut crea, prin aceea că fiduciarul a fi fost limitat doar la administrare și, pe cale de consecință, lipsit de drepturi de dispoziție în raport de bunurile cuprinse în masă patrimonială fiduciară- privite individual. Fiduciarul este considerat un adevărat proprietar al bunurilor care fac obiectul fiduciei și, în această calitate poate exercita toate drepturile care intră în conținutul proprietății, conform art. 555 NCC. În ceea ce privește administrarea masei patrimoniale fiduciare însă, ori de câte ori nu există norme speciale de reglementare, se aplică dreptul comun în materia administrării bunurilor altele cuprins în Titlul V din Cartea a III-a - „Despre Bunuri” din Noul Cod civil. Totodată, pentru a se subînțea în deajuns scopul operațiunii juridice în definiția fiduciei este

¹ F.I.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, Noul Cod Civil, Comentariu pe articole, p. 822.

inclusă precizarea păstrării caracterului distinct al drepturilor transferate către fiduciar ca o masă patrimonială, autonomă, distinctă de restul drepturilor și obligațiilor sale patrimoniale.¹

Izvoarele fiduciei

(1) Fiducia este stabilită prin lege sau prin contract încheiat în formă autentică. Ea trebuie să fie expresă.

(2) Legea în temeiul căreia este stabilită fiducia se completează cu dispozițiile prezentului titlu, în măsură în care nu cuprinde dispoziții contrare. [art. 984 alin. (2) NCC]

Fiducia este întodeauna expresă și se stabilește în temeiul unui contract, fie în bază unei legi. Este exclus, așadar, ca fiducia să se nască în virtutea unui legat. Reglementarea preia dispozițiile art. 2012 din Codul civil francez și este justificată de îndepărtarea fiduciei de unele dintre scopurile trust-ului, în sensul că fiducia din sistemele de drept continental nu poate avea ca finalitate o liberalitate, nici direct, potrivit art. 984 alin. (2) NCC, nici indirect, conform interdicției prevăzute de art. 775 NCC. În sistemul de drept anglo-saxon, trust-ul este folosit pe scară largă pentru realizarea liberalităților (între vii sau pentru clauză de moarte).

Fiducia legală. Cu excepția mențiunii exprese a legii ca izvor al fiduciei în alin. (2) al art. 744 NCC, reglementarea reprezintă dreptul comun pentru fiducia legală, ori de câte ori nu sunt instituite dispoziții derogatorii prin legea specială de constituire a fiduciei.

Interdicția liberalitatilor indirecte

Art. 775 din NCC reglementează interdicția liberalităților indirecte în folosul beneficiarului prin intermediul contractului de fiducie.

Legiuitorul a înțeles să înlăture eludarea dispozițiilor prevăzute în materia liberalităților care, potrivit art. 984 alin. (2) NCC, nu se pot face decât prin donație sau legat cuprins în testament. Totodată, prin această dispoziție s-a urmărit să se pună la adăpost persoanele fizice de transferuri patrimoniale sub forma fiduciei mai puțin ponderate interzicând astfel o așa zisă fiducie-liberalitate. De altfel, legatul nu reprezintă izvor al fiduciei în reglementarea actuală. Această dispoziție, fiind de ordine publică, se sancționează cu nulitatea absolută. Cât privește sancțiunea, aceasta va trebui să fie dispusă de instanța de judecată competentă, conform regulilor procedurale.

Partile contractului

Conform art. 776 NCC, părțile contractului de fiducie sunt: constituitorul și fiduciarul

Constituitorul poate fi orice persoană fizică sau juridică însă calitatea de fiduciar o pot avea numai anumite entități și anume: instituțiile de credit, societățile de investiții și administrare a investițiilor, societățile de servicii de investiții financiare (SSIF), societățile de asigurare și reasigurare. Totodată, această calitate o pot avea și notarii publici și avocații.

5. Beneficiarul fiduciei

Art. 777 din NCC prevede că poate fi beneficiar al fiduciei: constituitorul, fiduciarul ori o terță persoană. Dacă orice persoană poate fi beneficiar, nu există nici o limită, o astfel de calitate o poate avea chiar constituitorul din contractul de fiducie, precum și fiduciarul care se înscrie în una sau alta din categoriile prevăzute de art. 776 alin. (2) sau (3).

Conținutul contractului de fiducie (art. 779 NCC)²

Clauzele obligatorii ce urmează să fie cuprinse într-un contract de fiducie se vor referi, în mod obligatoriu, sub sancțiunea nulității absolute, la: a) drepturile reale, drepturile de creanță, garanțiile și orice alte drepturi patrimoniale transferate; b) durata transferului, care nu poate depăși 33 de ani începând de la data încheierii sale; c) identitatea constituitorului sau a constituitorilor; d) identitatea fiduciarului sau a fiduciarilor; e) identitatea beneficiarului sau a beneficiarilor ori cel puțin regulile care permit determinarea acestora; f) scopul fiduciei și întinderea puterilor de administrare și de dispoziție ale fiduciarului ori ale fiduciarilor.

¹ FI.A Baias, E Chelaru, R Constantinovici, Noul Cod Civil, Comentariu pe articole, p 823

² FI.A Baias, E Chelaru, R Constantinovici, Noul Cod Civil, Comentariu pe articole, p 823-26.

Fiscalitate. Înregistrarea fiscală.¹ Registrul național al fiduciilor.

Art. 780 din NCC instituie obligația înregistrării contractului de fiducie la organele Administrației finanțelor publice, tot sub sancțiunea nulității absolute. Termenul în care trebuie înregistrat contractul este de o luna de la data încheierii, atât a contractului cât și a modificărilor la contract. Organul fiscal este cel competent să administreze sumele datorate de fiduciar bugetului general consolidat. În ceea ce privește drepturile reale imobiliare, atunci când acestea fac parte din masa patrimonială ce face obiectul contractului de fiducie, contractul se înregistrează la compartimentul de specialitate al autorității administrației publice locale competent pentru administrarea sumelor datorate bugetelor locale ale unităților administrativ-teritoriale în raza cărora se află imobilul, cu aplicarea dispozițiilor de carte funciară. Registrul național al fiduciilor asigură opozabilitatea față de terți a contractului, iar intabularea drepturilor se face după înscrierea în registrul național al fiduciilor. (art. 781 NCC). Precizăm totodată că, în situația în care beneficiarul nu este desemnat prin contract și este desemnat ulterior, acest lucru se face tot prin act scris înregistrat în aceleași condiții ca și contractul principal. Legea 571/2003 privind Codul fiscal, prevede în art. articolul 25¹, următoarele, „Contracte de fiducie”²

Art. 25¹. — (1) În cazul contractelor de fiducie, încheiate conform dispozițiilor Codului civil, în care constituitorul are și calitatea de beneficiar, se aplica următoarele reguli:

a) transferul masei patrimoniale fiduciare de la constituitor către fiduciar nu este transfer imposibil în înțelesul prezentului titlu;

b) fiduciarul va conduce o evidență contabilă separată pentru masa patrimonială fiduciară și va transmite trimestrial către constituitor, pe baza de decont, veniturile și cheltuielile rezultate din administrarea patrimoniului conform contractului;

c) valoarea fiscală a activelor cuprinse în masa patrimonială fiduciară, preluată de fiduciar, este egală cu valoarea fiscală pe care acestea au avut-o la constituitor;

d) amortizarea fiscală pentru orice activ amortizabil prevăzut în masa patrimonială fiduciară se determină în continuare în conformitate cu regulile prevăzute la art. 24, care s-ar fi aplicat la persoana care a transferat activul, dacă transferul nu ar fi avut loc.

(2) În cazul contractelor de fiducie, încheiate conform dispozițiilor Codului civil, în care calitatea de beneficiar o are fiduciarul sau o terță persoană, cheltuielile înregistrate din transferul masei patrimoniale fiduciare de la constituitor către fiduciar sunt considerate cheltuieli nedeductibile.”

8. Obligația de a da socoteală

Fiduciarul este obligat a da socoteală întocmai ca un mandatar. Acest lucru înseamnă că prin contractul de fiducie, se vor prevedea intervale de timp, lăsate la aprecierea părților, la care fiduciarul va da socoteala beneficiarului și reprezentantului constituitorului, sau la cererea acestora. (art. 783 NCC). Așadar, legea acordă posibilitatea beneficiarului și reprezentantului constituitorului ca indiferent de intervalele stipulate în contract, să formuleze oricând o cerere fiduciarului pentru a da socoteală. Considerăm că, având în vedere faptul că s-au stipulat anumite intervale de timp pentru a da socoteală, în situația în care beneficiarul sau reprezentantul constituitorului face o cerere fiduciarului pentru a da socoteală înainte de termenele stipulate, aceste cereri trebuie să fie făcute la intervale rezonabile pentru a nu se crea divergențe între părți.

Modalitatea practică de a da socoteala, se va stabili de către parti prin contract, așadar, este de preferat ca părțile să nu se limiteze doar la a stipula intervalele de timp ci și la modalitatea concretă în care acest lucru se va realiza, mijloacele de comunicare.

9. Precizarea calității fiduciarului și întinderea puterilor acestuia.

Fiduciarul acționează în contul masei patrimoniale fiduciare, astfel încât el este obligat a-și preciza calitatea în care acționează, iar în cazul în care nu înțelege să facă acest lucru pagubind pe

¹ <https://sites.google.com/site/iacobconstantindragan/prezentare>

² <https://sites.google.com/site/iacobconstantindragan/prezentare>

constituitor, se va considera că actul încheiat de fiduciar a fost încheiat în nume propriu. În raporturile cu terții, fiduciarul are puterile cele mai largi asupra masei patrimoniale fiduciare, cu excepția cazului în care se dovedește că terții aveau cunoștință de limitarea puterilor. (art. 784 NCC). Așadar, terții și asumă riscul în situația în care cunosc faptul că fiduciarul și-a depășit limitele mandatului. Remunerarea fiduciarului va fi stipulată în contract, în caz contrar fiind aplicate dispozițiile prevăzute la administrarea bunurilor altuia din NCC (art. 792-857).

Raspunderea fiduciarului și înlocuirea acestuia. Administratorul provizoriu.

Fiduciarul este raspunzător pentru prejudiciile cauzate constituitorului, însă numai cu celelalte drepturi cuprinse în patrimoniul său. Acest lucru este justificat, întrucât patrimoniul fiduciarului nu se confundă cu patrimoniul fiduciar. Constituitorul personal sau prin reprezentantul sau ori beneficiarul fiduciei, pot cere în justiție înlocuirea fiduciarului și numirea unui administrator provizoriu, însă orice numire de către instanța de judecată nu se poate face decât cu acordul acestora. Așadar, aceștia vor trebui să accepte mandatul, în fața instanței. Mandatul administratorului provizoriu încetează în momentul înlocuirii fiduciarului sau în momentul respingerii definitive a cererii de înlocuire.

Noul fiduciar va avea toate drepturile și obligațiile prevăzute în contractul de fiducie.

Denunțarea, modificarea și revocarea contractului de fiducie. Încetarea contractului. Efecte.

(art. 789-791)

Contractul poate fi denunțat de constituitor până la acceptarea acestuia de către fiduciar. După acest moment, orice modificare, denunțare unilaterală sau revocare din partea constituitorului se poate face numai cu acordul beneficiarului sau prin intermediul instanței.

Contractul încetează: a) la împlinirea termenului; b) realizarea scopului urmărit prin încheierea contractului dacă intervine înainte de împlinirea termenului; c) renunțarea beneficiarului în situația în care prin contract s-a precizat că într-o asemenea situație contractul nu prevede cum se vor continua raporturile fiduciare într-o asemenea situație; d) la data deschiderii procedurii falimentului față de fiduciar sau la momentul producerii efectelor reorganizării persoanei juridice.

Efectele încetării contractului (art. 791). La încetarea contractului, masa patrimonială se transferă la beneficiar, iar în absența acestuia la constituitor, însă contopirea patrimoniilor se va face numai după plata datoriilor fiduciare.

Rezumând, principalele caracteristici ale acestei noi instituții, contractul de fiducie sunt:

A) Existența a trei raporturi contractuale distincte, dar care formează un tot unitar: transferul de drepturi, mandatul și administrarea unui patrimoniu de afecțiune:

B) Contractul de fiducie este lovit de nulitate absolută dacă prin el se realizează o liberalitate indirectă în folosul beneficiarului.

C) Fiducia este stabilită prin lege sau prin contract în formă autentică ca și condițiile „ad validitatem”.

D) Pentru a fi valabil scopul contractului de fiducie trebuie să fie determinat astfel ca menționarea acestuia este obligatorie.

E) Tranzacția drepturilor nu poate depăși 33 de ani.

F) Drepturile care se transferă alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniul fiduciarului (art. 773) și

G) Constituitorul poate fi orice persoană fizică sau juridică care are capacitatea de a încheia acte de dispoziție.

H) Fiduciarul poate fi doar: instituțiile de credit, societățile de servicii de investiții financiare, societățile de asigurare și de reasigurare, avocații sau notarii publici (art. 776 alin. 2).

I) Beneficiarul fiduciei poate fi constituitorul, fiduciarul sau o terță persoană (art. 777).

J) Înregistrarea contractului de fiducie în termen de o lună la organul fiscal.

K) Opozabilitatea fiduciei.

L) Precizarea calității fiduciarului.

M) Obligația fiduciarului de a da socoteală.

- N) Conținutul contractului de fiducie.
- O) Înlocuirea fiduciarului.
- P) Efectele încetării contractului de fiducie.

Domeniile de aplicare ale contractului de fiducie sunt mai puțin numeroase decât instituția trustului din dreptul anglo-saxon. Principalele domenii de utilizare ar fi instituțiile de credit în cadrul cărora introducerea fiduciei ar prezenta atât avantaje, datorită faptului că sfera serviciilor și activităților bancare se extinde, dar și dezavantaje deoarece fiduciarul ar putea fi folosit de către debitor pentru a ascunde masa patrimonială astfel încât creditorii să nu poată urmări bunurile acestora.

Fiind o instituție nou apărută, nu există încă practică privitoare la activitățile care ar putea intra sau nu sub incidența fiduciei, dar suntem încrezatori că se va transforma într-o realitate juridică înfloritoare.

Considerăm că acesta instituție vă va fi de folos la realizarea unui progres economico-social.¹

Referințe bibliografice:

1. Noul Cod Civil
2. F.I.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, Noul Cod Civil, Comentariu pe articole
3. Codul Civil Annotat de experții caselor de avocatură de top din România
4. Caietele juridice ale Bancii Naționale a României
5. Victor Dan Zlătescu, *Drept privat comparat*, Ed. Oscar Print, București, 1997
www.wikipedia.org

¹ Caietele juridice ale Bancii Naționale a României, p. 5.

CONTRACTUL DE FACTORING

Ovidiu Marian OPREA*

Abstract

Scopul acestui studiu este să prezinte ceea ce se înțelege prin factoring în ansamblul său. Am precizat în acest sens : apariția contractului de factoring, legislația care reglementează acest domeniu și modalitățile prin care se poate încheia. Factoringul este utilizat în diverse domenii de activitate ale vieții sociale. Este foarte util pentru cei care aleg această modalitate de finanțare în bussines. De exemplu este instrumentul folosit de unele companii din industrie. Factoringul presupune faptul că, o societate trebuie să aibă clientelă stabilă și creanțe născute pe termen scurt. Obiectivele principale sunt: Contextul istoric în care a apărut factoringul, Noțiunea și reglementarea acestuia, Forma contractului, Părțile contractului și Obiectul contractului, precum și modalitățile în care încetează contractul. În primul capitol este prezentată apariția contractului de factoring în practica engleză în secolul XVIII, dar s-a bucurat de o veritabilă recunoaștere și în SUA. În cel de-al doilea capitol este descris succint caracteristicile contractului de factoring; consensual, sinalagmatic etc. și riscurile specifice factoringului. În cap. III, este menționat formele factoringului, ad probationem și ad validitatem. Cap IV și V, descrie părțile contractului de factoring, aderentul și factorul. De asemenea sunt prezentate și raporturile care se nasc între părți. În ultimul capitol am arătat succint încetarea contractului de factoring.

Cuvinte cheie: *factoring, contract, finanțare, factor, aderent.*

1. Introducere

Domeniul acoperit de tematica studiului este prezentarea contractului de factoring în ansamblul său și a particularităților acestuia. Este o finanțare bazată pe contracte constând în activitatea propriu-zisă a firmei. Nu se bazează pe bilanț și garanții așa cum se regăsește în cazul creditelor bancare. Factoringul este utilizat în domeniul de bussines. Companiile care au nevoie de sprijin financiar prin care să-și asigure riscurile asumate în relația cu furnizorii apelează deseori la factoring.

Importanța acestui studiu constă în aprofundarea noțiunilor despre contractul de factoring și oferirea unei perspective de ansamblu asupra acestuia. În acest studiu am prezentat cinci obiective pentru înțelegerea importanței factoringului. În primul rând am prezentat un scurt istoric al apariției contractului de factoring și reglementarea lui. Forma pe care părțile, aderentul și factorul o aleg este foarte importantă. Am descris raportul juridic dintre părțile prezente la încheierea contractului de factoring. Ceea ce este important din punctul meu de vedere și am considerat necesar să inserez în conținutul studiului este descrierea categoriilor de factoring existente în prezent. Un al doilea obiectiv constă în arătarea diferenței dintre contractul de factoring și alte categorii de instituții juridice. Este importantă această deosebire, pentru că există instituții care se pot confunda destul de ușor cu noțiunea contractului de factoring. De exemplu subrogația în drepturile creditorului sau cesiunea de creanță. De asemenea și modalitatea de încheiere a contractului este un aspect principal de care părțile prezente trebuie să țină cont. Fiecare parte atât aderentul cât și factorul vor încerca să insereze clauze favorabile pentru fiecare astfel încât lucrurile devin oarecum interesante în ceea ce privește încheierea contractului.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (ovidiu.oprea91@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Nemeș Vasile și asist. univ. dtd. Dan-Alexandru Sitaru. (sitaru.alexandru@yahoo.com).

Modalitatea prin care am dorit să răspund la obiectivele asumate este : în primul rând structurarea pe capitole a cuprinsului, pentru a face mai accesibilă și mai rapidă obținerea informației. În al doilea rând în structurarea lucrării am recurs la detalierea cât mai exactă a unelor aspecte definitorii pentru titlul studiului. Am început cu exemplificarea originilor contractului de factoring, apoi detalierea elementelor contractului de factoring.

Stadiul cunoașterii în materia abordată este unul destul de larg. În literatura de specialitate există foarte multe scrieri pe marginea contractului de factoring. În schimb legislația română nu se bucură de o reglementare expres prevăzută de lege. Există legea 469/2002 modificată prin legea 647/2002 care are o în conținutul său referiri cu privire la contractul de factoring oferind o definiție. Este un punct de pornire reglementarea din legea 469/2002 deoarece permite teoreticienilor să ofere explicații referitoare la elementele caracteristice ale contractului.

2 Conținutul propriu-zis al lucrării

1 Contextul istoric al contractului de factoring

Factoringul și-a făcut apariția pentru prima dată în secolul al-VIII-lea, în practica engleză. S-a dezvoltat și a obținut o deosebită amploare și în SUA având în vedere existența comerțului între colonii. Ulterior intervenind și o reglementare legală, „The Factoring Act”, din 1889 și o lege din 1923. „The Uniform Comercial Cod”, o altă lucrare care cuprinde dispoziții relevante pentru a înlesni operațiile efectuate prin intermediul factoringului.¹

Odată cu apariția sa factoringul a fost foarte utilizat în diferite state europene. În unele țări, legislația nu a fost de așa natură încât să-i creeze condiții de dezvoltare. Totuși în pofida acestor situații această instituție a luat o amploare impresionantă. Deși nu a ajuns încă la maturitate juridică, este suficientă cât să dovedească măsura în care această instituție a factoringului corespunde rigorilor comerțului internațional modern. Instituțiile financiare și de credit, marile societăți comerciale s-au specializat în operații de factoring pe plan intern și internațional, formând grupuri de societăți în acest sens.

Aderentul, prin contractul pe care-l încheie cu factorul îi cedează acestuia toate creanțele sale care sunt facturi, contra plății imediate ale acestora sau o anumită cotă, de regulă se achită 90% din valoarea facturilor respective. Astfel este garantat împotriva riscului că debitorii săi să fie insolvari. Riscul acesta trece asupra factorului, care nu-și rezervă sub nicio formă drept de recurs împotriva aderentului, pentru cazul când debitorul unei anumite facturi nu ar efectua plata.²

În cazul factoringului tradițional, unde factorul plătește de îndată prețul pe care-l au mărfurile sau serviciile. Realizând astfel o operație de credit care este asemănătoare dintr-un anumit punct de vedere cu operația de scont. Se deosebește de operația de scont și vom releva aspectele care le deosebesc. De exemplu data cesiunii diferă după tipul operației de factoring. În situația factoringului tradițional sau obișnuit, data nașterii creanței respective este chiar data cesiunii. La factoringul la scadență, data exigibilității respectivelor creanțe este momentul cesiunii.

Contractul de factoring se caracterizează prin faptul că alături de operația de credit, factorul oferă aderenților săi servicii. De exemplu pune la dispoziția aderenților metode moderne de gestiune și contabilitate, efectuează unele studii de piață, strângerea informațiilor comerciale etc. Factorului i se conferă și dreptul să se intereseze de felul în care aderentul își administrează afacerile. O atare situație duce în practică, la ipostaza că societatea de factoring își ia în angajamentul său sarcina postului de „clienți” din administrația aderentului. Acesta devine gestionar sau se poate numi chiar

¹ Dr. avocat A.P.Florescu, Dr. Liviu Narcis Pârnu – „Contractele de comerț internațional”, ediția a-II-a, revizuită și adăugită, editura Universul juridic, București, 2009, pag. 182

² Idem : pag. 183

consilier al aderentului (clientului) său. Societatea de factoring este în acest fel în măsură să contribuie cu know-how-ul său la o orientare în domeniul politicii comerciale a aderenților săi.

1.1 Scurtă prezentare a factoringului în lume și în România

Operațiunea de factoring constă în general în transferuri de creanțe cu titlu oneros. Instrumentul din dreptul comun care lămurește operațiunea de factoring, este subrogația convențională în drepturile creditorului prin plata creanței. În acest sens o explicație concretă o oferă art. 1107 din codul civil. Prin subrogație se înțelege situația în care creditorul primește plata sa de la o altă persoană. Acestei persoane îi dă drepturile, acțiunile, privilegiile sau ipotecile sale, în contra debitorului. Bineînțeles că subrogația făcută trebuie să fie în primul rând expresă, în al doilea rând să fie într-un timp cu plată.¹

Piața de factoring din România este estimată la circa 1,2 miliarde de euro. În țările din regiune piața de factoring a înregistrat o creștere foarte mică, dat fiind faptul că piața în ultimii ani s-a dezvoltat mult în acest sens. Astfel, în Ungaria piața de factoring a crescut cu 6% pe an în primul semestru al acestui an. În alte țări au fost creșteri mai mari de exemplu în Cehia 17% pe an. În Slovacia a fost cea mai mică creștere a pieții de factoring doar 5% pe an.² Pe piața de factoring din România, la marile companii există tendința să-și aleagă un serviciu complet de produse, nu doar o finanțare simplă. În țara noastră în 2009 a crescut ponderea operațiunilor de factoring fără regres. Aceste sunt operațiuni de factoring care includ serviciul de preluare a riscului de neplată de către debitori. Factoringul fără regres a crescut la 64%, față de 2008 care era de 44%.³ Metoda factoringului a fost eficientă, devenind tot mai des utilizată pe piața din România dar și pe piața internațională.

În opinia noastră piața de factoring din România va crește foarte mult în următorii ani, datorită multitudinilor de avantaje pe care le oferă. În al doilea rând operațiunile de factoring sunt mai puțin costisitoare decât să organizeze un compartiment propriu de urmărire și colectare a creanțelor.

2 Noțiune și reglementare

Prima reglementare a factoringului ca operațiune comercială, a fost menționată în legislația noastră prin O.U.G. nr. 10/1997 privind diminuarea blocajului financiar și a pierderilor economice. A fost aprobată și modificată prin legea nr.151/1997, fără ca acestea să conțină și o reglementare a contractului de factoring.⁴ Asemănător, factoringul a fost până în urmă cu puțin timp reglementat de legea nr.469/2002 care exemplifica unele măsuri privind întărirea disciplinei contractuale. Nici actul normativ menționat nu stabilea reglementări clare pentru contractul de factoring în ansamblul său. Legea 469/2002 a fost abrogată de legea 246/2009.

Pe plan internațional, contractul de factoring instituie obiectul de reglementare al Convenției Unidroit cu referire la factoringul internațional, semnată la Ottawa la 28 mai 1998. Pentru a completa informația la care am făcut referire vom aminti și Convenția Națiunilor Unite privind cesiunea de creanță în comerțul internațional de la New York din 2001.⁵

Operațiunea de factoring este o vânzare de creanțe care are loc între aderent și factor. Privit ca operațiune complexă factoringul se apropie de cesiunea de creanță. În esență ambele produc

¹ Gheorghe Piperea – „Drept Comercial”, vol II, editura Hamangiu, București, anul 2010, pag. 126

² http://www.ghiseulbanca.ro/articole/5/8332/Piata_de_factoring_din_Romania_estimata_la_1_2.htm

³ <http://www.wall-street.ro/articol/Finante-Banci/75720/Felia-BRD-pe-factoring-40-la-afaceri-in-scadere.html>

⁴ Stanciu D. Cărpănuș, Liviu Stănculescu, Vasile Nemeș – „Contracte civile și comerciale” editura Hamangiu, București 2009, pag. 471

⁵ Idem : „Contracte civile și comerciale” editura Hamangiu, București 2009, pag. 471.

⁶ Înalta Curte de Casație și Justiție Secția comercială decizia nr. 2834 din 10 octombrie 2008, sursa www.jurisprudenta.org

aceleași efecte și anume transmiterea creanțelor pe care un creditor le deține împotriva unui debitor, către o altă persoană.

Contractului de factoring i se oferă o definiție nu tocmai completă dar este de natură să lămurească anumite aspecte. Astfel potrivit art. 6 alin. (2) lit. b) legea 469/2002 factoringul este contractul 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.¹ Cum am precizat mai sus nu este dată o definiție care să acopere toate aspectele factoringului. Aceasta oferă totuși explicații la toate elementele definitorii ale unui contract și anume: caractere juridice, părțile contractante, obiect și principalele efecte juridice.

În opinia noastră această definiție poate face contractul de factoring dintr-un contract nenumit într-un contract numit. Un contract nenumit nu beneficiază de o definiție reglementată prin lege. Contractul numit este un contract care beneficiază de o dispoziție legală reglementată de lege. Explicând pe scurt, putem include contractul de factoring în categoria contractelor numite. Are o definiție care să-i reglementeze toate aspectele importante ale unui contract. Are și explicații în practică pe fondul definiției din legea 469/2002.

1.2 Caractere juridice

Contractul de factoring prezintă o multitudine de caractere juridice care îl definesc și sunt foarte importante pentru a fi precizate. Dintre acestea vom aminti:

a) Contractul de factoring este un contract consensual deoarece nu presupune nicio formă pentru validitatea sa. În practică, într-adevăr îmbrăca de cele mai multe ori forma scrisă. Părțile recurg la această formă pentru a ușura desfășurarea raporturilor specifice acestui contract, de ex. notificarea debitorului, termenul și modalitatea de plată etc.²

b) Este un contract sinalagmatic deoarece obligațiile părților sunt reciproce și interdependente. Ambele părți urmăresc obținerea unui beneficiu și anume aderentul să procure finanțare. Factorul urmărește să primească o sumă mai mare de la terț decât aceea pe care el o dă aderentului.

c) Oneros deoarece factorul percepe pentru fiecare operațiune de factoring efectuată un comision de finanțare. Acesta va fi perceput la valoarea plafonului care se stabilește între factor și aderent. În general, ca regulă se face la nivelul creditului pe termen scurt. Factorul va mai cere și un comision de factoring care este stabilit de comun acord cu aderentul.³

d) Contractul de factoring este un contract de adeziune. Această caracteristică se stabilește pe baza faptului că factorul creditează aderentul cu anumite sume care sunt corespunzătoare prețului creanțelor care au fost cumpărate. De aceea în practică, factorul este cel care stabilește clauzele contractului de factoring și sunt impuse aderentului prin contractele-tip. Beneficiarul nu are decât într-o mică măsură posibilitatea de a le negocia.

e) Este un contract accesoriu deoarece existența acestuia este determinată de raporturile preexistente dintre aderent și debitor. Din aceste raporturi se nasc creanțele ce sunt cesionate în favoarea factorului.

¹ Legea nr. 469 din 9 iulie 2002, privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractuale a fost publicată în M. Of. nr. 529 din 19 iulie 2002, cu modificările și completările aduse prin OUG nr. 112/2002 pentru modificarea alin. (1) al art. 5 din Legea nr. 469/2002 (M. Of. nr. 704/26.09.2002), aprobată cu modificări prin Legea nr. 647/2002 (M. Of. nr. 909/13.12.2002).

² Idem : Contracte civile și comerciale” editura Hamangiu, București 2009, pag. 472

¹¹ Săulean Lucian – „Drept comercial”, editura Sitech, Craiova, anul 2007, pag. 565

¹² Vasile Nemeș – „Drept comercial”, editura Hamangiu, anul 2010 – pag. 338

f) Este un contract comutativ. Părțile în contractul de factoring își conosc întinderea obligațiilor încă de la momentul încheierii contractului. Putem spune că poate fi și un contract aleatoriu pentru că în situația în care factoringul este fără regres, factorul va suporta riscul insolvabilității terțului.

g) Marea majoritate a autorilor conferă contractului de factoring caracter *intuitu personae*. Caracteristica atribuită de teoreticieni se motivează pe ideea conform căreia aspectele solvabilității aderentului cântărește extrem de mult în alegerea lui de către factor. Acesta acceptă aderentul după o verificare amănunțită și riguroasă în ceea ce privește competența profesională a acestuia. Va verifica modul în care își conduce afacerile cu clienții, modalitatea de lucru pe care o aplică, onorabilitatea și solvabilitatea acestuia.¹

1.3 Categoriile de factoring

a) Factoringul la scadență, care se mai numește și *maturity factoring* în care factorul plătește aderentului creanțele care au fost cesionate numai la data scadenței facturilor.

b) Factoringul tradițional adică cel obișnuit. De asemenea și acesta se întâlnește sub denumirea de *old line factoring*, factorul plătind creanțele de îndată.

c) Factoringul cu regres sau cu recurs. Acesta este factoringul în temeiul căruia refuzul plății creanțelor de către debitorul cedat sau riscul insolvabilității este suportat de aderent. Factorul la rândul său bineînțeles că își va asuma și el o obligație dar numai aceea de gestionare a facturilor și de finanțare a creanțelor care sunt acceptate prin plata acestora. Factorul își va rezerva în situația în care debitorul dintr-o oarecare cauză nu a achitat la data scadenței creanțele transferate, drept de regres împotriva aderentului.

d) Factoringul fără regres sau fără recurs. Această formă a factoringului se caracterizează prin aceea că dobândirea de către factor a creanțelor ce sunt date cu riscul de a nu fi plătite sau că debitorul cedat să fie insolubil. Oferind o explicație a formei de factoring menționată putem spune : dacă debitorul cedat va refuza să plătească creanțele la scadență, factorul la rândul său nu se mai poate îndrepta împotriva aderentului să-și recupereze sumele plătite cu titlu de preț al facturilor.

2.3 Riscurile specifice factoringului

Operațiunile de factoring pe lângă aspectele pozitive pe care le implică în activitatea sa, aceste operațiuni sunt supuse unor riscuri importante pe toată perioada derulării acestora. De aceea este foarte bine ca riscurile să fie cunoscute și totodată tratate cu o importanță deosebită. Ele reprezintă o parte componentă a unui management intensiv din partea tuturor celorlalte părți contractante. De aceea relațiile contractuale de factoring trebuie să fie cunoscute. Prezintă o importanță de prim rang în primul rând în aprecierea factorilor de risc. În al doilea rând să fie practicat un management în care să fie abordate toate riscurile existente pentru a fi excluse pe viitor.²

2 Forma contractului

Pentru valabilitatea contractului de factoring nu se cere o anumită formă pentru încheierea sa valabilă.³ În practică, de obicei societățile care sunt specializate în factoring își va alege propriile metode de contractare. Prin urmare în marea majoritate a situațiilor contractul îmbracă forma scrisă.

¹³ Căpățînă, O., Ștefănescu, B. –, „Tratat de drept al comerțului internațional”, Ed. Academiei, București, 1987, vol. II pag. 252

¹⁴ Vasile Patulea, Corneliu Turianu –, „Curs de drept comercial român”, editura All Beck, anul 1999 – pag. 128

¹⁵ Idem : –, „Drept Comercial”, editura Hamangiu, anul 2010, pag. 339

² Vartolomei, Brândușa Oana –, „Contractul internațional de factoring”, Ed. Lumina Lex, București, 2006 – pag. 249

¹⁷ Idem : –, „Drept Comercial”, editura Hamangiu, anul 2010, pag. 339

Pentru forma scrisă a contractului de factoring aleasă de părțile contractante este cerută numai ad probationem, în niciun caz ad validitatem. Totuși putem spune faptul că acest tip de contract presupune, ca o condiție specială de validitate, remiterea materială de către aderent a acelor facturi comerciale care sunt acceptate de către factor. Acesta de regulă va plăti anticipat facturile comerciale.¹

Formulând o regulă generală tehnica de factoring presupune o relație care are o anumită continuitate în timp între factor și aderent. Între părți, mai întâi se încheie un acord cadru de factoring. În acest acord partenerii contractuali vor conveni să recurgă la această tehnică pe durată determinată de timp. Nu necesită o reglementare expres prevăzută de lege, dar de regulă se face pe o perioadă de un an. Se stabilesc elementele esențiale comune tuturor transferurilor de creanță. Acordul cadru care s-a încheiat între parteneri, urmează după trecerea perioadei să se concretizeze într-un contract de factoring.²

3 Părțile contractului

Părțile contractului de factoring prezintă particularități specifice. Sunt definitorii, dacă putem să-i spunem așa deoarece operațiunile de factoring sunt rezervate exclusiv pentru activitățile comerciale. Părțile în contractul de factoring sunt aderentul și factorul. Mai este de precizat faptul că la operațiunile de factoring participă și o a treia persoană și anume debitorul cedat. Este persoana împotriva căruia deține aderentul diferite creanțe aparținând acestuia și care le transferă la un moment dat factorului. Debitorul cedat în momentul în care participă la mecanismul factoringului generează anumite raporturi juridice specifice activității de factoring.

3.1 Aderentul și obligațiile

Aderentul este un prestator de servicii, execută lucrări și prestează servicii. Toate serviciile pe care aderentul le întreprinde relevă faptul că în marea majoritate a cazurilor, acesta are calitatea de comerciant, persoană fizică sau persoană juridică. În doctrina de specialitate se precizează că există ipoteze conform cărora poate avea calitatea de aderent și cei care sunt persoane juridice necomercianți. Este de știut că acestora legea le recunoaște posibilitatea să exercite acte de comerț doar în condiții stabilite de lege. Putem menționa cu titlu de exemplu asociațiile și fundațiile. Pentru acestea actele normative în vigoare prevăd în mod expres că pot să întreprindă activități economice.³

Aderentul transmite factorului creanțele pe care el le are împotriva debitorilor săi. Creanțele provin din producerea de bunuri sau furnizarea unor anumite servicii făcute în scopul de a obține unele lichidități.⁴ Aderentul este ținut să transmită periodic, zilnic sau la săptămână facturile sau copii legalizate după acestea. Ele vor fi transmise cu precizarea că au fost predate și că plata lor trebuie să se facă în mâinile factorului. În momentul în care factorul încasează o factură, valoarea nominală a facturii trece la creditul contului aderentului. Aici este de precizat aspectul că acel comision, cheltuielile efectuate și convenite, acestea din urmă se vor trece în condițiile în care aderentul folosește creditul destinat contului sau imediat ce a remis facturile. Dacă aderentul așteaptă ca facturile să ajungă la scadență, numai este valabil. În vederea reglementării aderentul va remite factorului un borderou recapitulativ al facturilor aprobate. Pe borderou se vor menționa și o declarație de transmitere de proprietate a respectivelor creanțe. Va mai conține și o cerere de plată în schimbul chitanței subrogatorii, ce se afla atașată borderoului. Acesta va fi însoțită de toate documentele care justifică expedierea mărfurilor care au fost vândute și a serviciilor care s-au prestat.

¹ Idem : „Contractul internațional de factoring”, Ed. Lumina Lex, București, 2006 – pag. 48

² Munteanu Roxana –, „Unele elemente de drept comparat privind contractul de factoring”, în Revista Studii de drept românesc nr. 4/1989. pag.148

³ Idem : „Contracte civile și comerciale” editura Hamangiu, București 2009, pag. 474

⁴ <http://www.bizwords.ro/article/tendinte/1231/Factoringul-permite-colectarea-mai-rapida-a-platilor.html>

Transmiterea creanței aderentului către factor se face prin intermediul subrogației convenționale. În baza subrogației, factorul dobândește proprietatea creanțelor. Notificarea subrogării se face de către aderent debitorului său. Notificarea nu se face pentru a-i fi opozabilă sau pentru a dobândi acceptul acestuia. Se face pentru ca aderentul să-l înștiințeze pe debitorul său că plata trebuie efectuată doar de către factor, pe această cale a notificării. Se evită astfel o plată cu bună credință a altei persoane.¹

Dacă un bilet la ordin a fost introdus în circuitul bancar are ștat corespunzător oricărui instrument de plată. Nu interesează scopul pentru care a fost emis, acesta reprezentând un titlu de credit negociabil și un instrument de plată, care constată obligația care va fi asumată de debitor. Acesta va trebui să plătească la vedere sau la o dată scadentă fixată celui care este beneficiar sau îi va da la ordinul acestuia o sumă de bani determinată. Se menționează și în dispozițiile părții 1 pct.2 din Normele Cadru BNR nr. 6/1994.²

Obligațiile aderentului sunt următoarele:

a) Obligația de transmitere a creanțelor. Transmiterea creanțelor se realizează prin intermediul cesiunii de creanță după actele normative reglementate de Codul civil. Pentru ca factorul să poată să-l finanțeze pe aderent, acesta trebuie să-i transmită creanțele ce reprezintă obiectul derivat al contractului de factoring. În baza contractului de factoring care se încheie între părți, se pot ceda o parte din creanțe sau toate. De altfel trebuie menționat faptul că părțile trebuie să prevadă care dintre creanțe vor fi preluate sau modul în care se vor transmite acestea.

b) Obligația de garanție a creanțelor. Obligația de garanție a creanțelor este reglementată de dispozițiile art. 1556 cod civil. Din interpretarea textului se înțelege faptul că vânzătorul unei creanțe este dator să răspundă de propria existență valabilă în folosul său, în momentul când s-a realizat vânzarea. În temeiul executării acestei obligații, aderentul va garanta la data transmiterii creanței existența sa valabilă, în scopul că aceasta trebuie să fie în mod obligatoriu titularul creanței ce dorește să o transmită.

c) Obligația de notificare a debitorului cedat. Transferul creanțelor care se efectuează de la aderent la factor realizează și transmiterea dreptului către acesta, să le ceară sume de bani debitorului cedat. Acesta la rândul său, este terț față de contractul de factoring. El va efectua plata aderentului, până la data la care îi va fi adus la cunoștință în legătură cu noul creditor. Este de precizat pentru debitorul cedat că pentru a plăti factorului, el va trebui să fie notificat. Scopul acestei notificări este de a realiza opozabilitatea cesiunii față de debitorul cedat. Factoringul fiind un contract nenumit, părților le revine libertatea să menționeze expres în contract căroră dintre ele le revine această obligație.

3.2 Factorul și obligațiile sale

Factorul nu poate fi decât o instituție financiară specializată sau o societate bancară. Menționând doar aceste categorii putem spune că factoringul, din această perspectivă, este rezervat numai acelor categorii a comercianților persoane juridice.³ În condițiile actelor normative în vigoare existente, doar societățile bancare, instituțiile financiare nebancare și societățile comerciale care își propun să aibă obiect de activitate operațiuni de factoring. Pot exercita în calitate de factor operațiuni de factoring. De asemenea trebuie reținut faptul că nu există nicio reglementare legală care să conțină reguli speciale referitoare la constituirea și funcționarea societăților de factoring, altele decât cele

²² Decizia nr. 1356 R-Com, 11 dec. 2009, Curtea de apel, Secția Comercială, secția contencios administrativ, Pitești, recurs, sursa <http://www.jurisprudenta.org>

²³ Decizia nr. 26/A din 23 mar. 2009, Curtea de Apel, Secția Comercială, Secția Contencios Administrativ, Targu Mures, apel, sursa <http://www.jurisprudenta.org>

³ Idem : „Drept Comercial”, editura Hamangiu, anul 2010, pag. 340

enumerat mai sus. Din acest motiv acestea vor urma procedura de funcționare a societății care este reglementată de legea 31/1990 privind societățile comerciale.

Factorul va cumpăra creanțele care sunt concretizate în facturi și le plătește. Ele vor fi achitate de către factor fie la momentul transmiterii lor, fie la data scadenței, urmând ca ulterior, subrogându-se în drepturile aderentului, să-și încaseze creanțele de la debitorii aderentului. De obicei, factorul achită inițial un procent care reprezintă valoarea facturii, de exemplu 80% sau 90%. Restul creanțelor vor fi plătite integral în momentul în care își va recupera creanțele de la debitori. Bineînțeles că pentru serviciile sale, factorul va reține „partea lui” care reprezintă comision de finanțare. Acesta se calculează luând în considerare perioada de timp calculată dintre data cumpărării facturilor și scadența acestora.

Obligațiile factorului

Obligațiile factorului variază, în mare parte în funcție de obiectul factoringului. El rezidă din finanțarea, urmărirea creanțelor și apărarea contra riscului de credit.

a) Finanțarea prin plata către aderent a prețului facturilor acceptate. În baza contractului de factoring reprezintă principala obligație pe care factorul o are, mai ales în ipoteza în care s-a realizat transmisiunea creanțelor.¹ Finanțarea aderentului pentru creanțe este diferită în funcție de diverși factori, precum solvabilitatea financiară a aderentului cât și a debitorului cedat, perioada de finanțare. Trebuie să existe în favoarea societății de factoring anumite garanții personale sau reale, cu regres sau fără regres etc. Vom menționa cu titlu de exemplu cum stă situația în practică. Finanțarea începe de la 60% din valoarea nominală a creanțelor cedate. Desigur că părțile contractante au libertatea totală să negocieze prețul facturilor și anume finanțarea. Nu trebuie să existe piedici sau bariere în această privință. Vom preciza diversitatea modalităților în care se poate realiza prețul facturilor sau finanțarea :

- Poate fi finanțată fiecare creanță la întreaga ei valoare nominală de 100%, iar factorul să plătească în rate, la data cesiunii un anumit procent de exemplu 80% și restul îl va achita la data încasării de la debitorul cedat. În cadrul unui astfel de factoring, factorul va obține profit doar din dobânda de finanțare. Aceasta se calculează din perioada de timp scursă de la transmiterea creanțelor și până la încasarea lor propriu-zisă de la debitor.

- O altă modalitate de finanțare poate să se efectueze și doar asupra unui anumit procent ce reprezintă valoarea nominală a creanței cedate. Desigur că se va face plata în totalitate la momentul transmiterii sau cu finanțarea în rate, o parte se plătește la început și restul sumei în perioada când debitorul cedat va achita suma integrală. De precizat este că această modalitate este specifică factoringului fără regres. O astfel de ipoteză este atunci când există riscul ca debitorul cedat să fie insolubil sau să nu plătească datoriile și acestea să fie suportate de societatea de factoring.

b) Suportarea riscului de neplată a debitorului cedat. Aceasta reprezintă o a doua obligație principală a factorului, care se întemeiază pe transmiterea proprietății creanțelor prin vânzare. Factorul odată ce cumpără creanțele, el devine proprietarul lor și va beneficia de toate garanțiile care le însoțesc. Va trebui să suporte și consecințele ce decurg din încasarea cu întârziere sau a neplății lor de către debitorii cedați. Factorul va fi obligat de asemenea să suporte riscul unei executări necorespunzătoare, (de exemplu plata parțială sau plata întârziată etc), a obligației de plată a creanțelor către debitorii cedați sau cel al neexecutării contractului.

c) Încasarea creanțelor de la debitorii cedați este obligația care a fost legiferată și de legea noastră română care a formulat-o prin sintagma „urmărirea creanțelor și prezervarea contra riscurilor de credit”² Obligația de obținere a sumelor destinate facturilor este mai pregnantă în ipoteza

¹ Idem : „Contracte civile și comerciale” editura Hamangiu, București 2009, pag. 481

² Idem : „Drept Comercial”, editura Hamangiu, anul 2010, pag. 344

factoringului la scadență. Ipoteza enunțată este atunci când părțile se înțeleg între ele că plata prețului se va realiza în funcție de creanțele de la debitorii la scadența acestora. Dacă factoringul se încheie în această formă, factorul va fi nevoit să urmărească creanțele și să le încaseze la momentul exigibilității lor. Pe cale de consecință exigibilitatea provine din însăși facturile care sunt acceptate sau dintr-un alt înscris stabilit de aderent cu debitorul cedat și care este transmis factorului. Factoringul la scadență este sub două forme:

- Plata se face la scadența facturilor, neavând importanță dacă s-au primit sau nu de la debitorul cedat.
- Pe lângă scadență, plata să fie condiționată și de încasarea creanțelor corespunzătoare.

3.3 Raporturile juridice dintre părți

În ipostaza facturilor aprobate, factorul, care a devenit prin subrogare proprietar al creanțelor transmise, are împotriva debitorului drepturile pe care le voi preciza :

- În calitate de debitor, poate intenta o acțiune de plată contra debitorului
- Factorul a devenit prin subrogare singurul creditor, în fața căruia debitorul se poate libera valabil dar numai după ce s-a notificat în prealabil subrogarea.
- Excepțiile necesare creanței îi pot fi opuse factorului pentru că acestuia i-a fost transmisă cu toate viciile care o afectează. În schimb celelalte excepții pot fi opuse factorului numai dacă ele s-au născut mai înainte de subrogare. Există situația în care, compensația legală a operat mai înainte de subrogare, poate fi opusă factorului, pentru că acesta în niciun caz nu poate să aibă drepturi peste aderent. Este consacrat de principiul *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*.

4 Obiectul contractului

Contractul de factoring are un obiect caracteristic ce rezidă din finanțarea, urmărirea și protejarea contra riscurilor de credit de către factor, în schimbul obținerii creanțelor de la aderent. Contractul ce are obiect oricare din prestații altele decât cele menționate nu vor putea fi certificate drept contract de factoring.¹

Pentru a putea alcătui obiect al contractului de factoring, creanțele trebuie să fie valabile pentru a îndeplini cerințele folositoare valorificării în sensul că ele să fie certe și lichide. Creanțele care sunt cesionate nu este obligatoriu să fie și exigibile. Se explică prin faptul că ține de natura factoringului transferarea creanțelor a căror scadență nu și-a împlinit termenul și este necesar să prevadă în mod expres data exigibilității.

5.1 Raporturile dintre debitorul cedat și aderent

Încheierea contractului de factoring predă obligația de plată a debitorului cedat de la aderent asupra societății de factoring. Se reflectă asupra debitorului cedat unele efecte juridice. Aderentul nu poate să mai ceară plata facturilor de la debitor. Acesta după ce primește notificarea va efectua plata acceptabilă exclusiv pentru societatea de factoring. Conform celor expuse mai sus, în baza contractului de factoring, vom observa că sunt anumite raporturi între debitor și aderent și unele raporturi între debitor și factor. Aderentul va fi obligat să-și îndeplinească obligațiile față de debitor, adică să livreze marfa, să presteze serviciile, să execute lucrările, în conformitate cu înțelegerea creatoare a obligației de plată a creanțelor.

5.2 Raporturile dintre debitorul cedat și societatea de factoring

Plata creanțelor de către debitor direct factorului se va înfăptui de la data notificării sau acceptării plății de către debitorul cedat. De observat este faptul că așa cum rămâne fără efect

¹ Idem : „Drept Comercial”, editura Hamangiu, anul 2010, pag. 341

transferul creanțelor către factor, tot astfel acceptarea notificării sau a cesiunii nu are nicio urmărire asupra scadenței. Mai categoric debitorul cedat va efectua plata factorului la momentul în care creanțele vor deveni exigibile. Nu va plăti în perioada când primește sau este notificată cesiunea. Așa cum s-a decis în raporturile incipiente dintre debitor și aderent.¹

Acțiunea directă a factorului contra debitorului cedat. În situația în care debitorul cedat refuză plata facturilor, factorul are acțiune directă împotriva acestuia fiind titularul creanțelor în baza contractului de factoring. Deși debitorul nu este parte în contractul de factoring, acesta poate fi acționat de către factor în cazul în care nu consimte plata. Trebuie menționat faptul că transferul creanțelor înfăptuiește și transferul accesoriilor acestora, de ex. garanțiile reale mobiliare, garanțiile reale imobiliare etc.²

Invocarea excepțiilor pe care debitorul le poate opune factorului. Debitorul poate solicita absolut toate excepțiile și elabora apărările pe care le are împotriva aderentului în acțiunea de redobândirea creanțelor intentată de societatea de factoring. Data de la care începe să curgă prescripția și implicit data nașterii dreptului la acțiune, va fi cel care va fi fixat în raporturile inițiale dintre debitor și aderent. Se face fără ca schimbarea creanțelor sau acceptarea notificării ori luarea în posesie a cesiunii de către debitor să schimbe cursul prescripției.

5.3 Efectele contractului

Efectele contractului de factoring trebuie analizate sub două forme, atât între părțile contractante cât și față de terți la fel ca în cazul cesiunii de creanță.

A) Între părți efectele sunt:

1 Transferul părților de creanță din patrimoniul aderentului în patrimoniul factorilor creanța se transferă în forma sa inițială în care s-a aflat în patrimoniul aderentului și își păstrează natura. În schimb factorul nu va mai prelua și garanțiile depuse de debitor cu privire la îndeplinirea obligației. Creanța se va transmite la valoarea ei nominală.³

2 Novația subiectivă se realizează prin intermediul schimbării debitorului obligației primare. Astfel debitorul fiind eliberat să mai plătească sumele de bani față de vechiul creditor. Aici intervenind novația și ca efect al novației este obligat față de noul creditor dobânditor al creanței.

3 Obligația de garanție pe care factorul o cere cu scopul de a-și recupera creanța de la aderent. Factorul se poate îndrepta împotriva aderentului în ipoteza în care debitorul nu plătește datoria. Astfel se asigură că vor fi recuperate sumele de bani care au fost investite în finanțarea operațiunii de factoring.

4 Factorul este însărcinat cu ținerea evidențelor operațiunilor de factoring. Bineînțeles că factorul pentru a ține o evidență corectă conform regulilor în vigoare el va deschide anumite conturi pe care le consideră corespunzătoare. De asemenea va organiza doar acele tipuri de evidență îndestulătoare pentru realizarea, înregistrarea și îndeplinirea operațiunilor.

B) Față de terți contractul își realizează efectele. Acestora le este opozabil numai în situația în care se efectuează notificarea. În alte cazuri, când factorul cere admiterea de către debitor cesiunii create prin contractul de factoring. De asemenea se mai poate face și prin indicarea pe facturile emise de către aderent către debitor că acestea sunt cesionate în favoarea factorului.⁴

¹ Idem : „Contracte civile și comerciale” editura Hamangiu, București 2009, pag. 485

² Ibidem

³ Idem : „Drept comercial”, editura Sitech, Craiova, anul 2007 pag. 566

³¹ Idem : pag. 567

6 Delimitarea contractului de factoring de alte instituții juridice

Este un contract nenumit și ca urmare a acestei consecințe în desfășurarea factoringului se solicită diferite instituții juridice, precum cesiunea de creanță, subrogarea în drepturile creditorului, scontarea. Factoringul nu se recunoaște cu absolut nicio instituție din cele menționate.

A) Factoringul nu se va contopi niciodată cu cesiunea de creanță pentru următoarele raționamente:

- Factoringul este contract indispensabil care are caracter oneros, pentru că socotește finanțarea aderentului. Cesiunea de creanță poate fi cu titlu oneros.

- Părțile contractului de factoring sunt esențialmente specializate. Vom oferi în continuare explicația. Factorul este societate bancară, o instituție financiară nebanară sau o societate de factoring specializată. Aderentul este în marea majoritate a situațiilor un comerciant persoană fizică sau juridică. Principala consecință care derivă din această circumstanță este aceea că sistemul cesiunii de creanță este elementar oricăror persoane fizice sau juridice, fără să aibă vreo calitate specială. La factoring este diferită ipoteza. Aici aderentului și factorului îi este rezervată tehnica factoringului bineînțeles pentru cei care înfăptuiesc condițiile enumerate mai sus.

- Pe calea factoringului se pot transmite creanțele ce se nasc din bunuri prestări servicii, executare lucrări. Prin intermediul cesiunii de creanță se pot transmite orice fel de creanțe, fără să prezinte vreo relevanță natura juridică sau motivul acestora.¹

B) Factoringul după cum am precizat și mai sus nu se identifică în niciun caz cu subrogația în drepturile creditorului deoarece:

- În primul rând subrogația operează din clipa în care solvensul a efectuat plata creanței accipiensului, în timp ce factorul poate cere plata de la terț după notificarea acestuia, fără să aibă relevanță dacă l-a finanțat sau nu pe aderent.

- Solvensul poate cere creanțe doar în quantumul pe care el i l-a plătit accipiensului. Factorul poate solicita de la debitor toată suma pe care acesta o are de plătit și este consemnată în facturi sau alte înscrisuri constatatoare.²

C) Cu toate că există puternice asemănări între factoring și scontare, între acestea există anumite aspecte care le deosebesc fundamental :

- Scontarea este o operațiune ce se desfășoară exclusiv asupra efectelor de comerț cum sunt cambiile, securile sau biletele la ordin. Se mai poate face asupra titlurilor reprezentative de mărfuri de ex. recipise de deposit, warante sau conosamente. Factoringul are ca domeniu de activitate transferul unor creanțe provenite din contracte. De regulă își pune amprenta asupra facturilor.³

- În cazul scontării efectelor de comerț când trasul nu efectuează plata, posesorul păstrează dreptul de regres contra obligațiilor anterioare care pot fi trăgători, giranți sau avaliști. În cazul factoringului fără regres, factorul nu poate niciodată să se întoarcă împotriva altei persoane decât debitorul cedat.⁴

- În tehnica factoringului, debitorul cedat va trebui să fie neapărat notificat în ceea ce privește posibilitatea eliberării, plătind în mod valabil în mâna factorului. Mecanismul scontului în schimb nu presupune o astfel de notificare.

¹ Idem : „Contracte civile și comerciale” editura Hamangiu, București 2009, pag. 486

² Ibidem.

³ Idem : pag. 487

⁴ Ibidem

6.1 Încetarea contractului

Este un contract nenumit așa cum l-au numit doctrinarii dreptului comercial. De aici putem trage concluzia că părțile au libertatea de a alege modalitatea de încetare a contractului. Inclusiv conținutul și condițiile realizării rezilierii convenționale a factoringului. De asemenea pot fi stabilite de comun acord în contract aceste condiții. În pasivitatea părților, încetarea contractului de factoring va fi orientată de regulile generale ale obligațiilor comerciale în ceea ce privește încetarea contractelor.¹

În acest sens, contractul de factoring va înceta să mai existe la momentul când expiră data valabilității pentru care a fost încheiat contractul.²

3 Concluzii

Principalele direcții pe care am dorit să le abordez în cuprinsul lucrării au fost : aspecte referitoare la reglementarea, obiectul și părțile contractului de factoring. S-a folosit încă din sec. XVIII factoringul în Anglia și SUA continuând să se aplice astăzi în majoritatea țărilor europene. Se folosește în alte țări din afara Europei precum Argentina sau Brazilia. În țara noastră factoringul a început să capete amploare după 1990. Am considerat necesar să inserez spețe din practica judiciară referitoare la modul în care bunurile se tranzacționează pe piața de factoring. Fiind utilizat de către societățile comerciale deoarece este o metodă benefică de finanțare pe timp de criză. Rezultatul obținut este acela că din sec. XVIII piața de factoring s-a dezvoltat mult și este într-o continuă creștere. S-a creat un mediu propice pentru dezvoltarea factoringului deoarece crează posibilitatea întreprinderilor nou înființate de a obține capital pe termen scurt . Pe viitor ar trebui din punctul nostru de vedere să se acorde o atenție mai sporită societăților de factoring pentru că este cea mai bună metodă de finanțare pentru societățile recent formate.

Impactul preconizat al acestor rezultate este unul pozitiv pentru societatea contemporană în care trăim. Enumerând în cuprinsul lucrării aspectele pozitive ale factoringului putem spune că ar trebui să existe în România o reglementare expresă a contractului de factoring. Este exemplificat în legea 469/2002 dar nu cuprinde decât o definiție, ceea ce credem noi are un impact oarecum negativ în rândul teoreticienilor de a descrie cu exactitate și claritate părțile acestui tip de contract. Cu titlu de lege ferenda trebuie să spunem : contractul de factoring este un contract numit și ar trebui să se schimbe caracterul juridic pentru că el are totuși o reglementare chiar dacă nu este expresă, legea 469/2002. Tot cu titlu de lege ferenda putem spune că ar trebui să se precizeze în conținutul actului normativ cea mai importantă funcție a contractului de factoring așa cum mulți teoreticieni au numit-o. Aceasta este metoda de finanțare pe termen scurt. Este din punctul nostru de vedere cea mai importantă funcție a factoringului fiind și principala caracteristică. Practic aceasta îl și definește în realitate. Factoringul este o modalitate de finanțare pe termen scurt, desigur cel convenit de părți. În opinia noastră ar fi necesar să se acorde o importanță deosebită contractului de factoring. Spun lucrul acesta deoarece schimbările sociale în care trăim ne obligă într-o oarecare măsură să folosim din ce în ce mai mult această metodă de finanțare. În România nefiind suficient de mult abordat și lipsa actelor normative va duce spunem noi la divergențe de opinii și la conflicte între părțile care participă la contractul de factoring.

O primă sugestie în domeniul supus analizei este introducerea unei rubrici care să conțină doar ideile principale ale autorului despre propunerile de lege ferenda, opiniile privitoare la tematica studiului, având ca scop sintetizarea informațiilor. Acestea să fie într-un număr de 7 și acolo ne vom expune toate propunerile pe care le avem, astfel se poate citi mult mai ușor în opinia noastră studiul. O a doua sugestie este introducerea unei rubrici care să fie denumită dicționar și aici să explicăm toate cuvintele care aparțin domeniului de activitate. Secțiunea va avea drept scop o lectură și înțelegere mai benefică pentru toți cititorii.

¹ Idem : „Drept Comercial”, editura Hamangiu, anul 2010, pag. 348

² Idem : „Contracte civile și comerciale” editura Hamangiu, București 2009 , pag. 487

Referințe bibliografice

A. Cărți și articole de specialitate :

- Dr. avocat A.P.Florescu, Dr. Liviu Narcis Pârnu – „Contractele de comerț internațional”, ediția a-II-a, revizuită și adăugită, editura Universul juridic, București, 2009
- Căpățâna, O., Ștefănescu, B. „Tratat de drept al comerțului internațional”, Ed. Academiei, București, 1987, vol. II
- Gheorghe Piperea – „Drept Comercial”, vol II, editura Hamangiu, București, anul 2010
- Munteanu Roxana, „Unele elemente de drept comparat privind contractul de factoring”, în Revista Studii de drept românesc nr. 4/1989.
- Stanciu D. Cârpenaru, Liviu Stănciulescu, Vasile Nemeș – „Contracte civile și comerciale” editura Hamangiu, București 2009
- Săulean Lucian – „Drept comercial”, editura Sitech, Craiova, anul 2007
- Vasile Nemeș – „Drept comercial”, editura Hamangiu, anul 2010
- Vasile Patulea, Corneliu Turianu – „Curs de drept comercial român”, editura All Beck, anul 1999
- Vartolomei Brândușa Oana, “Contractul internațional de factoring”, Ed. Lumina Lex, București, 2006
- Decizia nr. 26/A din 23 măr. 2009, Curtea de Apel, Secția Comercială, Secția Contencios Administrativ, Târgu Mureș, apel, sursa <http://www.jurisprudenta.org>
- Decizia nr. 1356 R-Com, 11 dec. 2009, Curtea de apel, Secția Comercială, secția contencios administrative, Pitești, recurs, sursa <http://www.jurisprudenta.org>
- Înalta Curte de Casație și Justiție Secția comercială decizia nr. 2834 din 10 octombrie 2008, www.jurisprudenta.org

B. Legislație :

- Legea nr. 469 din 9 iulie 2002, privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractuale a fost publicată în M. Of. nr. 529 din 19 iulie 2002, cu modificările și completările aduse prin OUG nr. 112/2002 pentru modificarea alin. (1) al art. 5 din Legea nr. 469/2002 (M. Of. nr. 704/26.09.2002), aprobată cu modificări prin Legea nr. 647/2002 (M. Of. nr. 909/13.12.2002).

C. Surse electronice :

- <http://www.bizwords.ro/article/tendinte/1231/Factoringul-permite-colectarea-mai-rapida-a-platilor.html>
- http://www.ghiseulbancar.ro/articole/5/8332/Piata_de_factoring_din_Romania__estimata_1_a_1_2.htm
- <http://www.wall-street.ro/articol/Finante-Banci/75720/Felia-BRD-pe-factoring-40-la-afaceri-in-scadere.html>.

FORMELE DE CONTRACT TIP FIDIC ÎN ROMÂNIA

Gabriel IANCULESCU*

Abstract

În contextul unei internaționalizări accentuate a relațiilor contractuale din domeniul construcțiilor, România se regăsește într-o perioadă de tranziție. Orientarea către formele de contract tip FIDIC și încercarea de a le implementa în dreptul intern au întâmpinat dificultăți complexe, care însă nu vor reuși decât să amâne maturizarea dreptului construcțiilor din România.

Acest articol prezintă în mod succint evoluția condițiilor contractuale FIDIC, atât la nivel internațional, cât și în ceea ce privește reglementarea acestora în dreptul intern. Sunt expuse încercările de implementare, motivele de eșec și stadiul actual al reglementării.

Cuvinte cheie: FIDIC, dreptul construcțiilor, Inginer, infrastructură, Beneficiar, Antreprenor

1. Scurt istoric. Evoluția condițiilor contractuale FIDIC

FIDIC reprezintă abrevierea titlaturii *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils* (în română, Federația Internațională a Inginerilor Consultanți). Aceasta este o organizație profesională internațională, având sediul la Geneva, ce reunește organizațiile profesionale de ingineri-consultanți de nivel național. Cu o istorie seculară, fiind înființată în 1913 de către Belgia, Franța și Elveția, în prezent numără 94 de asociații membre din toate regiunile lumii¹.

Pentru a se stabili un cadru contractual echilibrat în domeniul construcțiilor, organizațiile profesionale independente au încercat de timpuriu să elaboreze și să dezvolte forme de contracte cadru, acestea apărând în Marea Britanie încă din secolul XIX.

Deși FIDIC este o organizație privată, ce nu poate emite norme cu forță obligatorie, contractele-tip emise de aceasta au cunoscut o atracție deosebită atât pentru partenerii contractuali privați, cât și pentru autoritățile publice, datorită vastei experiențe pe plan internațional a organizației emitente și a modului echilibrat de a împărți riscurile contractului. De asemenea, perfecționarea și adaptarea proiectelor de anvergură au condus ca, în prezent, în domeniul construcțiilor, cele mai răspândite forme de contract să fie cele elaborate de FIDIC.

Prima formă standard de contract a fost elaborată de FIDIC în 1957, fiind denumită ”Condiții de contract de lucrări ingineresti”. Aceasta a devenit cunoscută drept ”Cartea Roșie” (”the Red Book”). Au urmat a doua (1969) și a treia ediție (1977), fără însă ca acestea să aducă modificări substanțiale. Aceste prime trei forme nu au fost larg acceptate deoarece aveau la bază doar principii de drept anglo-saxon.

În cazul primelor forme de contracte, numai Beneficiarul sau inginerul acestuia erau cei care realizau partea de proiectare, ceea ce pune în practică o serie de dificultăți. Aceste probleme au condus la apariția unei noi ediții, prin care se oferea o alternativă ce avea să elimine acele minusuri². Astfel, în 1963 apare prima ediție a ”Cărții Galbene” (”the Yellow Book”), pentru lucrări mecanice și electrice, proiectate de Antreprenor. Aceasta este actualizată în 1980, modificările nefiind însă de substanță.

Datorită cerințelor din domeniul construcțiilor, aflat în acea perioadă într-o continuă dezvoltare, FIDIC a mai adus modificări și completări prin republicările din 1987, 1988, 1992,

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea ”Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: gianculescu@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea drd. Paul Comșa (paulcom7@gmail.com).

¹ <http://fidic.org/about-fidic> - Consultat la 24.03.2013

² J. Glover, *FIDIC: An Overview. The Latest Developments, Comparisons, Claims and Force Majeure*, Fenwick Elliott LLP, Cambridge, 2007, p.2

precum și prin Suplimentul din 1996. De asemenea, în 1995 apare o nouă formă cadru de contract, denumită ”Condiții de Contract pentru proiectare-construcție și predare la cheie”, cunoscută sub denumirea de ”Cartea Portocalie” (”the Orange Book”). Aceasta era destinată utilizării în cadrul tranzacțiilor internaționale, necesitând modificări pentru a putea fi folosită și pe plan intern.

De departe însă, cea mai importantă actualizare a formelor cadru de contract FIDIC, are loc în 1999, când asociația internațională publică un nou set, mult îmbunătățit, al condițiilor contractuale. Modificările au adus o standardizare și o simplificare a formelor de contract, acestea putând fi utilizate în numeroase situații. Formele de contract au fost de asemenea modificate în vederea utilizării acestora atât în sistemul anglo-saxon (common-law), cât și în sistemul continental (civil law)¹. Printre considerațiile importante s-a aflat de asemenea și imparțialitatea Inginerului, și rolul tot mai important al acestuia². Importanța rolului inginerului derivă din faptul că elaborarea conținutului cărților FIDIC este puternic influențată de tradiția engleză și sistemul anglo-saxon. Singura concesie importantă făcută în acest sens, este înlocuirea rolului inginerului de cvasi-arbitru cu o Comisie de soluționare a disputelor³.

Setul de forme de contract cadru publicat în 1999 este utilizat și în prezent, reunind următoarele cărți :

- **Cartea Roșie** (în engleză, Red Book), sau ”Condiții de contract pentru construcții de clădiri și lucrări de inginerie proiectate de către Beneficiar”
- **Cartea Galbenă** (în engleză, Yellow Book), sau ”Condiții de contract pentru echipamente electrice și mecanice și pentru clădiri și lucrări de inginerie proiectate de Antreprenor”
- **Cartea Verde** (în engleză, Green Book), sau ”Formă scurtă de contract, pentru lucrările de mică anvergură”
- **Cartea Argintie** (în engleză, Silver Book), sau ”Condiții de contract pentru proiecte la cheie”

O ultimă formă de contract FIDIC a fost publicată în septembrie 2008, sub titulatura „Cartea Aurie” (în engleză, „the Gold Book”), elaborată special pentru contracte de proiectare, construcții și operare⁴. Aceasta reprezintă o dezvoltare a noii Cărți Galbene, fiind dedicată acelor proiecte în care Beneficiarul dorește ca Antreprenorul care a proiectat și construit o facilitate, să o opereze și să o mențină în funcționare pentru o perioadă de timp⁵.

2. Caracteristici speciale ale formelor de contract FIDIC

În prezentarea oferită de doctrina internațională, contractelor de lucrări li se atribuie mai multe caracteristici speciale ce decurg din specificul proiectelor de construcții, delimitându-se astfel de alte contracte⁶.

Contractele de lucrări se disting în primul rând prin complexitatea pe care de cele mai multe ori anumite lucrări o presupun. Un astfel de proiect reunește mai mulți participanți, fie că sunt contractanți, producători, furnizori ș.a.m.d. De asemenea, aceste contracte se delimitează printr-un caracter tehnic pronunțat, care implică aspecte ce țin de domenii variate de expertiză și care impune metode avansate și sofisticate de analiză și luare a deciziei.

¹ *ibidem*, p.3

² Tilak P. Kolonne, ”Engineer” in *FIDIC Red Book(s)*, p.3, Articol disponibil pe <http://www.slqs-uae.org/slqs/Article33.pdf>. - Consultat la 24.03.2013

³ C. R. Seppälä, *FIDIC'S New Standard Forms Of Contract – Force Majeure, Claims, Disputes And Other Clauses*, International Construction Law Review, Vol. 17, 2000, p. 8, Articol disponibil pe <http://www.ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=129906>. - Consultat la 24.03.2013

⁴ Christopher Wade, *FIDIC introduces the DBO Form of contract – The New Gold Book*, International Construction Law Review, Vol. 25, 2008, p.2, Articol disponibil pe <http://www.ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=130197>. - Consultat la 24.03.2013

⁵ *ibidem*, p. 14

⁶ N. G. Bunni, *The FIDIC Forms of Contract*, 3rd Edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, . pp. 93-97

Redactarea unui asemenea contract este mult mai amplă, mai consistentă și mai complexă față de alte contracte, acest lucru datorându-se modului în care este implementat un asemenea proiect. Necesitatea unui consum mare de resurse, atât financiare cât și de personal, și expunerea de multe ori la anumite riscuri, conduc spre o sporire a atenției atunci când se redactează clauzele contractuale. Se încearcă reglementarea cât mai detaliată a mecanismelor contractuale și a modului de abordare a situațiilor speciale care pot apărea în cursul implementării sale.

Asemenea contracte au un potențial ridicat de a genera situații conflictuale a căror soluționare necesită o perioadă de timp îndelungată, din două motive : impune examinarea unui volum foarte mare de documente în comparație cu alte contracte, și necesită o analiză pe 3 planuri – de fapt, de drept și de cuantificare.

Aspectele de fapt sunt legate în general de evenimente sau circumstanțe care se produc sau sunt localizate în cadrul sau în afara șantierului, necesitând analize tehnice de înaltă specializare. Aici pot fi ridicate probleme referitoare la temperatura din anumite perioade de lucru, sistarea lucrărilor din motive meteorologice, calitatea materialelor utilizate, alături de o paletă largă de alte probleme. Aspectele de drept cuprind reguli și principii legate de dreptul contractelor în general, cât și aspecte privind dreptul construcțiilor, ca ansamblu de norme speciale a căror cunoaștere, interpretare și aplicare necesită o expertiză aparte. De asemenea, aspectele de cuantificare presupun calcule matematice și topografice complexe, de cele mai multe ori cu ajutorul unor programe de calculator, care impun și acestea o anumită expertiză.

O atenție sporită este acordată procedurii de derulare a contractului, specifică acestor condiții contractuale. Sunt detaliate rapoartele care privesc evoluția execuției lucrărilor, pe care Antreprenorul trebuie să le trimită Inginerului, cu indicarea condițiilor pe care trebuie să le îndeplinească acestea, inspecțiile Beneficiarului pe șantier pentru a verifica evoluția lucrărilor, măsurarea, testarea și evaluarea acestora, procedura de recepție la terminarea lucrărilor, cazurile în care lucrările pot fi respinse, remedierea defecțiunilor constatate și altele¹. Cu titlu de exemplu, la capitolul privind *”Terminarea Lucrărilor Neexecutate și Remedierea Defecțiunilor”*, se menționează faptul că Antreprenorul are obligația de a completa orice lucrare rămasă neterminată la data emiterii certificatului de recepție la terminarea lucrărilor, într-o perioadă rezonabilă menționată de către Inginer și, de asemenea, de a executa toate lucrările necesare pentru remedierea defecțiunilor, fie ele aparente sau ascunse, sau degradărilor, conform solicitărilor Beneficiarului, cel târziu până la expirarea perioadei de notificare a defecțiunilor.

Un aspect specific formelor de contract tip FIDIC este rolul Inginerului. Cărțile FIDIC acordă Inginerului o poziție independentă și imparțială, jucând rolul de arbitru și mediator, rol care este recunoscut și protejat ca atare de jurisprudența anglo-saxonă². Rolul Inginerului este complex, acesta având o paletă largă de atribuții în calitatea sa de arbitru. Inginerul, în calitate de persoană desemnată de Beneficiar să acționeze în scopul contractului, are un rol esențial în perioada de execuție a lucrărilor sub contractele FIDIC. El reprezintă practic o garanție pentru autoritatea contractantă a faptului că lucrările sunt realizate în conformitate cu prevederile contractului, având în principal rolul de a supraveghea executarea lucrărilor și îndeplinirea obligațiilor de către Antreprenor. De asemenea, Inginerul are competențe pentru a conveni sau a stabili modul de soluționare a unei probleme. În acest sens, el se consultă cu fiecare parte în încercarea de a ajunge la un acord, iar în situația în care părțile nu se înțeleg, Inginerul are competența de a stabili o soluționare imparțială în conformitate cu prevederile contractului, luând în considerare toate circumstanțele relevante³. Rolul inginerului este esențial, acesta având rolul de a lua măsuri în vederea stimulării evoluției lucrărilor, de a ține

¹ Rațiu-Rațiu, *Studiu privind principiile de elaborare a lucrării în cadrul proiectului ”Întocmirea contractelor de proiectare și de execuție lucrări de construcții”*, București, 2009, p. 76

² Pentru o prezentare detaliată a rolului Inginerului, a se vedea G.-S. Hök, *Introduction aux Conditions FIDIC en roumain/Introducere la cărțile FIDIC*, 2007, Cap. VII, p. 17

³ Rațiu-Rațiu, *Op. Cit.*, p. 71

proiectul în procesul de dezvoltare. Tot acesta are atribuții esențiale în ceea ce privește recepția lucrărilor, fiind cel care emite certificatul de recepție, la terminarea lucrărilor, precum și certificatul final de recepție, care atestă data la care s-au încheiat atribuțiile prevăzute în contract. Nu în ultimul rând, el este cel care emite certificatul final de plată¹.

3. Contractele tip FIDIC în România

Deși constituie clauze contractuale foarte răspândite, până de curând condițiile FIDIC nu erau foarte cunoscute în Europa continentală, cu atât mai puțin în estul acesteia. Acestea cunosc însă o rapidă recunoaștere după deschiderea piețelor Europei de Est, fiind utilizate în Ungaria, Cehia, Rusia, țările baltice, Polonia și România².

Datorită răspândirii și a reputației la nivel internațional, Ministerul Economiei și Finanțelor din România (în continuare MEF) s-a angajat să realizeze o transpunere a clauzelor contractuale FIDIC în legislația română, ca beneficiar al proiectului PHARE 2004/016-772.05.01.02. În data de 27 iunie 2006, a fost semnat un acord între MEF și FIDIC, prin care FIDIC garantează drepturi ne-exclusive pentru traducerea în limba română și includerea în legislație a celor 4 forme de contract publicate în 1999, mai exact, Cartea Roșie, Cartea Galbenă, Cartea Argintie și Cartea Verde³. Drepturile de autor asupra traducerii aveau să rămână ale FIDIC după publicarea în Monitorul Oficial al României. Acestui acord i-a fost adus un amendament în noiembrie 2006, prin care se renunța la forma de contract Cartea Argintie⁴.

Prima încercare de a implementa condițiile FIDIC în România are loc în 2008, printr-un Ordin comun al miniștrilor Economiei și Finanțelor, Transporturilor, și Dezvoltării, nr. 915/465/415/2008 pentru aprobarea condițiilor contractuale generale și speciale la încheierea contractelor de lucrări⁵ (denumit în continuare Ordinul din 2008). Prin acest ordin au fost transpuse Cartea Roșie, Cartea Galbenă și Cartea Verde.

Această încercare a fost însă sortită eșecului, reglementarea rămânând în vigoare mai puțin de un an. Ordinul din 2008 a fost abrogat în 2009, printr-un alt Ordin comun al ministrului finanțelor publice, ministrului transporturilor și infrastructurii și ministrului dezvoltării regionale și locuinței, nr. 1059/555/306/2009⁶.

Motivele acestui eșec sunt numeroase, putând menționa dintre acestea maniera nefericită de redactare a condițiilor de contract ce au generat confuzii și au creat probleme autorităților contractante, neflexibilizarea condițiilor, și imposibilitatea de a aduce modificări acestora, impunând utilizarea fără excepții a condițiilor astfel cum erau prevăzute în anexe. De asemenea, este criticabilă modalitatea de transpunere a acestor condiții, din punct de vedere al forței juridice a actului normativ utilizat (ordin de ministru). Nu în ultimul rând, terminologia utilizată în traducere făcea incompatibilă utilizarea condițiilor în acord cu instituțiile dreptului român, datorită originii anglo-saxone a clauzelor FIDIC⁷.

¹ Nisja, Ola Ø., *The Engineer in International Construction: Agent? Mediator? Adjudicator?*, în *International Construction Law Review*, Vol. 21, 2004, p. 241

Articol disponibil pe <http://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=130086> – Consultat la 24.03.2013

² G.-S. Hök, *Introduction aux Conditions FIDIC en roumain/Introducere la cărțile FIDIC*, p. 2,

Articol disponibil pe <http://www.dr-hoek.de/FR/beitrag.asp?t=Introduction-FIDIC-Roumain>. - Consultat la 21.03.2013.

³ MEF, *Ghidul Beneficiarului pentru utilizarea Condițiilor Speciale de Contract*, p. 5

Material disponibil la http://www.inforegio.ro/user1/file/Ghidul%20beneficiarului_FIDIC.pdf – Consultat la 24.03.2013

⁴ *ibidem*, p. 6

⁵ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 424bis din 05.06.2008

⁶ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 344 din 22.05.2009

⁷ Pentru o critică detaliată a Ordinului din 2008 și a primei încercări de transpunere, a se vedea

Rațiu-Rațiu, *Studiu privind principiile de elaborare a lucrării în cadrul proiectului "Întocmirea contractelor de proiectare și de execuție lucrări de construcții"*, București, 2009, capitolul II, pp. 16-64

A doua încercare de transpunere are loc în 2010, prin H.G. 1405¹, hotărâre prin care s-a aprobat utilizarea condițiilor contractuale FIDIC Cartea Roșie și Cartea Galbenă, pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport de interes național, finanțate din fonduri publice. Toate unitățile din subordinea sau sub autoritatea Ministerului Transporturilor și Infrastructurii au obligația de a utiliza condițiile contractuale FIDIC (Roșu și Galben) la încheierea contractelor de lucrări pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport de interes național, finanțate din fonduri publice, atunci când valoarea estimată a contractului depășește pragul de 5.000.000 euro (fără TVA), prag stabilit de art. 124 lit. c) din O.U.G. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Prin ordinele 146², 1033³ și 1034⁴ din 2011, Ministrul transporturilor și infrastructurii a aprobat condițiile contractuale FIDIC Cartea Roșie și Cartea Galbenă pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii rutiere de transport de interes național, finanțate din fonduri publice, pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport cu metroul finanțate din fonduri publice și pentru obiective de investiții din domeniul infrastructurii de transport feroviar, finanțate din fonduri publice.

Se poate concluziona că nu există o reglementare generală cu privire la modul de aplicare a condițiilor generale FIDIC referitoare la proiecte finanțate din fonduri publice, ci numai reglementări specifice în domeniul infrastructurii de transport.⁵

De asemenea, pentru corelarea cu legislația din România, trebuie avute în vedere o serie de aspecte atunci când se redactează Condițiile Particulare la formele FIDIC, dintre care putem menționa cu titlu de exemplu, necesitatea unei corelări între sub-clauza 10.1 din condițiile generale FIDIC, cu privire la certificatul de recepție, și H.G. 273/1994, privind aprobarea Regulamentului de recepție a lucrărilor de construcții și instalațiilor aferente acestora. Sub-clauza 10.1 poartă o puternică amprentă anglo-saxonă⁶, conferind Inginerului (sau Beneficiarului) puterea de a elibera un certificat de recepție la momentul finalizării lucrărilor, fără implicarea vreunui reprezentant al autorităților publice, astfel contrazicând prevederile H.G. 273/1994⁷.

4. Avantajele condițiilor contractuale FIDIC

În ciuda neajunsurilor pe care condițiile, așa cum au fost transpuse, nu le puteau acoperi, trebuie menționat faptul că premisele inițiale au fost corecte. Ne alăturăm opiniei conform căreia adoptarea principiilor consacrate în condițiile contractuale FIDIC reprezintă o reală îmbunătățire a legislației naționale atât în domeniul accesării și utilizării fondurilor structurale și de coeziune, dar mai ales în domeniul legislației construcțiilor⁸.

Utilizarea imperativă a unei palete mai largi de lucrări care să cadă sub incidența acestor clauze contractuale ar duce la o practică unitară a autorităților contractante în relația cu antreprenorii. Domeniul de aplicare, în general, acela al lucrărilor de anvergură, ar trebui să forțeze autoritățile contractante să acorde o mai mare atenție antreprenorilor și investitorilor străini, care în majoritatea cazurilor, preferă și acceptă utilizarea formelor de contract tip FIDIC, ori a unor clauze consacrate ale acestora. Un argument în acest sens este faptul că mulți antreprenori și investitori străini le cunosc, dobândind de-a lungul vremii încredere în aceste instrumente contractuale folosite la nivel internațional.

¹ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 51 din 20.01.2011

² Publicat în Monitorul Oficial 188 din 17 martie 2011

³ Publicat în Monitorul Oficial 28 din 13 ianuarie 2012

⁴ Publicat în Monitorul Oficial 36 din 17 ianuarie 2012

⁵ O. Albota, *Contractele de tip FIDIC în România – aspecte practice*, în Bursa Construcțiilor, nr. 2, 2012, p.67

⁶ G.-S. Hók, *op. cit.*, p. 14

⁷ Publicat în Monitorul Oficial 193 din 28 iulie 1994

⁸ Rațiu-Rațiu, *op. cit.*, p. 65

Având în vedere complexitatea pe care contractele de lucrări o presupun, utilizarea unor forme standardizate de contract, care să fie cunoscute și acceptate de antreprenori și de beneficiari, ar contribui la diminuarea costurilor asociate pregătirii, negocierii și gestionării contractelor¹.

Putem conchide că principalul avantaj ar fi acela, așa cum a fost el enunțat și în doctrină, ” *alinierea la un sistem solid de practică la nivel internațional, bazat pe un ansamblu de reguli care au fost testate – prin interpretare și aplicare – în numeroase împrejurări, conducând la cristalizarea unui bogat fond de experiență, de incontestabilă utilitate pentru părțile unui contract cu un nivel ridicat de risc și complexitate, așa cum sunt achizițiile de lucrări de construcții.*”² Este absolut necesară o creștere a predictibilității acestor contracte, întrucât acest lucru va duce direct la creșterea atractivității proiectelor de acest gen pentru potențialii parteneri.

5. Concluzii

Contractele FIDIC s-au bucurat de succes și sunt utilizate pe o scară mare în întreaga lume, deoarece definesc un echilibru atent între drepturile și obligațiile ambelor părți, Beneficiar și Antreprenor. Se recomandă ca acest echilibru să nu fie înlăturat atunci când se redactează condițiile speciale pentru un anumit proiect.

Se recomandă ca transpunerea regulilor să fie făcută printr-o armonizare temeinică și atentă cu prevederile cadrului normativ în vigoare în România. Domeniul finanțelor publice și acela al achizițiilor publice, necesită o sincronizare cel puțin la nivel terminologic și de asemenea, eliminarea contradicțiilor și neconcordanțelor care au făcut ca primele încercări să fie impracticabile. OUG 34/2006 a trecut în ultimii ani prin mai multe modificări, niciuna însă de amploarea necesară pentru a valida condițiile contractuale FIDIC. În vederea unei omogenizări terminologice, legiuitorul va trebui să evite termenii improprie din dreptul anglo-saxon, și să elimine mecanismele specifice sistemului CommonLaw care sunt dificil sau imposibil de aplicat în sistemul nostru de drept.

Ne alăturăm opiniei exprimate în literatura de specialitate conform căreia o transpunere a condițiilor contractuale FIDIC, care ar deveni reguli negociabile obligatorii pentru ambele părți în procedura contractelor de achiziții publice de lucrări, ar contribui la o eficiență gestionare a resurselor publice³. Eforturile nu se vor mai comasa în activitatea de elaborare, negociere și administrare a acestor contracte, ci s-ar putea concentra asupra analizării și rezolvării situațiilor cu caracter particular care intervin în crearea și derularea relației contractuale și, în concret, asupra proiectului în desfășurare.

Transpunerea condițiilor contractuale FIDIC necesită, și merită un efort legislativ aparte, pentru că va contribui la evoluția, globalizarea și accelerarea adaptării condițiilor la sistemul de drept continental. În contextul unei internaționalizări accentuate a acestor relații contractuale, devine imperios necesară adaptarea legislației naționale la cerințele economiei mondiale.

Referințe bibliografice

- Rațiu-Rațiu, *Studiu privind principiile de elaborare a lucrării în cadrul proiectului ”Întocmirea contractelor de proiectare și de execuție lucrări de construcții”*, București, 2009
- G.-S. Hök, *Introduction aux Conditions FIDIC en roumain/Introducere la cărțile FIDIC*, 2007

Articol disponibil pe <http://www.dr-hoek.de/FR/beitrag.asp?t=Introduction-FIDIC-Roumain>.
- Consultat la 21.03.2013

¹ D. Charrett, *The Avoidance of Disputes by Contractors in Design and Construct Contracts*, în *International Construction Law Review*, Vol. 25 2008, pp. 430-433

Articol disponibil pe <http://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=169524> . - Consultat la 24.03.2013

² Rațiu-Rațiu, *op. cit.*, p. 87

³ Hök, Götz-Sebastian, *Relationship Between FIDIC Conditions and Public Procurement Law – Reliability of Tender Documents*, în *International Construction Law Review*, Vol. 26 2009, p. 51; Rațiu-Rațiu, *op. cit.*, p. 88

▪ G-S Hök, Götz-Sebastian, *Relationship Between FIDIC Conditions and Public Procurement Law – Reliability of Tender Documents*, în *International Construction Law Review*, Vol. 26 2009

▪ Nisja, Ola Ø., *The Engineer in International Construction: Agent? Mediator? Adjudicator?*, în *International Construction Law Review*, Vol. 21, 2004

Articol disponibil pe <http://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=130086> – Consultat la 24.03.2013

▪ O. Albota, *Contractele de tip FIDIC în România – aspecte practice*, în *Bursa Construcțiilor*, nr. 2, 2012

▪ D. Charrett, *The Avoidance of Disputes by Contractors in Design and Construct Contracts*, în *International Construction Law Review*, Vol. 25 2008

Articol disponibil pe <http://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=169524> . - Consultat la 24.03.2013

▪ J. Glover, *FIDIC: An Overview. The Latest Developments, Comparisons, Claims and Force Majeure*, Fenwick Elliott LLP, Cambridge, 2007

▪ Christopher Wade, *FIDIC introduces the DBO Form of contract – The New Gold Book*, *International Construction Law Review*, Vol. 25, 2008

▪ N. G. Bunni, *The FIDIC Forms of Contract*, 3rd Edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005

▪ Tilak P. Kolonne, “*Engineer*” in *FIDIC Red Book(s)*,

Articol disponibil pe <http://www.slqs-uae.org/slqs/Article33.pdf>. - Consultat la 24.03.2013

▪ C. R. Seppälä, *FIDIC’S New Standard Forms Of Contract – Force Majeure, Claims, Disputes And Other Clauses*, *International Construction Law Review*, Vol. 17, 2000,

Articol disponibil pe <http://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=129906>.- Consultat la 24.03.2013

Alte surse

▪ FIDIC, *The FIDIC Contracts Guide*, First Edition, 2000

Material disponibil la <http://www1.fidic.org/resources/contracts/describe/FC-AB-A-AA-0P.asp> - Consultat la 21.03.2013

▪ Ministerul Economiei și Finanțelor, *Ghidul Beneficiarului pentru utilizarea Condițiilor Speciale de Contract*,

Material disponibil la http://www.inforegio.ro/user1/file/Ghidul%20beneficiarului_FIDIC.pdf – Consultat la 24.03.2013

Acte normative

▪ Ordinul comun al miniștrilor Economiei și Finanțelor, Transporturilor, și Dezvoltării, nr. 915/465/415/2008

▪ H.G. 1405/2011

▪ H.G. 273/1994

▪ O.U.G. 34/2006

INTERNSHIP-UL – DEZIDERAT ȘI REALITATE

Lavinia LUNGU, Mihaela SAVA¹

Abstract

Căutate de către studenții din întreaga lume, internship-urile par a fi atuul oricărui CV, constituind astfel acea activitate profesională, ce poate face diferența pe o piață a muncii haotică, cu ramuri suprasaturate. Folosit din ce în ce mai mult de către tinerii și studenții ce își doresc independență, sistemul legal pare să ignore importanța acestui deschizător de carieră. Încercând să clarifice și să facă diferența între noțiunile de practică, voluntariat și internship, lucrarea țintește spre analizarea naturii contractului de internship, prezentând obligațiile și drepturile subiecților săi. O atenție deosebită este îndreptată și asupra lipsei de reglementare în materie, situație care lasă loc abuzurilor și încălcărilor de drept născând dezbateri privind corectitudinea internship-urilor neplătite, programe ce în cele din urmă pot chiar împiedica dezvoltarea profesională a internului.

Cuvinte cheie: *Internship, muncă, voluntariat, practică, intern.*

1. Introducere

Raportul de internship este unul din ce în ce mai vizibil pe piața muncii naționale, dar mai ales internaționale. El are o istorie de mai bine de 100 de ani, primul program fiind desfășurat în anul 1906 la Universitatea din Cincinnati². În România, noțiunea de internship a apărut relativ târziu, aproximativ după anul 2000, fiind observabilă în ultimii ani o creștere a notorietății acestora³.

Dacă la nivel internațional acest tip de programe a iscat numeroase controverse, la nivel național, nimeni nu a atras atenția cu privire la exploatarea pe care o pot ascunde aceste „oportunități pentru studenți/proaspăt absolvenți, datorată lipsei de reglementare. În plus, nici trăsăturile internship-ului nu sunt foarte bine delimitate, astfel încât anumiți angajatori îi dau un caracter civil, pe când alții folosesc reglementarea muncii pentru a încheia un contract de internship.

În acest context, prin acest studiu, dorim să deschidem o dezbatere asupra contractului de internship, dezbateri ce sperăm să nu aibă loc prea târziu. În doctrina română nu am putut determina niciun studiu efectuat pe această tematică, deși programele de internship sunt regăsite la nivelul tuturor marilor companii. Așadar, nevoia de reglementare devine din ce în ce mai stringentă, iar doctrina nu poate face abstracție de această realitate.

Lucrarea de față poate aduce un plus la clarificarea problemei la nivelul țării noastre prin analiza pe care o face asupra: caracteristicilor internship-ului, evoluției acestuia, raportului de internship și nu în ultimul rând, asupra caracterului plătit sau neplătit pe care acesta îl poate avea. În demersul nostru, vom folosi lucrări din sfera internațională, mai ales din SUA, unde problema internshi-urilor a fost mult dezbătută. În plus, vom analiza și situația legislației naționale la ora actuală, trasând liniile definitorii ale internship-ului prin raportare la stagiul de practică, la practică și la voluntariat. Pentru ca în final să atingem principalul scop al acestei lucrări – să facem propuneri de *lege ferenda*.

¹ Studentă, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu”, București; (lavinialungu11@yahoo.com), (savamonicamihaela@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect.univ.dr.Gabriel Uluitu (gabi_uluitu@yahoo.com).

²R. J. Weible, *Are universities reaping the available benefits internship programs offer?* Journal of Education Business, 2010, p. 59.

³Eurobarometrul, 2010, *Employers perception of graduate employability*.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

I. Conceptul de internship

1. Prezentare generală

Internship-ul este acea oportunitate a unui tânăr student/absolvent de a integra cunoștințele teoretice obținute în facultate într-un program practic în cadrul unei organizații. Internship-urile sunt asociate cu programele oferite de organizații în timpul vacanțelor universitare, precum și cu programele destinate absolvenților care intră pe piața muncii și urmăresc să dobândească experiență într-o anumită profesie. Raportul Milburn prezintă internship-urile drept „o treaptă pe scara succesului”, întrucât permit tinerilor să obțină experiență profesională într-un domeniu, și să fie responsabili pentru propria lor învățare și dezvoltare¹. Internship-ul are următoarele caracteristici: contribuie la dezvoltarea personală și profesională a studenților, este finalizat în general în timpul facultății sau înainte de terminarea acesteia, este organizat și planificat în așa fel încât internii să fie potriviți pentru departamentul în care vor lucra, include și o sesiune de mentorat prin care internii sunt învățați și supravegheați să își îndeplinească sarcinile, cât și o experiență practică care completează informațiile obținute în universitate².

Un intern este un tânăr implicat într-un program de internship. Acesta lucrează temporar pe o anumită poziție cu scopul de a se forma la locul de muncă, prin prestarea unei anumite activități. Observăm că se poate vorbi chiar de o suprapunere între raportul de ucenicie și cel de internship. Stagiarii sunt, de regulă studenți de colegiu sau de universitate, însă pot fi și elevi de liceu sau absolvenți în căutarea clădirii unei noi cariere.

Internship-ul oferă oportunități pentru studenții care vor să câștige experiență în domeniul lor de studiu, ajutându-i să-și creeze rețele de comunicare, sau chiar să urmeze anumite studii prin primirea unui credit pentru școală³. Stagiarii oferă angajatorilor forță de muncă ieftină sau gratuită pentru sarcini mai ușoare. În plus, aceștia pot fi angajați în compania în care au făcut internship-ul, având o bază practică pentru un eventual post.

În ceea ce privește remunerarea, un program de internship poate fi plătit sau neplătit, în funcție de politicile de implementare ale companiilor. Stagiile plătite sunt cel mai des întâlnite în medicină, arhitectură, știință, inginerie, drept, business și IT. Pe de cealaltă parte, internship-urile efectuate în cadrul organizațiilor non-profit, sau cu profil caritabil, sunt în general neplătite⁴.

2. Definiția Internship-ului

De-a lungul timpului, conceptul de internship, a fost definit în numeroase moduri, ce relevă perspective multiple (majoritar sociologice sau educaționale) asupra acestui tip de program. Consemnăm aici, definiția dată de Karlsson - *experiență de învățare/ educație ce include primirea unor credite academice pentru învățare, desfășurată în cadrul unui site/loc aprobat, sub supraveghere, pentru cel puțin 8 ore pe săptămână în cadrul unui semestru*⁵. Putem observa, că din perspectiva acestuia, programul de internship se suprapune celui de practică, organizat de universități. Astfel, această definiție restrânge mult sfera de incidență a internship-ului, numai la nivelul universitar, pierzând din vedere internship-urile organizate de companii, adresate absolvenților. Acestea formează de fapt, cel puțin la nivelul țării noastre, cea mai mare parte a internship-urilor organizate.

¹ T. Richmond, 2010, *Internship to pay or not to pay?*, Chartered Institute of Personnel and Development, disponibil <http://www.cipd.co.uk/publicpolicy/internships-to-pay-or-not-pay0610> [Accesat la 20.02.2013] p. 7.

² Ohio State University, <http://polisci.osu.edu/ugrads/internship.pdf>, accesat la 11.02.2013.

³ L. Karlsson, *Academic quality in internships: field supervisors' account of the value of theory in practice*, Journal of Cooperative Education & Internships, 2010, p. 33.

⁴ T. Richmond, 2010, *Internship to pay or not to pay?*, Chartered Institute of Personnel and Development, disponibil <http://www.cipd.co.uk/publicpolicy/internships-to-pay-or-not-pay0610> [Accesat la 20.02.2013].

⁵ H. Frederick Sweitzer, Mary A. King, *The Successful Internship: Personal, Professional, and Civic Development*, Publisher Cengage Learning, 2009. p. 7.

O altă definiție a internship-ului relevă scopul acestuia - *șansă de învățare despre relevanța publică și obligațiile sociale ale unui profesii și despre cum aceste obligații sunt asumate în cadrul companiei de internship*¹. Astfel, internshipul este de fapt, o formă intensivă de ucenicie, prin care internul poate inclusiv să analizeze în ce măsură i se potrivește o anumită meserie luând contact direct cu implicațiile acesteia. Prin urmarea unui asemenea program, internul poate vedea în ce măsură are vocație pentru o anumită profesie sau chiar își poate dezvolta vocația preexistentă.

La nivel european, internship-ul a fost definit în cadrul programului desfășurat cu sprijinul Uniunii Europene, *Internship2Industry*², conform căruia *internship-ul este experiența de muncă dobândită în străinătate*. Această definiție pune în lumină o altă caracteristică a programelor de internship, aceea de a putea fi desfășurate și în afara propriului stat. Astfel, un avantaj net al acestor programe organizate la nivel european o reprezintă posibilitatea perfecționării într-un anumit domeniu pe teritoriului unui alt stat membru. Un asemenea tip de experiență se poate dovedi a fi foarte benefic pentru intern, care poate interioriza anumite cunoștințe noi, la care nu avea acces în statul de origine.

Cartea Europeană a Calității Internship-ului și Uceniciei³, elaborată de către organizația non-guvernamentală *Quality Internships*, la inițiativa Forumului European al Tineretului, își propune să stabilească principiile și standardele calitative aplicabile internship-urilor. Îmbinând prevederile articolelor 1 și 2 ale Cartei, putem obține o definiție *lato sensu* a ceea ce ar trebui să însemne un internship - *activitate educațional-profesională, desfășurată de către elevi, studenți sau masteranzi, sub îndrumarea unui supraveghetor, cu respectarea regulilor de protecție a muncii, având ca scop dobândirea de experiență profesională recunoscută și abilități practice*. Conform recomandărilor Cartei, internship-urile pentru persoane care nu mai desfășoară o activitate de învățământ, nu ar trebui să existe. Așadar, programele de internship au apărut din nevoia de a putea aprofunda/completa cunoștințele teoretice și de a forma tinerii pentru o eventuală meserie prin contactul cu practica.

În acest fel, internship-ul a devenit una dintre cele mai utilizate practici de inițiere pe piața muncii. Termenul desemnează posibilitatea absolvenților de a învăța ghidați de profesioniști, în locuri specifice de desfășurare a activității lor.

La nivelul României, conceptul de internship a apărut și s-a dezvoltat odată cu cel de companie multinațională, fiind inițial utilizat în locul bine-definitului stagiu de practică efectuat de studenți/masteranzi în vederea finalizării studiilor. Pe parcurs, semnificația termenului s-a extins, iar astăzi el descrie *activitatea prestată de absolvenții de studii superioare (tinerii care și-au încheiat studiile, fără experiență pe piața muncii), în baza unui contract de muncă*⁴. Această perspectivă este, în opinia noastră periculoasă, deoarece poate da naștere unor confuzii și întrepătrunderi cu instituții din dreptul muncii, în dreptul civil, precum cea de răspundere profesională. Așadar, și la nivelul statului nostru, programul de internship a fost implementat în mod greșit, dând naștere la abuzuri în practică, prin axarea numai pe munca prestată de interni. În acest mod, uneori se pierde din vedere chiar scopul acestui de tip de program – acela de formare/perfecționare profesională.

Prin expunerea definițiilor de mai sus, atragem atenția că nu se poate formula o definiție standard pentru termenul de internship. Din punct de vedere legal, cum încercările de sistematizare în materie încă eșuează, ea este practic inexistentă. Perspectiva potrivită este cea a unui concept maleabil⁵.

¹ H. Frederick Swietzer, Mary A. King, *op. cit.*, p. 8.

² *General Information about Internships. What is an internship?* Disponibil la <http://www.internship2industry.eu/trainees/eng/1-before-the-internship/1.1/>, accesat la 1.03.2013.

³ *European Quality Charter on Internships and Apprenticeships*, European Youth Forum, 2007, disponibilă la <http://qualityinternships.eu/>, accesat la 21.01.2013.

⁴ Angelica Ene, *Ce se ascunde în spatele termenului de internship?*, Revista Cariere, 2012, disponibil la <http://www.cariereonline.ro/articol/ce-se-ascunde-spatele-termenului-internship>, accesat la 21.01.2013.

⁵ Tom Richmond, *Internships: to pay or not to pay?*, Policy analysis and recommendations, June 2010, Chartered Institute for Personnel and Development.

În opinia noastră, conceptul de internship ar trebui să fie limitat doar la acele activități profesionale educative adiționale în care, internul este antrenat din propria voință și care nu sunt desfășurate în cadrul unui program de învățământ sau intermediare de către o unitate de învățământ, precum acele așa numite side-internship-uri. Mai mult, acest program îl vedem ca fiind definit drept acea activitate desfășurată de tinerii studenți/absolvenți, implementate de anumite organizații/companii la nivel național/european/internațional cu scopul de a interioriza anumite cunoștințe practice de către interni și implicit de a forma noi profesioniști în anumite domenii.

II. Caracteristicile și clasificarea internship-urilor

Conform studiului¹ desfășurat de către Internocracy și Institutul pentru Cercetarea Politicilor Publice din Regatul Unit, internshipurile au în comun următoarele caracteristici:

1. Durata – un internship, de regulă, durează între 3 luni (cel puțin) și un an. În cazuri mai rare, există și internshipuri mai scurte, doar de câteva săptămâni.

2. Timpul dedicat – internii pot avea un program part-time, (de maxim 6 ore pe zi), precum și unul full-time (cu normă întreagă), asemenea angajaților companiei de internship.

3. Fișa de internship – internii trebuie să îndeplinească sarcini specifice, având obiective și termene de respectat. În general, internii operează cu sarcini de bază, ce urmează să fie verificate și dezvoltate de către angajații companiei. Internii pot fi monitorizați și evaluați conform competențelor lor. Internii participă la ședințe și întâlniri interne și externe, sunt implicați în proiecte de dezvoltare sau evaluare, produc rapoarte și pot culege informații pentru angajații companiei.

4. Contribuția – atunci când internii fac munca, ce în lipsa lor, ar fi fost realizată de către un angajat, ușurându-i acestuia îndatoririle atât din punct de vedere cantitativ, cât și temporal, contribuția lor nu poate fi pusă la îndoială.

În funcție de aceste caracteristici, precum și în funcție de alte determinante propunem următoarea clasificare a internship-urilor:

a) După cum internship-ul este remunerat sau nu, există: internship-uri plătite și internship-uri neplătite

b) După intervalul de timp petrecut în cadrul programului de internship, diferențiem între internship-uri: scurte, medii și lungi.

c) După programul internului sunt internship-uri: cu normă întreagă și cu normă redusă.

d) În funcție de calitatea internului de elev/student sau nu, putem delimita: internship-uri efectuate în timpul studiilor și internship-uri post educaționale. În cazul celor efectuate în timpul studiilor se delimitează categoria aparte a side-internship-urilor, în care internship-ul nu este necesar ca parte a educației un intern. 26% din internship-uri sunt cuantificate ca făcând parte din sistemul academic. Pe de cealaltă parte, conform studiului *Interns Revealed*², internship-uri post educaționale reprezintă cea mai mare categorie a internship-urilor, 32% dintre cei intervievați, urmând un program de internship după finalizarea studiilor..

III. Distincția internship - practică, stagiul de pregătire, voluntariat, traineeship

Internship-ul nu beneficiază de o reglementare expresă sau de o definiție precisă. În această situație, vom încerca să punem în lumină principalele caracteristici ale internship-ului prin compararea cu alte rapoarte, cu care este deseori confundat, sau cu care se aseamănă.

Stabilirea unei linii separatorii între internship, stagiul de practică, practică și voluntariat, este hotărâtoare în ceea ce privește delimitarea internship-ului pe piața muncii. Trebuie să menționăm că toate programele pe care le vom analiza în cele ce urmează, au în comun modalitatea de efectuare a

¹ Kate Lawton from the Institute for Public Policy Research, and Dom Potter from Internocracy, *Why Interns Need a Fair Wage*, July 2010.

² Inger Drynes, *Interns Revealed: A survey on quality internship in Europe*, European Youth Forum, Belgium, 2011.

activităților, ele presupunând îmbinarea studiului cu practica, însă diferențele sunt numeroase vizând în principal: durata, părțile raportului juridic, contractul ce stă la baza acestui raport, caracterul gratuit/oneros al contractului și nu în ultimul rând locul unde se desfășoară.

Având în vedere că am analizat trăsăturile definerii ale internship-ului la secțiunea anterioară, în cele ce urmează vom caracteriza stagiul de practică, practica, voluntariatul (și nu în ultimul rând traineeship-ul).

1. Stagiul de practică

Stagiul de practică, apare definit de Ordinul nr. 3955 din 9 mai 2008 al Ministerului Educației¹ ca fiind acea *activitate desfășurată de studenți și masteranzi, în conformitate cu planul de învățământ, care are drept scop verificarea aplicabilității cunoștințelor teoretice însușite de aceștia în cadrul programului de instruire.*

În vederea executării stagiului de practică sunt angrenate cinci părți: practicantul (studentul sau masterandul care desfășoară activități practice în vederea consolidării cunoștințelor teoretice și formării abilităților practice necesare specializării pentru care se pregătește), organizatorul de practică (instituția de învățământ superior care desfășoară activități instructiv-educative), partenerul de practică (instituția din România sau din altă țară participantă la programul „Învățare pe tot parcursul vieții”, într-un proiect finanțat din Fondul Social European sau dintr-o țară terță, ce desfășoară o activitate în corelație cu specializările cuprinse în nomenclatorul Ministerului Educației, Cercetării și Tineretului și care poate participa la procesul de instruire practică a studenților și masteranzilor), cadrul didactic supervisor (persoana desemnată de organizatorul de practică, care va asigura planificarea, organizarea și supravegherea desfășurării stagiului de practică) și tutorele (persoana desemnată de partenerul de practică, care va asigura respectarea condițiilor de pregătire și dobândire de către practicant a competențelor profesionale planificate pentru perioada stagiului de practică).

Prealabil efectuării stagiului de practică, între organizatorul de practică, partenerul de practică și practicant se încheie un acord pe baza Convenției-cadru, cu un conținut standardizat prevăzut de Ordinul nr. 3955 din 9 mai 2008. Prin acest act, în sarcina părților, se nasc numeroase drepturi, dar mai ales obligații, ce au drept finalitate perfecționarea practicantului în condiții optime.

Așadar, contractul de față are trei părți, pe când raportul de internship doar două. Ordinul de față prezintă o incoerență în ceea ce privește posibilitatea remunerării/remunerării stagiului, precizând în art. 4 că stagiul poate să se efectueze în cadrul unui contract de muncă, sau nu, sau în cadrul unui proiect finanțat prin Fondul Social European. Astfel, din lege se deduce că baza raportului juridic ce se naște în vederea efectuării unui stagiul de practică nu o constituie neapărat Convenția-cadru, ci pe lângă aceasta poate fi încheiat și un contract de muncă având aceeași finalitate. Acest ordin nu menționează însă situațiile care determină încheierea unui contract de muncă, lăsând astfel loc abuzurilor. Totuși, în cazul în care practicantul are statut de angajat, va putea pretinde un salariu din partea partenerului de practică, perioada stagiului putând fi considerată vechime în muncă [art. 4, alin. (3)]. Chiar dacă între practicant și partenerul de practică nu a fost încheiat un contract de muncă, acesta din urmă va putea totuși să acorde practicantului o indemnizație de gratificare, o primă sau avantaje în natură [art. 4, alin. (4)].

Analizând definiția stagiului de practică și a convenției-cadru specifice, putem observa că elementele definerii ale stagiului de practică sunt: încheierea unui convenții-cadru în baza căreia este efectuat acest program, lipsa remunerării acestuia (în lipsa dublării convenției-cadru de un contract de muncă), intermedierea realizată de instituția educațională între practicant și partenerul de practică, includerea acestui program în activitatea educațională universitară prin acordarea unui

¹ ORDIN Nr. 3955 din 9 mai 2008 privind aprobarea Cadrelor generale de organizare a stagiilor de practică în cadrul programelor de studii universitare de licență și de masterat și a Convenției-cadru privind efectuarea stagiului de practică în cadrul programelor de studii universitare de licență sau masterat, emis de MINISTERUL EDUCAȚIEI, CERCETĂRII ȘI TINERETULUI; publicat în M. Of. nr. 440/12.06.2008.

număr de credite aferent¹, durata limitată a stagiului (minim o săptămână și maxim 12 luni), posibilitatea efectuării stagiului în străinătate², și nu în ultimul rând, elaborarea unui portofoliu de practică ce concentrează scopul efectuării stagiului.

În ceea ce privește, caracteristicile comune stagiului de practică și internship-ului menționăm aici: posibilitatea încheierii unui contract de muncă, scopul programului (de a dubla cunoștințele teoretice de unele practice), și posibilitatea remunerării/neremunerării programului.

Pe de cealaltă parte, stagiul de practică se diferențiază de programul de internship prin: sursa raportului (una standardizată: convenția-cadru, dublată uneori de un contract de muncă), părțile raportului (trei părți), caracterul educațional al activității (cu toate implicațiile ce decurg din aceasta), durata foarte mica pe care poate să o aibă (chiar și o săptămână) și nu în ultimul rând rolul de evaluare pe care îl are acesta.

2. Practica

Între programul de practică și stagiul de practică există un număr infim de diferențe, cele două programe deosebindu-se în principal prin posibilitatea efectuării practicii și de către elevi și prin părțile raportului juridic (în cazul practicii părți sunt numai organizatorul și partenerul de practică, practicantul fiind un terț la acest acord). Pe lângă cele menționate mai sus în cazul caracterizării stagiului de practică, trebuie să mai menționăm că cele două programe își găsesc sediul materiei în reglementări diferite, care însă au un conținut similar. Totuși, în cazul practicii, legea a fost mai precisă în ceea ce privește posibilitatea angajării practicantului. Astfel, conform art. 21 din Legea nr. 258/2007 privind practica elevilor și studenților³, pe perioada de practică, partenerul de practică îl poate angaja pe practicant, conform legislației în vigoare, pe baza unui contract de muncă pe durată determinată, prin negocierea remunerației. În plus, unitățile și instituțiile de învățământ trebuie să aloce partenerului de practică o sumă aferentă activității de practică pentru fiecare elev sau student pe bază de contract.

Astfel, pe lângă caracteristicile enunțate anterior la stagiul de practică menționăm în cazul practicii posibilitatea încadrării elevilor într-un asemenea program, numărul de părți al contractului (două) și obligația organizatorului de practică de a plăti o anumită sumă pentru fiecare student/elev partenerului de practică. Având în vedere toate acestea, practica are în comun cu programul de internship aceleași aspecte ca și stagiul de practică și în plus, numărul părților în cazul contractului de bază. În schimb, se deosebește de internship prin: subiectele căruia i se adresează (inclusiv elevi) și prin obligația organizatorului de practică de a-l plăti pe partenerul de practică ce se ocupă de acest tip de program.

3. Voluntariatul

Conform legii voluntariatului⁴, voluntariatul *este o activitate de interes public desfășurată din proprie inițiativă de orice persoană fizică, în folosul altora, fără a primi o contraprestație materială* [art.2, lit. a)]. Elementele caracteristice ale acestui tip de raport sunt: activitatea de interes public⁵ cu

¹ Acestea sunt specificate în Convenția-cadru privind efectuarea stagiului de practică. Ele vor fi înscrise și în Suplimentul la diplomă, potrivit Deciziei 2.241/2004/CE a Parlamentului European și a Consiliului (Europass).

² În cadrul programului comunitar *Învățare pe tot parcursul vieții*, în conformitate cu Decizia 1720/2006/CE a Parlamentului European și a Consiliului.

³ Legea nr. 258 din 19 iulie 2007, privind practica elevilor și studenților, publicată în M.Of. nr. 493/24.07.2007.

⁴ Legea nr. 195 din 2001, cu modificările ulterioare, actualizată și republicată în M.Of. nr. 276/25.04.2007, în temeiul art. II din Legea nr. 339/2006 pentru modificarea și completarea Legii voluntariatului nr. 195/2001.

⁵ Sunt activități de interes public: activitatea de interes public este activitatea desfășurată în domenii cum sunt: asistența și serviciile sociale, protecția drepturilor omului, medico-sanitar, cultural, artistic, educativ, de învățământ, științific, umanitar, religios, filantropic, sportiv, de protecție a mediului, social și comunitar și altele asemenea (art.2, lit.b)

caracter gratuit, desfășurată de o organizație fără scop patrimonial, în baza unui contract de voluntariat¹ între voluntar și organizația gazdă.

Putem observa că voluntariatul se aseamănă cu internship-ul numai prin prisma subiectelor cărui i se adresează (și studenți), însă voluntariatul are o sferă mult mai largă în acest sens. Acest tip de program se deosebește de internship, în primul rând prin caracterul exclusiv gratuit, al activității întreprinse, prin contractul ce creează raportul de voluntariat și implicit prin părțile lui. Dacă deseori contractul ce stă la baza efectuării internship-ului este cu titlu oneros, contractul de voluntariat exclude în mod expres un asemenea specific, art. 5, alin. (1) interzicând încheierea unei asemenea convenții în scopul evitării încheierii unui contract de muncă, a unui contract de prestări servicii, ori a altui contract cu titlu oneros. În plus, aceste contracte vor fi lovite de nulitate absolută, fiind lipsite de efecte juridice [art. 5, alin. (2)]. Precizăm inserarea unei asemenea precizări ar fi bine-venită și în cazul unei posibile reglementări a internship-urilor, eliminând o parte din abuzurile ce se pot naște prin încheierea unui asemenea contract.

4. Traineeship-ul

Acest tip de program, la fel ca internship-ul nu beneficiază de o prevedere legală expresă, însă pot fi identificate cu ușurință trăsăturile definitorii ale acestora. Traineeship-ul este un program prin care un student/absolvent învață mai multe lucruri despre o anumită companie. El nu are un scop educațional, ci unul de angajare. În general, acest tip de program se adresează persoanelor care vor să urmeze o carieră într-o anumită companie vizată.

Programele de traineeship au fost dezvoltate pentru a ajuta companiile să depisteze și să dezvolte viitorii angajați, dar și pentru a le oferi tinerilor o oportunitate de a începe o carieră într-un anumit domeniu. Cele mai multe programe de traineeship sunt oferite de companii multinaționale, un mare avantaj al acestor programe fiind acela că ele oferă candidaților posibilitatea de a lucra în cadrul companiei atât în țară, cât și în străinătate. De regulă, aceste programe sunt urmate de angajarea persoanei implicate, ele având o durată lungă și fiind plătite.

Dacă în cazul internship-ului tinerii speră să își dubleze cunoștințele teoretice cu o experiență practică, în cazul traineeship-ului, scopul este de a cunoaște mai bine o anumită companie. În plus, în cazul traineeship-ului se poate vorbi de un grad mai ridicat de responsabilitate și implicit de o remunerare mai substanțială (neexistând pe piața traineeship-urilor neplătite). Menționăm că rațiunea ce stă în spatele programelor de traineeship de către marile companii de pe piață este diferită de cea care determină implementarea programelor de internship, în cazul primelor programe fiind vorba despre creșterea notorietății pe piața muncii și cooptarea celor mai buni absolvenți în vederea integrării lor în companie.

Astfel, putem identifica numeroase puncte comune între cele două programe cum ar fi: persoanele cărora li se adresează (studenți/absolvenți), nivelul de pregătire al acestora (entry-level) și nu în ultimul rând, scopul (de a se angaja într-un anumit domeniu). Totuși, diferențele sunt numeroase. Amintim aici: caracterul pecuniar al raportului de traineeship (internship-urile de cele mai multe ori sunt neplătite), gradul de angajabilitate între cele două părți ale raportului și scopul final al programului (angajarea).

IV. Contractul de internship

1. Noțiune și caractere juridice

Contractul de internship este acel contract prin care o persoană numită intern desfășoară o activitate educațional-profesională, sub îndrumarea și supravegherea partenerului de internship.

¹ Contractul de voluntariat este o convenție cu titlu gratuit, încheiată între o persoană fizică, denumită voluntar, și o persoană juridică, denumită organizație gazdă, în temeiul căreia prima persoană se obligă față de a doua să presteze o activitate de interes public fără a obține o contraprestație materială (art.2, lit. d).

În primul rând contractul de internship este un contract nenumit. Conform art. 1168, privind regulile aplicabile contractelor nenumite, „Contractelor nereglementate de lege li se aplică prevederile prezentului capitol (Contractul), iar dacă acestea nu sunt îndestulătoare, regulile speciale privitoare la contractul cu care se aseamănă cel mai mult.”

Internship-ul are caracter consensual, rezultând că *ad validitatem*, contractul se încheie prin simplul acord de voință al părților. Cu titlu de excepție, atunci când internul nu a împlinit încă 18 ani și nu are capacitate deplină de a contracta, considerăm că acordul scris al părinților sau tutorelui minorului este necesar. *Ad probationem*, opinăm că forma scrisă este deziderabilă, mai ales din rațiunea protejării internului, ca parte lipsită de experiență în contract. Părerea noastră este împărțită și în practică, 75% dintre interni având un contract scris cu partenerul de internship.

Internship-ul este un contract bilateral sau sinalagmatic. Între părțile contractante se nasc obligații reciproce, mai exact internul are obligația de a se prezenta în limitele programului stabilit la sediul companiei de internship și de a îndeplini sarcinile ce îi sunt oferite, în timp ce organizația gazdă are îndatorirea de a asigura cadrul necesar desfășurării acestor activități educațional-profesionale, mai ales prin desemnarea unor traineri care să se ghideze și să verifice prestațiile internilor. Se observă că obligațiile astfel prezentate sunt și interdependente, părțile fiind deopotrivă creditori și debitori ai obligațiilor asumate.

Apreciem că, la nivel ideal, internship-ul este un contract gratuit. Niciuna dintre părți nu urmărește un interes patrimonial. Din punctul de vedere al internului, internship-ul este o investiție în capitalul său uman ca sumă a cunoștințelor și formării sale profesionale, un „sacrificiu prezent de venit cu perspective viitoare de câștig¹.” Investiția în instruire, conform doctrinei, „procură utilitate numai pentru viitor, implicând o lipsă de utilitate în perioada curentă”². Mai mult, din perspectiva organizației gazdă, internship-ul poate constitui chiar o liberalitate, patrimoniul acesteia fiind micșorat prin necesitatea remunerării trainerilor sau prin punerea la dispoziția internului a unor resurse operaționale (calculatoare, consumabile, etc.) Compania de internship ar putea urmări tot beneficii viitoare, din perspectiva angajării internului la sfârșitul perioadei de internship.

Realitatea pare însă a se distanța de acest deziderat, subiectele de drept fiind tot mai mult îndreptate spre obținerea de avantaje patrimoniale imediate. Sunt foarte puțini interni care își permit să presteze activități neplătite, iar majoritatea companiilor urmăresc obținerea de profit și maximizarea productivității personalului angajat, nu pierderea de timp și resurse cu instruirea unor persoane care, cel puțin la început nu oferă nicio garanție a valorii lor. Din aceste considerente, internship-ul ajunge să devină un contract oneros, în care ambele părți urmăresc avantaje patrimoniale.

Internship-ul este un contract comutativ, ambele părți cunoscând existența și întinderea obligațiilor reciproce pe care și le asumă în momentul încheierii contractului. În acest sens, subliniem faptul că printre obligațiile companiei de internship se numără și aceea de a prezenta internului îndatoririle sale, la începutul programului de internship.

2. Părțile contractului de internship

Contractul de internship se încheie între intern și partenerul de internship. Convenția este valabilă doar dacă ambele părți au capacitate de exercițiu deplină la momentul contractării, mai exact dețin aptitudinea de a deveni titular de drepturi și obligații civile în cadrul actelor juridice.

Internul este întotdeauna o persoană fizică, elev, student sau proaspăt absolvent. Minorii între 14 și 18 ani vor putea contracta doar după obținerea încuviințării ocrotitorilor legali și a autorității tutelare. Un demers în favoarea stabilirii unui prag maxim, în jurul vârstei de 30 de ani, nu ar fi lipsit de motivație, mai ales din prisma rațiunii de existență a contractului de intership, și anume sprijinirea tinerilor și proaspăt-absolvenților fără experiență, pentru integrarea ulterioară în mod facil pe piața muncii.

¹ Elvira Nica, *Gestiunea Resurselor Umane*, Ed. Economică, București, 2011, p. 20.

² Elvira Nica, *op. cit.*, p. 25.

În ceea ce privește partenerul de internship, așa cum relevă studiul *Interns Revealed*, internship-urile se desfășoară: în cadrul companiilor private orientate spre profit (27%), în cadrul organizațiilor non-guvernamentale (25%), în cadrul autorităților publice (22%), în cadrul organizațiilor interguvernamentale (21%). Considerăm că poate fi partener de internship orice entitate care îndeplinește condițiile unui angajator, ca parte în contractul individual de muncă. Exceptăm totuși din această soluție persoana fizică autorizată, deoarece aceasta ar putea asigura cu greu cadrul de desfășurare al activităților educațional-profesionale specifice.

Părțile sunt datoare a exprima consimțământul lor valabil, expres și nemijlocit la încheierea contractului. Considerăm că instituirea unei obligații de negociere aprofundată a contractului ar putea diminua acel sensibil dezechilibru ce se remarcă în poziția părților. Negocierea și executarea contractului trebuie să fie dominate de principiul bunei-credințe.

Părțile trebuie să specifice expres: durata, remunerația, descrierea obiectivelor de învățare din cadrul internship-ului. Durata unui program de internship ar trebui să se limiteze la o perioadă de maxim 1 an, tot ceea ce depășește această marjă reprezentând o indisponibilizare nejustificată a forței de muncă și tinde spre deghizarea unui contract de muncă, cu scopul de eludare a legii și de a obține beneficii nejustificate prin munca mai slab-plătită sau chiar neplătită depusă de către intern.

3. Obiectul și cauza contractului de internship

Potrivit articolului 1.225 C.civ., „Obiectul contractului îl reprezintă operațiunea juridică [...] convenită de părți, astfel cum reiese din ansamblul drepturilor și obligațiilor contractuale”.

Din analiza definiției prezentată anterior rezultă că obiectul contractul de internship îl constituie activitatea educațional-profesională. Pentru a ilustra mai bine acest concept îl vom echivala cu sintagma de muncă experimentală. Mai exact, internii vor fi însărcinați cu rezolvarea unor probleme și îndeplinirea unor obiective cât mai asemănătoare cu cele îndeplinite de către angajații companiei de internship. Internii pot primi spre studiu, rezolvare și aprofundare sarcini de lucru îndeplinite în trecutul companiei sau care sunt în desfășurare de către angajați, acestea urmând să fie folosite ca model de comparație. Toate aceste activități se vor desfășura sub supravegherea unui coordonator, care va verifica și va nota performanțele internilor. Internii își vor dezvolta capacitățile și aptitudinile prin aplicarea lor experimentală la situații practice și reale, lipsite de gradul ridicat de abstractizare al activităților educaționale clasice. Punerea la dispoziție a acestui cadru de muncă experimentală este obligația principală a companiei de internship.

Ieșim din sfera contractului de internship gratuit și intrăm în cea a contractului oneros, odată cu transformarea activității educațional-profesionale, în activitate lucrativă. Atunci când activitățile întreprinse de interni sunt folosite în mod efectiv de către partenerul de internship în operațiunile sale, chiar și în scopul ușurării sau completării muncii angajaților obișnuiți, internul devine muncitor care prestează muncă în favoarea celeilalte părți. Cum activitatea lucrativă poate fi definită ca orice activitate desfășurată de către o persoană în scopul obținerii de venit, dacă internii ajung sa o presteze, atunci ei sunt îndreptățiți să își urmărească interesele patrimoniale și să fie remunerați. Remunerația nu va fi în niciun caz sub linia europeană de sărăcie de 60% din venitul mediu sau salariul minim pe economie.

Cauza licită și morală se numără printre condițiile esențiale ale încheierii valabile a unui contract. În consecință, dacă compania de internship încheie un contract cu viitorul intern în scopul obținerii de prestare de muncă neplătită, urmărind nu activitatea educațională, ci exploatarea acestuia, cauza contractului nu este licită și cu atât mai puțin morală. În consecință, contractul va fi lovit de nulitate absolută, internul putând obține daune pentru eventualele prejudiciile suferite.

4. Conținutul contractului de internship

Conținutul contractului de internship este alcătuit din totalitatea drepturilor și obligațiilor asumate de către părți. În cele ce urmează vom face referire cu precădere la obligațiile părților, considerând acest demers un bun edificator pentru a prezenta contractul de internship.

a) Obligațiile și drepturile partenerului de internship:

• Partenerul de internship va asigura publicitatea și transparența ofertelor sale de internship ce vor include o expunere detaliată a fișei de internship;

• Partenerul de internship trebuie să întocmească contractul de internship în 2 exemplare scrise, *ad probationem*;

• Partenerul de internship se va limita la un număr strict de interni prin stabilirea unui prag, de exemplu ,4 interni per formator;

• Compania de internship trebuie să îi specifice internului, la începutul programului, cerințele și întinderea lor din cadrul obiectivele specifice de învățare;

• Activitatea internului trebuie să se desfășoare sub atenta îndrumare a unui supraveghetor, de preferință pregătit în special pentru acest rol;

• Activitatea internului trebuie evaluată periodic pentru a monitoriza progresul acestuia și calitatea internship-ului;

• Partenerul de internship trebuie să asigure confidențialitatea datelor personale ale internului.

b) Obligațiile și drepturile internilor:

• Internii au obligația de a respecta programul și cerințele partenerului de internship;

• Internii au obligația de a respecta regulile de protecție a muncii ce se aplică în locul de desfășurare al programului de internship;

• Internii au obligația de fidelitate față de organizația de internship;

• Internii trebuie să fie informați, la începutul programului de internship, despre drepturile lor sociale și de muncă, sindicate în sectorul de interes, responsabilitățile lor în organizație, orice posibil risc de muncă cu privire la sănătatea sau siguranța lor

• Internii trebuie să beneficieze de protecție socială relevantă, precum incluziunea în sistemul de asigurare de sănătate;

• Internii au dreptul la repaus zilnic și săptămânal, precum și la concediu de odihnă;

• Internii trebuie să aibă posibilitatea de a se plânde juridic în legătură cu situația lor în cadrul internship-ului;

• Internii au dreptul să primească o sumă de bani care să acopere măcar costurile normale de întreținere sau să obțină bunuri în natură (mâncare, găzduire, gratuitate la transport), pe timpul internship-ului;

• Internii trebuie să fie plătiți pentru munca prestată adițional față de stipulațiile contractului de internship.

5. Încetarea contractului de internship

În conformitate cu legislația civilă în vigoare, mai precis art. 1.321 C.civ., apreciem că încetarea contractului de internship poate opera în următoarele cazuri:

a) Expirarea termenului – încheierea perioadei pe durata căreia a fost încheiat contractul;

b) Acordul de voință al părților – atât internul cât și partenerul de internship își manifestă dorința de încetare a contractului, înainte de termenul stabilit convențional;

c) Denunțarea unilaterală – atunci când una dintre părți nu își îndeplinește obligațiile sau și le îndeplinește culpabil, cealaltă parte este îndreptățită să ceară încetarea contractului. Raportul de internship fiind unul *intuitu personae*, atât în privința internului, cât și în privința partenerului, apreciem că denunțarea unilaterală poate opera și în cazul în care aptitudinile și calitățile avute în vedere la încheierea contractului nu mai corespund cu cele prezente. În acest caz părțile trebuie să aducă argumente solide, mai ales organizația de internship, pentru a nu se da posibilitatea încetării abuzive a contractului;

d) Imposibilitatea fortuită de executare – intervenția unor cauze insurmontabile, care fac imposibilă executarea prestațiilor stabilite prin contract, spre exemplu, sediul partenerului de internship, unde se desfășura internship-ul este distrus de către un cutremur.

6. Contractul de internship ca izvor al raportului de prepușenie

În cele din urmă, lansăm teoria conform căreia, contractul de internship este izvor al raportului de prepușenie. Reglementat în art. 1.373¹ C.civ., raportul „rezultă din asocierea în vederea desfășurării unei activități sub îndrumarea, direcția și controlul altei persoane”². Raportul de prepușenie este definit ca ”un raport de subordonare dintre prepus și comitent, în cadrul căruia comitentul a încredințat o funcție prepusului, funcție pe care acesta din urmă a acceptat să o primească”³. Subordonarea, această dependență funcțională a prepusului față de comitent⁴, este definitorie pentru raportul de prepușenie. Astfel, comitentul este îndreptățit să dea instrucțiuni, să direcționeze, îndrume și controleze activitatea prepusului, care are obligația de a urma îndrumările și directivele primite.

Este ușor vizibil, că atât la nivel conceptual, cât și la nivel practic, internul poate intra în rolul prepusului, iar partenerul de internship, în cel al comitentului. Odată cu semnarea contractului de internship, poziția de egalitate a părților se schimbă, partenerul de internship obținând putere și autoritate asupra internului, care trebuie să se lase ghidat și să urmeze instrucțiunile primite de la supraveghetor.

Drept consecință, pentru fapte cauzatoare de prejudicii, realizate de către intern, în timpul programului de internship, se poate atrage răspunderea civilă delictuală indirectă a partenerului de internship, dacă se dovedește că în fapt, acesta „direcționa efectiv activitatea prepusului”⁵ - intern și dacă sunt întrunite cumulativ celelalte condiții ale răspunderii comitentului pentru fapta prepusului.

V. Remunerat sau neremunerat?

1. Probleme privind internship-urile

În jurul internship-urilor planează numeroase controverse. Acestea se manifestă în legătură cu accesul într-un post de internship, selecția, mobilitatea, protecția și angajabilitatea candidaților. Nu în ultimul rând, dominându-le pe toate celelalte, se remarcă cea mai pregnantă dilemă, și anume necesitatea remunerării internilor.

În ceea ce privește prima controversă semnalată, cei de la Internocracy vorbesc despre puterea informației pe piața internship-urilor, o piața în care accesul la ofertă este de multe ori limitat celor care au relații sau cunoștințe, perpetuându-se așadar sistemul de castă al multor domenii precum media, politica, etc și descurajând liberul acces la oportunitățile de muncă. Studiul *Interns Revealed* arată că 33% dintre intervievați au obținut internship-ul prin aplicarea spontană la organizația gazdă. Temerile anterior enunțate nu sunt în totalitate nejustificate, același studiu confirmând faptul că 15% dintre participanți au aflat despre oportunitatea unui internship și au aplicat pentru acesta în urma sfaturilor prietenilor, colegilor sau cunoștințelor.

Discriminarea este susceptibilă de a deveni laitmotiv în jocul de culise al internship-urilor. În privința Uniunii Europene, „cele mai răspândite motive de discriminare sunt originea etnică (56%),

¹ (1) Comitentul este obligat să repare prejudicial cauzat de prepușii săi ori de câte ori fapta săvârșită de aceștia are legătură cu atribuțiile sau cu scopul funcțiilor încredințate. (2) Este comitent cel care, în virtutea unui contract sau în temeiul legii, exercită direcția, supravegherea și controlul asupra celui care îndeplinește anumite funcții sau însărcinări în interesul său ori al altuia. (3) Comitentul nu răspunde dacă se dovedește că victim cunoștea sau, după îmrejurări, putea să cunoască, la data săvârșirii faptei prejudiciabile, că prepusul a acționat fără nicio legătură cu atribuțiile sau cu scopul funcțiilor încredințate.

² Lacrima Rodica Boilă, *Noul Cod Civil: perspective privind răspunderea civilă delictuală*, București, Ed. C.H. Beck, 2012, p. 142.

³ Emilian Lipcanu, *Răspunderea comitentului pentru fapta prepusului: Probleme actuale privind răspunderea civilă prevăzută de articolul 1000 alienatul 3 Cod Civil*, București, Ed. Lumina Lex, 1 999, p. 19.

⁴ C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 1995, p. 218.

⁵ G. Boroș, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod Civil*, București, Ed. Hamangiu, 2012.

urmată de dizabilitate (46%), orientarea sexuală (46%) și identitatea sexuală (45%)¹”. Așa cum subliniază și cei de la Internocracy în studiul lor, majoritatea studenților sau proaspăt-absolvenților nu își pot permite luxul de a munci fără o plată minimă. Majoritatea internship-urilor sunt oferite în orașele mari, de regulă capitale ale statelor, iar studenții provenind din familii cu venituri modeste rareori pot acoperi cheltuielile ocazionate de cazare. Din această cauză șansele multor persoane capabile sau talentate de a urma un internship sunt practic reduse la zero. Se mai poate vorbi și despre o discriminare pozitivă, mai ales în cadrul instituțiilor europene, care încurajează aplicații din țările estice.

Mai mult, internship-urile neplătite afectează mobilitatea, mai ales în spațiul european, deoarece accesul aplicațiilor din alte state este considerabil redus din cauza costurilor mari de întreținere în capitalele vestice. Cadrul strategic pentru cooperarea europeană în domeniul educației și formării profesionale – ET 2020 – își propune extinderea graduală a mobilității cursanților, profesorilor și formatorilor, ”astfel încât perioadele de învățare în alte țări – atât în Europa, cât și în lume – să devină regula, și nu doar excepția”².

Un alt aspect de interes îl constituie protecția internilor. Lipsa de reglementare, care nu este caracteristică doar sistemului național, ci se manifestă la nivel global, îi lasă pe interni neprotejați împotriva discriminării sau hărțuirii la locul de internship³, așa cum arată speța *O'Connor v. Davis*. Pentru a absolvi, Bridget O'Connor trebuia să finalizeze un program de internship și astfel a ales să lucreze la un centru local de psihiatrie. În acest timp, ea a fost victima hărțuirii sexuale repetate de către unul dintre supervizorii ei, James David. Instanțele din Statele Unite i-au respins acțiunile în justiție, afirmând că statul său de intern neplătit nu poate fi corelat cu cel de angajat. Cu îngrijorare, semnalăm faptul că aceeași ar fi soluția speței în conformitate cu dreptul penal român, statutul de salariat, izvorând din contractul individual de muncă, numărându-se printre condițiile preexistente de reținere a infracțiunii de hărțuire sexuală.

Majoritatea internilor speră ca programul de internship să se finalizeze cu obținerea unui loc de muncă în cadrul companiei de internship. Angajabilitatea reprezintă astfel o altă problemă interconectată internship-ului. Spre surprinderea noastră, studiile arată că doar 16% dintre interni au fost angajați la sfârșitul perioadei de internship. Această statistică se datorează și faptului că unele dintre organizațiile gazdă au reglementări prin care este interzisă angajarea internilor pentru un interval de 6 luni de la finalizarea programului de internship, iar în alte organizații, precum Națiunile Unite internii nu au dreptul să aplice pentru un obținerea unui post. Datorită dorinței internilor de a primi un loc de muncă, majoritatea se tem și aleg să nu dezvăluie eventualele comportamente abuzive ale partenerilor de internship.

La nivel european, 51% dintre interni sunt plătiți, iar dintre aceștia 49% își acoperă costurile, în timp ce 45% desemnează remunerația drept insuficientă. Din restul de 49%, care nu sunt plătiți, 65% se bazează pe suportul financiar al părinților. Majoritatea celor care desfășoară activitatea de internship la companii multinaționale nu sunt plătiți. Semnalăm faptul că, la nivel european, constituie experiență profesională recunoscută⁴, doar internship-urile plătite.

¹ Eurobarometer 2012 on perceptions of discrimination in the UE, Comisia Europeană, 2012, disponibil la http://ec.europa.eu/justice/newsroom/discrimination/news/121122_en.htm.

² Concluziile Consiliului din 12 mai 2009 privind *Un cadru strategic pentru cooperarea europeană în domeniul educației și formării profesionale*, Obiectivul strategic 1: Realizarea în practică a învățării de-a lungul vieții și a mobilității cursanților, Jurnalul Uniunii Europene, 28.5.2009, C 119/3.

³ Kathryn Anne Edwards, Alexander Hertel-Fernandez, *Not-So-Equal Protection: Reforming the Regulation of Student Internships*, Economic Policy Institute, April 5, 2010, Policy Memorandum, p. 3.

⁴ European Personnel Selection Office, *Rules on Assessment of Professional Experience*, Brussels, 3 July 2012

2. Dezbateri în dreptul anglo-saxon (Regatul Unit, Statele Unite ale Americii)

Noile *Îndrumări Federale privind Internship-ul*, bazate pe Actul privind Standardele pentru Munca Corectă, stabilesc 6 criterii legale, în funcție de care companiile din Statele Unite pot determina dacă un intern trebuie plătit sau nu. Astfel, internship-ul nu este plătit, atunci când:

1. Internship-ul, chiar dacă include facilități pentru angajator, este similar cu training-ul desfășurat în cadrul mediului educațional;
2. Experiența de internship este orientată spre a aduce beneficii internului;
3. Internul nu înlocuiește angajații, dar lucrează sub atenta supraveghere a acestora;
4. Angajatorul care oferă training-ul nu obține avantaje imediate din activitățile internului, chiar din contra, în anumite situații activitățile sale ar putea avea de suferit;
5. Internul nu urmează în mod necesar să fie angajat la sfârșitul programului de internship;
6. Angajatorul și internul înțeleg că internul nu este îndreptățit la salarii pentru timpul petrecut în internship.

Putem observa că legislația americană pune accentul pe caracterul educațional al internship-ului. Considerăm abordarea internship-ului ca un act benevolență al angajatorului, care să profite numai internului, o sabie cu două tăișuri. Scopul îndrumărilor este clar acela de a descuraja internshipurile neplătite și companiile care profită de interni, stabilindu-le un regim de muncă identic sau asemănător cu acela al unui angajat. Cu toate acestea, chiar dacă angajatorul ar putea obține beneficii ulterioare, mai ales după eventuala angajare a internului, lipsa unor avantaje imediate în activitatea desfășurată de către companii orientate spre profit, în niciun caz sper pierderi, ar putea duce la diminuarea dramatică a ofertelor de internship.

Din punct de vedere legal, în dreptul englez, controversa privind plata internilor își găsește rezolvarea în mod practic, prin posibilitatea echivalării noțiunilor de intern și muncitor. Termenul de muncitor - *worker* desemnează o persoană fizică, care nu este salariată - *employee*, dar care a acceptat, în baza unui contract, de regulă civil, să presteze servicii pentru o altă persoană fizică sau juridică¹. Această persoană nu se bucură de protecția oferită în baza unui contract de muncă, dar beneficiază de o serie de drepturi, precum: drepturi împotriva discriminării, împotriva reducerilor nelegale de salariu, drepturi privind timpul de lucru și concediul, drepturi privind salariul minim pe economie.

Așadar, conform Actului din 1998 privind Salariul Minim Național, toți muncitorii trebuie plătiți cel puțin salariul minim, în afară de câteva excepții precum voluntarii. În consecință, în funcție de situația de fapt a fiecărui caz, dacă un intern desfășoară activitate lucrativă propriu-zisă și nu doar o activitate de formare și învățare, acesta este îndreptățit să primească o remunerație echitabilă.

Institutul Experților pentru Salariați și Dezvoltare, cel mai mare organism global ce activează în domeniul resurselor umane și dezvoltării profesionale, propune, în scopul stabilirii echivalenței celor doi termeni, următoarele criterii²:

- a) internii contribuie prin munca lor la activitatea organizației de internship;
- b) internii au o listă de îndatoriri pe care trebuie să le îndeplinească;
- c) internii au un program fix.

Controversa nu a rămas numai o dezbatere la nivel doctrinal. Atât în Statele Unite, cât și în Regatul Unit, internii au depus plângeri împotriva organizațiilor de internship, reclamându-și drepturile patrimoniale pentru munca depusă.

În speța *Eric Glatt și Alexander Footman v. Fox Searchlight Pictures, Inc*, doi interni care au lucrat pe platourile de filmare ale peliculei *Black Swan* au acționat în justiție compania producătoare.

¹ *Difference in rights between employees, workers and genuinely self employed*, 2013, Steen & Co. Employment Solicitors, articol disponibil pe http://www.steenandco.co.uk/difference-in-rights-between-employees-workers-and-the-genuinely-self-employed_49/.

² Tom Richmond, *Internships: to pay or not to pay?*, Policy analysis and recommendations, June 2010, Chartered Institute for Personnel and Development.

Ei s-au prevalat de faptul că au muncit asemenea angajaților (făcând comisioane, ridicând aprobări, făcând cafele și curățenie pe platouri), chiar și peste 40 de ore pe săptămână alături de 100 de alți interni.

În 2011, după un internship de 6 săptămâni, la revista My Village, Keri Hudson a cerut în instanță să îi fie recunoscut dreptul la remunerație. Keri declară că nu a fost instruită de către angajator și că muncea pe gratis, de la 10 dimineața până la 18 seara, având în subordine alți 6 interni neplătiti, împreună fiind îngrămădiți la un birou de două persoane. În urma procesului, Keri Hudson a obținut 1.025 lire pentru 5 săptămâni de muncă și primă de vacanță. Compania intenționează însă să declare apel hotărârii de prima instanță, argumentând că foarte mult timp și resurse sunt folosite pentru instruirea internilor fără experiență și că întreaga lor pregătire pentru viața profesională este realizată pe costurile companiei. Mai mult, în speță, internii își pot publica lucrările în revistă și primesc prânzuri gratuite și tichete de transport. În opinia companiei editoriale, dacă internship-urile neplătite vor fi interzise, oportunitățile de internship se vor diminua, iar tinerii fără experiență vor suferi și mai multe neajunsuri pe piața muncii.

3. Dezbateri în dreptul național

Pentru a ne păstra realismul, internship-ul trebuie prezentat ca o relație din care ambii participanți au de câștigat. Internii dobândesc experiență de muncă, își dezvoltă abilitățile practice și se familiarizează cu practicile din domeniul urmărit, în timp ce companiile pot angaja ulterior persoanele care se dovedesc a fi valoroase. Acest schimb, în linii mari, pare a fi echitabil, internii acceptând această situație, având în vedere prospectele unor slujbe sigure și mai bine plătite, pe care le pot obține în viitor.

Problemele apar atunci când, companiile ce oferă locuri de internship, profitând de situația sensibilă și de raportul de subordonare pregnant pe care îl resimte un intern ce se străduiește să intre pe piața muncii, ajung să abuzeze de internii. Abuzurile constau cel mai des în impunerea internilor de a presta aceeași muncă, în același regim, ca și personalul angajat în baza unui contract de muncă. Unele companii ajung să ofere internship-uri pentru a acoperi nevoia de personal angajat sau pur și simplu își desfășoară mai mult de 70% din activitatea lucrativă prin munca internilor. Internship-ul își pierde astfel latura educațională, rezumându-se doar la prestarea unui activități lucrative, de care compania profită pe gratis. Internocracy, Intern Anonymous, Intern Aware nu se sfiesc să folosească chiar termenul de „exploatare”.

Din clipa în care internul nu mai desfășoară o activitate educațional-profesională, apreciem că se produce o schimbare a raportului dintre părți, acestea nemaiaflându-se într-un raport de internship sau de prepușenie, ci în unul de muncă. Ne întemeiem această părere pe poziția doctrinei care afirmă că *existența relației de muncă nu depinde de denumirea pe care părțile o dau convenției pe care o încheie, ci de condițiile de fapt în care este prestată activitatea*¹; și pe jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, care a statuat că principala caracteristică a relațiilor de muncă o constituie faptul că *o persoană îndeplinește, într-o anumită perioadă, pentru o altă persoană și sub îndrumarea acesteia, prestații în schimbul cărora primește o remunerație*². În temeiul acestui schimb, internul devine muncitor, aflat în subordinea partenerului de internship.

Conform art. 7³ din Pactul Internațional privind Drepturile Economice, Sociale, și Culturale, pentru asigurarea unor condiții de muncă juste și prielnice, fiecare muncitor trebuie să primească o

¹ Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii: legislație, doctrină, jurisprudență*, Ed. A 6-a, rev. și adăug., Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 18.

² Hotărârea din 4 iunie 2009 în cauzele C-22/08, cit. de Ovidiu Ținca, *Observații privind contractual individual de muncă*, în *Revista Română de dreptul muncii*, nr. 5/2009, p. 37-38, citat în Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii: legislație, doctrină, jurisprudență*, Ed. A 6-a, rev. și adăug., Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 18

³ Statele părți la prezentul Pact recunosc dreptul pe care îl are orice persoană de a se bucura de condiții de muncă juste și prielnice, care să asigure îndeosebi: a) remunerația care asigură tuturor muncitorilor cel puțin: (i) un salariu echitabil și o remunerație egală pentru o muncă de valoare egală, fără nici o distincție; în special femeile trebuie

remunerație egală cu munca depusă. Invocând aplicarea prioritara a normelor convențiilor internaționale la care România este parte, apreciem că aceste dispoziții constituie un alt argument în favoarea teoriei necesității plății internilor-muncitori.

Considerăm că ne putem prevala și de principiul garantării și ocrotirii drepturilor și intereselor civile, ca idee călăuzitoare pentru întreaga legislație civilă¹. Art. 26 C.civ. prevede că: „Drepturile și libertățile civile ale persoanelor fizice, precum și drepturile și libertățile civile ale persoanelor juridice sunt ocrotite și garantate de lege”. Internii, ca parte în raportul de muncă, pot opune dreptul lor subiectiv de creața, companiei de internship.

Nu în ultimul rând, dorim să prezentăm această dezbateră în lumina principiului echității și al justiției, chiar dacă am putea fi acuzați de idealism. Privind „atât activitatea legiuitorului, cât și activitatea de interpretare și aplicare a dreptului”², principiul vorbește despre o „victorie absolută asupra egoismului [și despre] o subordonare față de o ierarhie de valori”³. În consecință, opinăm că oferirea unei remunerații proporționale internului care depune activitate lucrativă, nu este decât un demers just și echitabil, iar legiuitorul ar trebui să ia toate măsurile pentru a se asigura că ocolirea acestei obligații nu este posibilă prin fructificarea lacunelor legislative.

VI. Necesitatea reglementării. Propuneri de lege ferenda

*Statul are misiunea de a reglementa acele relații care dacă nu ar fi reglementate ar pune în primejdie buna conviețuire a cetățenilor sau chiar funcționarea statului*⁴.

„Interns Revealed”⁵, studiu pan-european, ce cuprinde răspunsurile a aproximativ 4 000 de persoane în legătura cu viața internilor din Europa, deja vorbește despre „generația internilor”, 6,5% dintre respondenți provenind din România. În ciuda acestei realități, în țară nu există reglementări legislative cu privire la efectuarea unui astfel de stagi, în general tinerilor li se întocmește un contract de muncă pe perioadă determinată, sau în cazul în care companiile organizează un program de internship în colaborare cu universitățile, cadrul legislativ își găsește izvorul în Ordinul MECT nr. 3955/2008⁶, lege ce așa cum am arătat, nu se pliază pe adevărul specific al programelor de internship. Programul de internship nu se confundă cu cel de practică, iar aplicarea ordinului mai sus menționat nu ar duce decât la restrângerea avantajelor pe care asemenea programe le-ar putea aduce studenților și absolvenților. Iar folosirea contractului individual de muncă, deturmează internship-ul de la adevărul său scop – acela educațional.

În contextul crizei economice, internshipurile pot fi o barcă de salvare pe tărâmul pieței muncii puternic afectată de situația globală.

Organizația Internațională a Muncii arată că lumea se confruntă cu o criză mondială de angajare a tinerilor. În 2012, aproximativ 75 de milioane de tineri își căutau de lucru, dintre care unii fără experiență, iar multe alte milioane activează în slujbe fără securitate sau cu productivitate redusă. Fenomenul este cu atât mai îngrijorător, din cauza progresivității sale: în prezent există cu 4 milioane

să aibă garanția că condițiile de muncă ce li se acordă nu sunt inferioare acelorora de care beneficiază bărbații și să primească aceeași remunerație ca ei pentru aceeași muncă; (ii) o existență decentă pentru ei și familia lor, în conformitate cu dispozițiile prezentului Pact.

¹ Gabriel Boro, Carla Alexandra Anghelescu, *Curs de drept civil: partea generală*, București, Editura Hamangiu, 2012, p. 4.

² Nicolae Popa, *Teoria Generală a Dreptului*, Ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 105.

³ Nicolae Popa, op. cit., p. 107.

⁴ Eduard Jurgen Prediger, *Introducere în studiul dreptului civil: Raportul juridic civil, actul juridic civil și prescripția extintivă*, Ed. Hamangiu, 2011, București, p. 35.

⁵ Inger Drynes, *Interns Revealed: A survey on quality internship in Europe*, European Youth Forum, Belgium, 2011.

⁶ ORDIN Nr. 3955 din 9 mai 2008 privind aprobarea Cadrului general de organizare a stagiilor de practică în cadrul programelor de studii universitare de licență și de masterat și a Convenției-cadru privind efectuarea stagiului de practică în cadrul programelor de studii universitare de licență sau masterat, emis de MINISTERUL EDUCAȚIEI, CERCETĂRII ȘI TINERETULUI; publicat în M.Of. nr. 440/12.06.2008.

de tineri șomeri mai mult decât în 2007. Se vorbește chiar despre o generație „speriată” a muncitorilor tineri, care trebuie să înfrunte melanjul periculos dintre o rată mare a șomajului, inactivitatea crescută și munca precară din țările dezvoltate, precum și o persistentă sărăcie a muncii în țările în curs de dezvoltare¹.

Pentru a atrage atenția asupra acestei crize globale, OIM a adoptat în iunie 2012 o rezoluție care a lansat un apel pentru gestiunea imediată a acestei probleme. Conform art. 26, punctul (e), Guvernele sunt invitate să ofere o serioasă considerație, după cum este cazul, pentru a : ”reglementa și monitoriza ucenicia, internship-ul și alte forme de experiență de muncă, inclusiv prin certificare, pentru a asigura că acestea permit o experiență reală de învățare și nu înlocuiesc muncitorii obișnuiți.”² Acest subpunct al rezoluției ni se pare extrem de important, din prisma faptului că arată importanța internship-urilor ca experiență de învățare și exprimă o relație cauză-efect între șomaj și lipsa sau insuficiența reglementare a unor oportunități de învățare. Astfel, și legiuitorul român nu poate să facă abstracție de dinamica internațională și de poziția OIM.

Mai mult, la nivel național, rata șomajului înregistrată în rândul tinerilor, este îngrijorător de mare – 71614 de persoane cu vârsta sub 25 ani sunt șomere, din totalul de 510409 de șomeri³. Astfel, aproximativ, 25 % din tinerii absolvenți sunt șomeri, ei confruntându-se cu marea dificultate de a găsi un loc de muncă. Principalele cauze ale acestor cifre sunt lipsa locurilor de muncă și lipsa de calificare/experiență a tinerilor. În contextul carențelor programelor educaționale universitare, programele de internship reprezintă principala supapă ce vine în întâmpinarea lipsei experienței din CV. De asemenea, șomajul poate avea urmări nefaste asupra carierei tinerilor, prin neîncadrarea acestora în muncă imediat după absolvirea studiilor superioare, ei își pot pierde abilitățile dobândite și mai ales motivarea de a-și căuta un loc de muncă pe măsură.

Este un cerc vicios – angajatorii vor persoane cu experiență, însă tinerii nu pot câștiga experiență practică, atâta timp cât nu li se oferă accesul la un program ce presupune interiorizarea de cunoștințe practice. Astfel, internship-ul prezintă singura soluție de plasare a tinerilor fără experiență pe piața muncii și de a scădea astfel rata șomajului înregistrată în rândul acestora.

O cercetarea interesantă realizată în acest sens este cea efectuată la „College of Business Administration” de către Knouse Stephen, Tanner John și Harris Elizabeth⁴ prin care a fost analizată relația dintre colegiu, internship, performanță, și rata posibilității obținerii unui job după terminarea studiilor. În urma analizelor datelor furnizate prin această cercetare s-a constatat că studenții care au participat la programe de internship au avut o medie mai mare la terminarea studiilor decât cei care nu au participat și au obținut locuri de muncă mult mai ușor. Așadar prin urmarea unui program de internship crește competența studenților și implicit posibilitatea angajării. Prin urmarea unui asemenea program ambele părți au de câștigat – studenții fiind apti pentru încadrarea pe piața muncii, iar angajatorii având forță de muncă pregătită.

Aceeași idee este reliefată și de cercetarea realizată de Comisia Europeană privind „Percepția angajatorilor cu privire la angajabilitatea absolvenților”. Această cercetare a urmărit obținerea unor răspunsuri din partea reprezentanților companiilor la întrebări legate de următoarele aspecte: importanța competențelor și abilităților necesare absolvenților, gradul de mulțumire al angajatorilor cu privire la calitatea acestor abilități și competențe, nivelul de educație optim pentru ocuparea posturilor vacante din companii, cele mai importante provocări cu care se confruntă companiile care

¹ Youth Employment, International Labour Organization, 2012, disponibil la <http://www.ilo.org/global/topics/youth-employment/lang--en/index.htm>.

² *The youth employment crisis: A call for action*, Resolution and conclusions of the 101st Session of the International Labour Conference, Geneva, 2012, International Labour Office, Geneva, Switzerland.

³ <http://www.anofm.ro/situa%C5%A3ia-statistic%C4%83-a-%C5%9Fomajului-%C3%AEenregistrat-la-28-februarie-2013>, accesat la 18.03.2013.

⁴ S. Knouse, J. Tanner, E. Harris, *The relation of college internship, college performance and subsequent job opportunity*, 1999, Journal of Employment Counseling, Vol. 36 (Issue 1), pp. 35-41.

angajează absolvenți, frecvența și tipul cooperării dintre companii și instituțiile educaționale și nu în ultimul rând, modalitatea de creștere a gradului de angajabilitate al absolvenților. În cadrul acestui studiu companiile au dat ca soluții oportune pe care universitățile ar trebui să le aplice pentru îmbunătățirea gradului de angajabilitate al absolvenților : includerea locurilor de muncă temporare pentru fiecare sector de activitate(36%) în programele de studii și a experienței practice în cadrul cursurilor (30%), precum și revizuirea cursurilor, astfel încât acestea să corespundă nevoilor angajatorilor (18%). De asemenea mai mult de 10% dintre angajatorii participanți la sondaj au declarat că au colaborat cu instituții de învățământ superior cu privire la curricula și programele de studiu, în timp ce 19% au colaborat cu universitățile pentru recrutarea absolvenților. În cazul României, companiile se situează sub media europeană în ceea ce privește frecvența colaborărilor cu universitățile pentru adaptarea programelor de studii și recrutare. Astfel, armonizarea teoriei învățate pe băncile facultății cu practica cerută de angajatori se va putea face numai prin intermediul internship-ului, având în vedere că universitățile nu sunt deschise la recomandările angajatorilor.

Mai mult, la nivel european 52% dintre angajatorii care au selectat absolvenți, au semnalat ca modalitate principală de cooperare crearea unor programe de internship. România se situează sub media totală, doar 27% dintre respondenți menționând ca modalitatea optimă de cooperare cu universitățile participarea la programe de internship. În ceea ce privește celelalte modalități de cooperare, angajatorii români au răspuns în următoarele procente: recrutarea directă din universități (34%), discuțiile cu directorii sau profesorii programelor de studiu (36%), cooperarea cu centrele de carieră (26%), participarea la dezbateri și seminarii (30%).

Această discrepanță între cifrele înregistrate la nivel național și cele înregistrate la nivel european, poate fi explicată prin lipsa cadrului legal al acestui raport la nivelul țării noastre. Cu siguranță internship-urile sunt mult mai prezente în practică, ele suprapunându-se cu programul de practică efectuat pe parcursul studiilor sau cu raportul de muncă înregistrat imediat după absolvire. Confuzie ce poate altera grav avantajele internship-urilor așa cum am relevat și în secțiunea a V-a a prezentei lucrări. Așadar, numai o reglementare expresă va putea potența la maxim toate avantajele acestor programe.

În plus, în contextul discrepanței dintre nevoile pieței și calificarea absolvenților¹ și a dezvoltării explozive a învățământului superior², se ajunge la un așa-zis *șomaj al diplomelor*³ ce nu denotă nimic altceva decât o formă de *aservire socială*⁴. Atâta timp cât universitățile nu își schimbă curricula, anticipăm că programele de internship vor fi din ce în ce mai uzitate. Astfel, reglementarea internship-ului nu va mai putea fi amânată, avantajele și importanța lor fiind demne de luat în seamă.

Având în vedere că legile sunt instrumentele de protejare a realităților sociale, legiuitorul român nu mai poate face abstracție de prezența acestui raport juridic nou. Sistemul legislativ trebuie să fie unul dinamic, adaptându-se la schimbările economice și mai ales sociale⁵ înregistrate în ultima perioadă. Internship-ul este o realitate socială⁶, iar nereglementarea acestuia poate duce la abuzuri, sau chiar la inhibarea dezvoltării acestui program atât de benefic pentru studenți/absolvenți.

În contextul evoluției internaționale a programelor de internship, a creșterii șomajului, a lipsei de calificări a tinerilor absolvenți și nu în ultimul rând al creșterii numărului de internship-uri înregistrate în țara noastră, se reliefează o nevoie stringentă de reglementare a contractului de internship, ce nu poate fi ignorată.

¹ Educație de calitate pentru piața muncii, ARACIS, 2009.

² Denizia Gal, *Educația și mizele ei sociale*, 2002, Editura Dacia. Cluj Napoca, p.66.

³ Ibidem, p. 129.

⁴ Randall, 1979, apud Gal, *op. cit.*, p. 35.

⁵ Nicolae Popa, *op. cit.*, p.45.

⁶ Paul Roubier afirma despre drept că este o *știință a mijloacelor* (Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey, Paris, 1951, p. 277); în contextul apariției internship-ului, o eventuală reglementare a acestuia ar putea constitui mijlocul prin care aceste programe să capete amploare și să întâmpine problema șomajului.

3. Concluzii

Internship-ul este o realitate socială ce nu mai poate fi ignorată de legiuitorul român. Astfel, principalul scop al lucrării de față a fost acela de a evidenția necesitatea reglementării acestui tip de contract nou. În acest sens, am analizat numeroase cercetări efectuate la nivel european și internațional și chiar precedente înregistrate în cazul acestui raport nou. În plus, am trasat liniile definitorii ale internship-ului pentru a-l putea diferenția de celelalte programe prezente – stagiul de practică, practică, voluntariat și traineeship. Demersul nostru nu s-a oprit aici, cu îndrăzneală am încercat să ne imaginăm cum ar trebui să arate un contract de internship cu toate implicațiile lui. Toate acestea, pentru a atrage atenția asupra nevoii acute de reglementare a acestui motor al angajării tinerilor pe piața muncii.

Sperăm ca prin lucrarea de față să lansăm spre dezbatere în doctrină subiectul internship-ului atât de discutat la nivel internațional și atât de absent la nivel național. Este necesară o asemenea discuție, pentru că o eventuală reglementare a contractului de internship ar putea avea ecouri surprinzătoare la nivel economic, ducând la scăderea ratei șomajului în rândul tinerilor și creșterea pregătirii profesionale a acestora. Cu toții știm care este scopul (angajarea tinerilor) însă lipsesc mijloacele. Un asemenea mijloc l-ar putea constitui internship-ul. Însă în lipsa reglementării lui, abuzurile pot fi ubiquie și greu de controlat.

Dorim ca acest studiu să fie un instrument de stimulare a studenților și practicienilor în vederea exprimării propriilor opinii critice cu privire la problema internship-ului. Printr-un asemenea demers, sperăm că se va putea ajunge, de ce nu, chiar la o campanie de responsabilizare publică asupra problematicei acestor programe educaționale în vederea implementării unei reglementări speciale asupra contractului de internship.

Referințe bibliografice:

- Țiclea Alexandru, *Tratat de dreptul muncii: legislație, doctrină, jurisprudență*, Ed. A 6-a, rev. și adăug., Ed. Universul Juridic, București, 2012
- Ene Angelica, *Ce se ascunde în spatele termenului de internship?*, Revista Cariere, 2012, disponibil la <http://www.cariereonline.ro/articol/ce-se-ascunde-spatele-termenului-internship>, accesat la 21.01.2013
- Stătescu C., Bîrsan C., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 1995
- Concluziile Consiliului din 12 mai 2009 privind *Un Cadru strategic pentru cooperarea europeană în domeniul educației și formării profesionale*, Obiectivul strategic 1: Realizarea în practică a învățării de-a lungul vieții și a mobilității cursanților, Jurnalul Uniunii Europene, 28.5.2009, C 119/3
- *Convenția-cadru privind efectuarea stagiului de practică*. Deciziei 2.241/2004/CE a Parlamentului European și a Consiliului (Europass)
- Gal Denizia, *Educația și mizele ei sociale*, 2002, Editura Dacia, Cluj Napoca
- *Difference in rights between employees, workers and genuinely self employed*, 2013, Steen & Co. Employment Solicitors, articol disponibil pe http://www.steenandco.co.uk/difference-in-rights-between-employees-workers-and-the-genuinely-self-employed_49/
- Prediger Eduard Jurgen, *Introducere în studiul dreptului civil: Raportul juridic civil, actul juridic civil și prescripția extinctivă*, Ed. Hamangiu, 2011, București
- *Educație de calitate pentru piața muncii*, ARACIS, 2009
- Nica Elvira, *Gestiunea Resurselor Umane*, Ed. Economică, București, 2011
- Lipcanu Emilian, *Răspunderea comitentului pentru fapta prepusului: Probleme actuale privind răspunderea civilă prevăzută de articolul 1000 alienatul 3 Cod Civil*, București, Ed. Lumina Lex, 1999
- *Eurobarometer 2012 on perceptions of discrimination in the UE*, Comisia Europeană, 2012, disponibil la http://ec.europa.eu/justice/newsroom/discrimination/news/121122_en.htm
- Eurobarometrul, 2010, *Employers perception of graduate employability*
- *European Quality Charter on Internships and Apprenticeships*, European Youth Forum, 2007, disponibilă la <http://qualityinternships.eu/>, accesat la 21.01.2013
- Boroî G., Stănculescu L., *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod Civil*, București, Ed. Hamangiu, 2012

- Boroi Gabriel, Anghelescu Carla Alexandra, *Curs de drept civil: partea generală*, București, Editura Hamangiu, 2012
- *General Information about Internships. What is an internship?* Disponibil la <http://www.internship2industry.eu/trainees/eng/1-before-the-internship/1.1/>, accesat la 1.03.2013
- Frederick H., Mary Sweitzer, King A., *The Successful Internship: Personal, Professional, and Civic Development*, Publisher Cengage Learning, 2009
- Hotărârea din 4 iunie 2009 în cauzele C-22/08, cit. de Ținca Ovidiu, *Observații privind contractual individual de muncă*, în Revista Română de dreptul muncii, nr. 5/2009, p. 37-38, citat în Țiclea Alexandru, *Tratat de dreptul muncii: legislație, doctrină, jurisprudență*, Ed. A 6-a, rev. și adăug., Ed. Universul Juridic, București, 2012
- <http://www.anofm.ro/situa%C5%A3ia-statistic%C4%83-a-%C5%9Fomajului-%C3%AEnregistrar-la-28-februarie-2013>, accesat la 18.03.2013
- Drynes Inger, *Interns Revealed: A survey on quality internship in Europe*, European Youth Forum, Belgium, 2011
- Karlsson L., (2010), "Academic quality in internships: field supervisors' account of the value of theory in practice", *Journal of Cooperative Education & Internships*, 44(2), pp. 32-42.
- Lawton Kate, from the Institute for Public Policy Research, and Dom Potter from Internocracy, *Why Interns Need a Fair Wage*, July 2010
- Kathryn Anne Edwards, Hertel-Fernandez Alexander, *Not-So-Equal Protection: Reforming the Regulation of Student Internships*, Economic Policy Institute, April 5, 2010, Policy Memorandum
- Knouse S., Tanner J., Harris E.(1999). "The Relation of College Internship, College Performance and Subsequent Job Opportunity". *Journal of Employment Counseling*, Vol. 36 (Issue 1), pp. 35-44
- Boilă Lacrima Rodica, *Noul Cod Civil: perspective privind răspunderea civilă delictuală*, București, Ed. C.H. Beck, 2012
- Legea nr. 195 din 2001, cu modificările ulterioare, actualizată și republicată în M. Of. nr. 276/25.04.2007, în temeiul art. II din Legea nr. 339/2006 pentru modificarea și completarea Legii voluntariatului nr. 195/2001
- Legea nr. 258 din 19 iulie 2007, privind practica elevilor și studenților, publicată în M. Of. nr. 493/24.07.2007
- Popa Nicolae, *Teoria Generală a Dreptului*, Ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012
- Ohio State University, <http://polisci.osu.edu/ugrads/internship.pdf>, accesat la 11.02.2013
- ORDIN Nr. 3955 din 9 mai 2008 privind aprobarea Cadrului general de organizare a stagiilor de practică în cadrul programelor de studii universitare de licență și de masterat și a Convenției-cadru privind efectuarea stagiului de practică în cadrul programelor de studii universitare de licență sau masterat, emis de MINISTERUL EDUCAȚIEI, CERCETĂRII ȘI TINERETULUI; publicat în M.Of. nr. 440/12.06.2008
- Roubier Paul, *Théorie générale du droit*, Sirey, Paris, 1951, p. 277)
- Programului comunitar *Învățare pe tot parcursul vieții*, în conformitate cu Decizia 1720/2006/CE a Parlamentului European și a Consiliului
- *The youth employment crisis: A call for action*, Resolution and conclusions of the 101st Session of the International Labour Conference, Geneva, 2012, International Labour Office, Geneva, Switzerland
- Richmond Tom, *Internships: to pay or not to pay?*, Policy analysis and recommendations, June 2010, Charters Institute for Personnel and Development, disponibil pe http://www.cipd.co.uk/publicpolicy/_internships-to-pay-or-not-pay0610, accesat la data de 20.02.2011
- Weible R. J. (2010), *Are Universities Reaping the Available Benefits Internship Programs Offer?*, *Journal of Education for Business*, 85(2), pp. 59-63
- Youth Employment, International Labour Organization, 2012, disponibil la <http://www.ilo.org/global/topics/youth-employment/lang--en/index.htm>

CONTRACTUL DE LEASING

Alexandru Ion MĂNĂILĂ¹

Abstract

A new regulation of juridical reports between parts was redeemed by the contracts who serve also concerning the terms on which the law in particular can't distinguish and also to eliminate the created lacunae. The leasing contract represented an substantial advantage in financing mercurial societies which wanted to acquire implements and equipments, but who haven't had the financial possibilities.

The risk of using this financing technique is very high, although it comes through the help of economic agents who cannot obtain loans from banks, or do not want to relieve their mobile or imobile goods by setting up mortgages or gages, obligations who have the nature to affect the very specifics of civil ambits dynamics.

An practical concernment in the leasing contract it is represented by the integral financement assurancement, by loaning capital, of an investment without having the appointee constitute insurance measurements; exactly by this does the leasing contract distinguish from the traditional investment loaning in which beneficiary fulfilment abides a part from the investment value.

Equipping various enterprises with goods or to replace technologically outdated or damaged materials or disposed of are those who always raised too high the costs or are ill-timed and exceeded most often the self-financing possibilities of enterprises, which they are making this enterprises interested in obtaining financing options from financial institutions.

After obtaining a loan acquired through a suite of new guarantees (so the bank-lender was the one who had ownership of the good purchased with a credit, and the borrower remained a simple usufructuar of goods purchased). Subsequently, the selling rate was replaced with the sale on credit, thus by signing the birth of the lease.

Cuvinte cheie : *Natură juridică, forma contractului, obiectul leasingului, încheiere, efecte, încetare.*

Introducere

S-a observat încă din antichitate, că este mai puțin important cine detine titlul de proprietate asupra unui lucru, cât timp beneficiile sunt obținute prin folosința lui. Aristotel în „Ritorica” afirma, că : „...bogația nu se măsoară prin titlurile de proprietate, ci prin efectivă utilizare a unor lucruri, chiar dacă sunt proprietatea altora.”² - prin acest aforism se oglindește esența leasingului. Pentru a putea realiza un venit, nu este necesar a avea un utilaj sau alt patrimoniu în proprietate, este suficient doar a-l poseda și folosi.

Rădăcinile arhaice ale leasingului se trag din forma creditului, fiind asemuite cu cele ale „fiduciei” în dreptul roman, în care împrumutătorul își putea rezerva proprietatea unui lucru ca o garanție a creanței sale.

Primele norme referitoare la leasing se regăseau în Codul împăratului babilonean Hamurabbi datat cu anul 1760 î.e.n., și mai apoi în Instituțiile lui Iustinian,³ așa cum afirma savantul englez

¹ Mănăilă Ion Alexandru, student, anul III, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (alexion.mn@gmail.com). Lucrarea a fost elaborată sub coordonarea Conf. univ. dr. Vasile Nemeș și Asist. univ. dr. Dan-Alexandru Sitaru.

² Aristotel, „Ritorica”, cartea I, cap. V.

³ Vezi E.B Kabatova “Leasing International în finanțarea economiei în tranziție”, M., 1997, pag. 12.

T.Clark citat de E.V.Cabatova. Prin combinarea elementelor dreptului real și contractual rezidă dificultățile de bază în aplicarea și reglementarea leasingului. În dreptul privat roman era cunoscută posesiunea fără proprietate, provenită atât din relații contractuale cât și din cele reale.

Posesiunea „contractuală” fără proprietate a evoluat din institutul roman al locațiunii bunurilor în institutul contemporan al arendei.

Posesiunea „reală”, fără proprietate, a apărut în dreptul roman sub forma unei varietăți de servitute, respectiv servitute-uzufructus. Stabilirea exactă în doctrină a „paternității” instituției de leasing este destul de dificilă, ideea care stă la baza leasingului – separarea dreptului de folosință de cel de proprietate și extragerea profitului din folosirea patrimoniului – fiind cunoscută încă din timpuri străvechi.

Reglementările în materia utilizării patrimoniului fără proprietatea asupra lui sunt de origine străveche, inventarea leasingului ca atare, este meritul englezilor – cuvântul "**Leasing**" provine din limba engleza, de la substantivul "**lease**", cu semnificația închirierii pe timp determinat¹ – una din primele legi privind leasingul a fost legea Uels din 1284 (engl. Statute of Wales).

Evoluția leasingului se poate observa încă din secolele XIX- XX prin reproducerea experienței agricultorilor englezi din epoca medievală. Acesta a căpătat în Marea Britanie, o noua viață, prin evoluția industriei transporturilor și a industriei miniere

S-a observat, în extensiunea exploatărilor miniere, avantajul arendei vagoanelor pentru transportarea carbunelui, în locul procurării acestora. Astfel au apărut societăți comerciale al caror unic obiect de activitate îl constituia intocmai procurarea de vagoane în acest scop și darea lor în chirie cu posibilitatea răscumpărării (engl. Hire-purchase). În mod similar – datorita evoluției transporturilor pe calea ferată și a industriei extractoare de cărbune-leasingul a evoluat și în Statele Unite ale Americii.

Prima corporație transnațională de leasing (Mercantile Leasing Company) s-a format în anul 1960 – fenomen ce a marcat „sciziunea” tradiției americane de cea britanică în reglementarea operațiunilor de leasing. Reglementările țărilor din sistemul common law în materie de leasing au fost armonizate cu ușurință, spre deosebire de „altoirea” leasingului la legislațiile din sistemul dreptului continental (atât de inspirație germană cât și franceză) care s-a confruntat cu destul de multe dificultăți. Deși acceptarea instituției de leasing părea, din perspectiva savanților, una imposibilă, dat fiind incompatibilitatea sa cu principiile de proprietate ale dreptului continental, făcând o comparație în acest sens între instituția leasingului, și o altă instituție de proveniență common law, proprietatea fiduciară, trust-ul² a început să aibă din ce în ce mai mult succes în țările europene.

Pe cale de consecință, în 1957 apare și prima companie de leasing, de origine franceză – **SEPAFITEC** (fr. Société d'Etudes et de Participation Financière et Technigue), la Paris, 8 ani mai târziu, în Franța operând deja în jur de 23 de astfel de societăți.

Băncile au fost principalele susținătoare ale leasingului echipamentelor industriale fie în mod indirect, prin intermediul unor societăți specializate de leasing, fie în mod direct, după ce acestea au primit autorizația să desfășoare astfel de operațiuni.

Cea mai importantă rețea bancară, National Banks, a primit această autorizație, în 1963, urmată de Bank Holding Companies în 1970.

În mai puțin de 15 ani, băncile fuseseră autorizate să desfășoare operațiuni de leasing în mod direct în 41 de state americane.

Climatul fiscal incurajator și economia expansivă a Americii au făcut leasingul să beneficieze de o popularitate și implicit de o dezvoltare extrem de rapidă, această operațiune fiind preluată și de Marea Britanie pentru ca apoi să se răspândească, și în Europa continentală.

¹ Din engl. To lease – a da sau a primi patrimoniul în folosință temporară. Se mai folosește și cu înțelesul de arenda – on lease sau “concesiune” – long lease. De regula, operațiunea cel mai des este desemnată prin termenul englez leasing, deși în doctrina juridică a diferitor țări termenul respectiv este utilizat în diferite limbi, de ex., leasungsvertrag în germană sau crédit bail, location-financement sau location-amortissement (locatiune pe credit) în franceză.

² M.Govanoli, „Le crédit-bail (leasing) en Europe”, Paris, 1980.

După cum se observă leasingul a parcurs o evoluție complexă, variind de la un sistem juridic la altul, în funcție de prezența sa pe teritoriul fiecărui stat.

În vederea descoperirii structurii economice și lamurirea problematicii juridice a leasingului, este de ajuns să privim în urmă până la precizarea faptului că în procesul de valorificare a produselor nu este necesar transferul imediat al dreptului de proprietate și echivalarea integrală a contravalorii acestuia măsoară cu momentul încheierii contractului.

Un exemplu istoric economic, poate fi cel din 1877, când Bell Telephone Company din Statele Unite ale Americii a oferit posibilitatea folosirii aparatelor telefonice din producția proprie contra unui cost de folosință fără să fie vorba de o achitare integrală a contravalorii acestora.

O schimbare semnificativă în structura economică s-a produs în special, după cel de-al II-lea război mondial, în Statele Unite ale Americii, după 1950, iar un deceniu mai târziu și în țările Europei Occidentale, după revitalizarea economiei acestora.

Oamenii de afaceri au realizat pentru prima dată în Statele Unite ale Americii faptul că investițiile decapitalizate pot fi făcute și altfel decât prin clasică finanțare bancară. Pe piața mijloacelor de producție au apărut astfel finanțatori care, prezentându-se în calitate de cumpărători ai bunului față de furnizor și, păstrându-și dreptul de proprietate asupra obiectului, dau în folosință bunul unui întreprinzător, în schimbul unei sume lunare de bani (rata de leasing).

Astfel se naște un contract de vânzare-cumpărare, pe de o parte între producător și locator (firma de leasing), pe baza căruia Locatorul, a achiziționat de la producător bunul specificat de utilizator, iar pe de altă parte un contract specific de chirie, în baza căruia utilizatorul, în schimbul unei redevențe (rate de leasing), a dobândit dreptul de folosință asupra bunului, locatorul păstrându-și dreptul de proprietate asupra acestuia, încasând rata de leasing.

Pe lângă această formă, deja clasică a leasingului s-au dezvoltat și alte forme de leasing, fiecare cu un rol comun și anume: finanțatorul (locatorul) este proprietarul bunului, iar utilizatorul pe întreaga durată a contractului, deține numai dreptul de folosință. În acest din urmă caz, valoarea reziduală¹ nu este inclusă în rata de leasing plătită de utilizator, la sfârșitul contractului, utilizatorul, putând alege între transferul bunului în proprietatea acestuia (plata valorii reziduale) sau înapoierea lui (neachitarea valorii reziduale).

În concluzie, puțin câte puțin, ultimele decenii au adus o dezvoltare a unei forme specifice de finanțare, denumirea practic îndepărtându-se de la înțelegerea inițială, fiind astăzi mai aproape de verbele "to rent" sau "to hire". Ca și în cazul închirierii, operațiunea economică de leasing constă practic în utilizarea bunurilor închiriate (cladiri, echipamente, vehicule, etc.) și nu în deținerea propriu-zisă a proprietății acestora, astfel încât utilizatorul (cel care "primește" finanțarea în leasing), dobândește dreptul de folosință asupra bunurilor care rămân însă în proprietatea locatorului (cel care "oferă" finanțarea în leasing).

Continutul lucrării

Acest contract își poate găsi mai multe definiții în complexitatea juridică existentă, după cum am enunțat și anterior, neexistând o unicitate în ceea ce privește definirea contractului de leasing.

¹ Valoarea reziduală reprezintă suma ce trebuie plătită odată cu expirarea contractului de leasing, pentru a se face transferul dreptului de proprietate asupra bunului contractat, către utilizator.

Ca și mod de calcul, valoarea reziduală se obține dintr-un procent variabil (stabilit în contract) care se aplică la prețul de achiziție al bunului (pret de intrare). Acesta, de cele mai multe ori se încadrează între 20% și 30 % din valoarea bunului. De regulă, valoarea reziduală se plătește la sfârșitul contractului, după plata tuturor ratelor de leasing, dar există și posibilitatea includerii acesteia în rata de leasing, ceea ce asigură un confort sporit clientului din cauza reducerii taxei gradual, fără a mai fi necesar un efort financiar substanțial susținut la sfârșitul contractului.

O primă definiție din legislația europeană, provine din Franța, unde operațiunea specifică leasingului se regăsește sub denumirea de „credit-bail”.

În accepțiunea francezilor din 1966, revizuită în 1967, operațiunile de „credit-bail” sunt cele prin care o întreprindere **dă în locație unul sau mai multe bunuri imobiliare**, în vederea unei **utilizări profesionale**, cumpărate de ea sau construite prin eforturi financiare proprii, cu condiția ca, indiferent de calificarea acestor operațiuni, să fie respectat unul din drepturile clientului, respectiv, acesta să fie pus în postura de a alege și de a confirma dacă dorește să devină proprietar, în tot sau în parte, a bunurilor astfel închiriate, posibilitate ce trebuie valorificată în cazul unui răspuns pozitiv, cel mai târziu până la expirarea termenului contractual.

Transferul de proprietate, într-o manifestare de voință pozitivă, se poate realiza fie printr-o promisiune unilaterală de vânzare, fie prin achiziționare directă ori indirectă a dreptului de proprietate a terenului pe care au fost edificate imobilele închiriate, fie prin transferul de plin drept a dreptului de proprietate asupra construcțiilor edificate pentru acel locatar.

Deși relativ amplă, definiția mai sus prezentată se referă însă doar la leasingul imobiliar, fiind în măsură să prezinte cu claritate principalele elemente cuprinse de concepția tradițională asupra leasingului.

Recent, în doctrina franceză, definirea operațiunilor de leasing se face prin evidențierea funcțiilor economice ale acestuia. Este de reținut faptul că leasingul reprezintă o finanțare, a unei investiții de regulă productive, în principiu integrală, garantată de beneficiar cu însăși proprietatea investiției finanțate.¹

În consecință, se poate desprinde cu ușurință din definiție caracterul comercial al operațiunii, dar totodată și intenția legiuitorului de a încuraja activitățile economice aducătoare de profit ocazionate prin acest mod.

Prin circularele fiscale din jurul anilor 1971 - 1972, a fost dată în Germania o sumară definiție a leasingului, stabilindu-se drept criteriu în caracterizarea contractului, durata fixă a acestuia, și perioada înăuntrul căreia este reeșalonată restituirea capitalului investit de finanțator.

În circularele mai sus menționate era prevăzută o perioadă determinată (revocabila) pe care contractul este încheiat timp în care, una din părți nu poate apela la procedura de reziliere și mărirea plăților în timpul perioadei irevocabile, care se fac de către beneficiarul utilizator, în afara costului de achiziție ori de producție, inclusiv toate cheltuielile accesorii suportate de societatea finanțatoare.

Mai mult decât atât, în cele două circulare sunt cuprinse trei soluții care pot fi întâlnite în practică, în cadrul contractului de leasing:

- primă soluție ar fi cea în care se prevede expres opțiunea utilizatorului de a achiziționa bunul la sfârșitul perioadei irevocabile;
- în cea de-a doua soluție, o asemenea opțiune nu se prevede în contract, ori care eventual poate cuprinde numai acordul părților, în varianta în care, la expirarea perioadei irevocabile, va fi prelungită relația contractuală inițială;
- cea de-a treia soluție îmbracă forma contractelor de leasing încheiate în legătură cu bunuri specializate, care nu pot fi utilizate în condiții economice viabile, decât de către beneficiar, ceea ce implică, în baza acestui motiv, transferul de proprietate către beneficiar la sfârșitul perioadei contractuale.

Sub aspectul raportării acestuia la realitatea economică a operațiunii se apreciază că cea mai fidelă definiție a leasingului mobil și imobiliar este dată de către Legislația belgiană.

Decretul nr. 55 din 10 noiembrie 1967 din lege prezintă în art. 9 trăsăturile specifice contractului de leasing:

¹ M.Govanoli, „Le crédit-bail (leasing) en Europe. Development et nature juridique”, Paris, 1980, pag. 11.

- Contractul putea să includă doar acele echipamente pe care utilizatorul beneficiar le utiliza în scopuri imobiliare;
- Ținând seama de comanda pe care viitorul utilizator o transmitea și care în mod obligatoriu, trebuia să fie însoțită de specificațiile, detaliile și performanțele alese de către acesta, furnizorii achiziționau la rândul lor bunul sau bunurile comandate, în vederea predării acestora în sistem leasing.
- Durata contractului de leasing, de regulă, trebuia să corespundă perioadei în care bunul se prezenta util din punct de vedere al performanței economice;
- În perioada de utilizare determinată prin contract, prețul trebuia să fie stabilit astfel încât, utilizatorul, să-și fi putut amortiza valoarea bunului, fără dificultate;
- Deasemenea mai era inclusă în contract și clauza potrivit căreia, utilizatorul, la sfârșitul perioadei de utilizare determinată în contract, era îndreptățit să aleagă dacă dorește să cumpere bunul, plătiind valoarea reziduală¹, sau să îl returneze.

Prin art. 1 al Decretului regal nr. 30 din data de 28 decembrie 1970, referitor la imobile, s-au prevăzut următoarele:

- Contractul ce avea ca obiect un imobil existent la acea dată, fie el cumpărat sau construit de către finanțator, ținându-se cont de precizările detaliate ale utilizatorului, putea fi folosit de către beneficiar în legatură cu exercitarea activităților comerciale sau industriale;
- Folosirea edificiului și a terenului pe care era construit trebuia să fie predată utilizatorului, temei prezent în contract, ce nu putea fi reziliat, dar care în aceleași timp, nu era translativ de proprietate, finanțatorul deținând în continuare nuda proprietate;
- Ținând seama de totalul sumelor plătite în perioada de locațiune, utilizatorul era îndreptățit la sfârșitul contractului, să dobândească însăși proprietatea bunului primit în leasing;
- În ipoteza în care beneficiarul nu își manifesta dorința de a dobândi proprietatea imobilului, totalul sumelor plătite de utilizator în perioada contractului, trebuiau să fie folosite de finanțator pentru a-și reconstrui în întregime capitalul investit inițial, majorat chiar cu dobânzile primite de la utilizator.

Italia definește noțiunea de leasing – “Locazione finanziaria” în Legea nr. 183 din 2 aprilie 1986, art. 17 alin. 2, ca fiind: „o închiriere de bunuri mobile sau imobile, pe care finanțatorul le poate dobândi, ori confecționa, în legătura cu indicațiile date de utilizator, acesta din urmă, asumându-și toate riscurile pe întreaga perioadă a valabilității contractului, având și dreptul de a deveni proprietarul bunului primit în locațiune, cu condiția ca plata prețului stabilit să se achite până la data expirării acestuia”. Natura plăților și prețul nu reies din definiția de mai sus, aceasta fiind destul de simplă și sintetică.

Asemănător Italiei, legea elenă a atins aspectele cu privire la materia leasingului tot în 1986, moment în care, după aproximativ 20 de ani de la data apariției primei definiții, puteam discuta deja de o tradiție în domeniu, de un bagaj conceptual al Europei occidentale. Acest fapt se poate observa din vădita abținere a legiuitorului de a încerca oricare sintetizare a unei definiții juridice proprii, adoptând varianta abordării noțiunii de „leasing”, ca locațiune financiară, din obiectivele economice și juridice existente.²

Codul Civil al Federației Ruse în art. 665 numește contractul de leasing, contract de arendă financiară și îl definește ca fiind acel contract prin care locatorul, se obligă să procure în proprietate, bunul specificat de către locatar de la vânzătorul indicat de acesta și acordă acest bun contra cost, în posesiune și folosință temporară, cu scopuri de antreprenariat.

¹ A se vedea nota de subsol nr. 5.

² Jean Vulgaris, „La location financiere en Grece”, în Revista italiana de leasing, nr. 3/1987, pag. 575 și urm.

Definiția mai sus amintită se poate considera a fi drept una dintre cele mai potrivite în definirea acestui contract, deși vizibil mai scurtă și mai succintă decât toate definițiile prezentate până acum, aceasta atinge fără niciun fel de restrângeri, toate însușirile fundamentale contractului de leasing.

În România, contractul de leasing și operațiunile de leasing sunt definite și reglementate în principal de O.G. nr. 51/1997, privind operațiunile și societățile de leasing¹, de Legea nr. 93/2009 privind institutiile financiare nebancare și de Codul fiscal.

În O.G. nr. 51/1997, leasingul ca operație economică este definit astfel: *“... operațiunilor de leasing prin care o parte, denumită locator/finanțator, transmite pentru o perioadă determinată dreptul de folosință asupra unui bun al cărui proprietar este, celeilalte părți, denumită utilizator, la solicitarea acesteia, contra unei plăți periodice, denumită rata de leasing, iar la sfârșitul perioadei de leasing locatorul/finanțatorul se obliga să respecte dreptul de opțiune al utilizatorului de a cumpăra bunul, de a prelunge contractul de leasing ori de a înceta raporturile contractuale.”*²

Totodată legea 90/1998 care modifică și completează ordonanța guvernului, prevede noțiunea de leasing ca fiind *“..operațiunea în care o parte, denumită locator, se obligă ca, la solicitarea celeilalte părți, denumită utilizator,, să cumpere sau să preia de la un terț, denumit furnizor, un bun mobil sau imobil și să transmită utilizatorului posesia sau folosința asupra acestuia, contra unei plăți numite redevență, în scopul exploatării sau, după caz, al achiziționării bunului.”*

Ordonanța nu definește contractul de leasing, dar conține o definiție a operațiunilor de leasing, care cuprinde o serie de elemente suficiente pentru a se putea formula o definiție a acestui contract.

Conform art. 6 din OUG. nr. 51/1997, republicată, pentru a se putea vorbi de leasing, acesta trebuie să cuprindă cel puțin, pe lângă părțile contractante, respectiv a unui furnizor, a unei societăți finanțatoare (societatea de leasing) și a unui utilizator:

- Descrierea exactă a bunului care face obiectul contractului de leasing;
- Valoarea totală a contractului de leasing;
- Valoarea ratelor de leasing și termenul de plată a acestora;
- Perioada de utilizare în sistem leasing a bunului;
- Clauza privind obligația asigurării bunului;
- Definierea contractului de leasing ca leasing operational sau financiar;

Nici Codul fiscal nu definește contractul de leasing în sens general, însă acesta în art. 7 pct.7 - definiția termenilor comuni, reglementează contractul de leasing financiar și cel operațional făcând totodată și o delimitare între acestea două:

Astfel, se consideră contract de leasing financiar, cel care îndeplinește cel puțin una dintre următoarele condiții:

- a) riscurile și beneficiile dreptului de proprietate asupra bunului care face obiectul leasingului sunt transferate utilizatorului la momentul la care contractul de leasing produce efecte;
- b) contractul de leasing prevede expres transferul dreptului de proprietate asupra bunului ce face obiectul leasingului către utilizator la momentul expirării contractului;
- c) utilizatorul are opțiunea de a cumpăra bunul la momentul expirării contractului, iar valoarea reziduală exprimată în procente este mai mică sau egală cu diferența dintre durata normală de funcționare maximă și durata contractului de leasing, raportată la durata normală de funcționare maximă, exprimată în procente;

¹ Republicată în Monitorul Oficial nr. 9 din 12 Ianuarie 2000.

² D.Clocotici, Gh.Gheorghiu, „Operațiunile de leasing”, București, 2000, pag. 15

d) perioada de leasing depășește 80% din durata normală de funcționare maximă a bunului care face obiectul leasingului; în înțelesul acestei definiții, perioada de leasing include orice perioadă pentru care contractul de leasing poate fi prelungit;

e) valoarea totală a ratelor de leasing, mai puțin cheltuielile accesorii, este mai mare sau egală cu valoarea de intrare a bunului;

Contractul de leasing operațional presupune un contract de leasing încheiat între locator și locatar, care transferă locatarului riscurile și beneficiile dreptului de proprietate, mai puțin riscul de valorificare a bunului la valoarea reziduală, și care nu îndeplinește niciuna dintre condițiile prevăzute la pct. 7 lit. b) - e);

Riscul de valorificare a bunului la valoarea reziduală există atunci când opțiunea de cumpărare nu este exercitată la începutul contractului sau când contractul de leasing prevede expres restituirea bunului la momentul expirării contractului;

Aceasta reprezintă în mare parte, esența operațiunii de finanțare prin leasing.

Avantajele utilizatorului în cazul unui astfel de contract pot fi variate:

- Leasingul îi poate permite realizarea de investiții atunci când lichiditățile necesare pentru acestea nu sunt mulțumitoare. De cele mai multe ori, o investiție atrage după sine și sporirea cifrei de afaceri, din surplusul de venit obținut putându-se acoperi inclusiv redevențele lunare.

- Permite celui care apelează la o astfel de operație economică să-si poată folosi fondurile în vederea sporirii capitalului de lucru.

- Îi conferă posibilitatea de a fi mereu în pas cu noua tehnologie prin avantajul că, la sfârșitul fiecărei perioade contractuale, bunul poate fi returnat societății finanțatoare și închiriat un altul, ale cărui caracteristici tehnice îmbunătățite pot da dovadă de o eficiență mai mare în exploatare.

- Posibilitatea de a beneficia de o amânare a plății taxelor vamale pentru bunurile aduse din import, până la sfârșitul contractului. Plata taxelor vamale făcându-se la doar 20% din valoarea totală a bunului.

- Dispune de facilități fiscale pentru întreaga valoare a ratei de leasing, aceasta fiind deductibilă fiscal pentru IMM¹.

Leasingul s-a dovedit a fi unul dintre cele mai eficiente moduri de finanțare a investițiilor productive, utilizatorii, beneficiind de un plus de siguranță. Acesta poate fi utilizat cu succes chiar și în cazul unor proiecte ale statului, prin intermediul leasingului public, sau de către comunități prin intermediul leasingului comunal.

Totodată leasingul, poate fi combinat cu unele facilități fiscale, din care poate reieși un mijloc eficient de dezvoltare a unor regiuni subdezvoltate, acesta putând fi o alternativă modernă a creditului clasic, dar și o variantă de remobilizare a unui capital imobilizat (lease-back).

Se încurajează în mod indirect producția de bunuri mobile și construirea de imobile, prin plata furnizorilor de bunuri din utilizarea fondurilor sindicalizate² din contractele de leasing cu valoare mare. Acestea pot atrage capitalul de pe piață și direcționarea lui către investiții, provocându-se astfel o vitalizare a unei economii decapitalizate.

În plan internațional, leasingul s-a conturat drept un mijloc de sprijinire a exporturilor, o metodă de finanțare a societăților cu proiecte de dezvoltare, și nu în ultimul rând, o cale credibilă de finanțare a investițiilor statelor în plin curs de dezvoltare.

¹ Intreprinderi mici și mijlocii.

² Creditele sindicalizate sunt creditele acordate de către un grup de bănci care se reunesc într-o entitate lipsită de personalitate juridică (denumită în doctrină și sindicat sau pool bancar), în vederea finanțării, de cele mai multe ori, pe termen mediu, a unei operațiuni. Aceasta poate consta în nevoi generale, refinanțare, finanțare de exporturi, credite de achiziție, sau finanțarea infrastructurii și se acordă, de obicei, statelor sau marilor societăți.

1.4. Domeniul de aplicare a leasingului în România

Leasingul și operațiunile de leasing sunt reglementate prin Ordonanța Guvernului nr. 51/1997, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 224/09.1997, modificată prin Legea nr. 90/28 IV 1998, publicată în Monitorul Oficial nr. 170/30 partea a IV-a, 1998.

Domeniul de aplicare:

Prezentul act normativ nu se aplică la toate operațiunile de leasing, așa cum le-am prezentat anterior, în acest caz, putând a se face deosebirea între două tipuri de operațiuni și anume: Operațiuni de leasing vizate de legea nr. 90/1998 și operațiunile nevizate de aceasta.

1) *Operațiunile de leasing vizate de legea nr. 90/1998 care modifică OG 51/1997* se definesc în art. 1 din lege.

Primul și al doilea alineat cuprind definiția, respectiv obiectul leasingului, al treilea, cel în care se prevăd bunurile care nu pot fi utilizate în sistem de leasing (bunurile care fac obiectul unei concesiuni cât și înregistrările pe banda audio și video, piesele de teatru, manuscrisele și brevetele) fiind abrogat.

Acest tip de operațiune definește leasingul ca fiind “operațiunile în care o parte, denumită locator, se obligă ca, la solicitarea celeilalte părți, denumită utilizator, să cumpere ori să preia de la un terț numit furnizor, un bun mobil ori imobil și să transmită utilizatorului posesia sau folosința asupra acestora contra unei plăți numită redevență în scopul exploatării sau, după caz, al achiziționării bunului”.

Definiția dată în acest tip de operațiune, poate fi una incompletă în ceea ce privește sfera sa de cuprindere și inexactă prin utilizarea de termeni improprie. Pentru a se ajunge la o definiție complexă și a se putea atinge toate punctele și toate aspectele cheie privind aceste operațiuni, este neapărată nevoie de o coroborare cu alte texte. Astfel, lipsește un drept de opțiune al utilizatorului, acela de a putea solicita achiziționarea bunului, restituirea acestuia sau prelungirea contractului de leasing. *Însuși dreptul de opțiune, separă leasingul de locațiune și îi conferă individualitate.*

Nici elementele de lease-back nu au fost introduse în definiție, situație în care, societatea de leasing în sine, este proprietara bunului, sau aceasta îl construiește, ceea ce face ca terțul furnizor, să fie exclus. Astfel, definiția dată nu este generalizatoare, deși în art. 3 din lege se specifică și ipoteza societății de leasing în calitate și de furnizor.

În legătură cu terminologia folosită, definiția conține mai mulți termeni, impropriu utilizați și fără a se fi făcut precizarea sensului lor. Ca exemplu, noțiunea de “locator”, cel care închiriază un bun, îl privește pe finanțatorul operațiunii de leasing, de unde și firesc a se menționa “finanțator”, tocmai pentru a se putea face distincția în mod corect față de locațiune.

Mai mult, noțiunea de posesie a fost folosită în mod greșit, în sens juridic, posesia semnifică fie un atribut al dreptului de proprietate, fie o stare de fapt, o stăpânire materială a unui bun în baza unui titlu anulabil, ceea ce permite dobândirea proprietății prin uzucapiune. Ori, în cazul leasingului pe toată durata contractului, utilizatorul are o detenție precară, obținută printr-o convenție și nu o posesie.

Din definiție, cu amendările aduse, rezultă următoarele caracteristici ale operațiilor de leasing:

I. Doar societățile comerciale specializate și autorizate pot realiza operațiuni de leasing.

Operațiunile de leasing efectuate de alți operatori de pe piață de capital sau de mărfuri nu sunt în legalitate astfel, potrivit art. 14 din Legea 90/1998, “societățile comerciale de leasing se înființează și funcționează potrivit Legii nr. 31/1990”. Legiuitorul a dorit astfel să-și exprime în mod direct intenția de a conferi leasingului un caracter pur profesional, în scopul asigurării unei eficiențe cât mai

ridicate, o altfel de reglementare, nefiind fezabilă, din pricina valorilor banești foarte mari necesare a fi folosite de către finanțator și cunoștințele economico-financiare necesare pentru a concepe, fundamenta și transpune în realitate complexele acestei operațiuni.

II. Bunurile incluse în operațiunile de leasing pot fi bunuri mobile sau imobile folosite pentru exploatare comercială sau folosința îndelungată ori pentru simpla locuința a unor persoane fizice.

În funcție de scopul urmărit de utilizator se formează două criterii de selecție a bunurilor:

➤ În cazul persoanelor fizice, în calitate de consumatori, operațiunile de leasing pot avea ca obiect bunuri de folosință îndelungată și imobilele cu destinație de locuință.

➤ În cazul comercianților, orice bun, mobil sau imobil, în scopul unei exploatare comerciale, poate fi solicitat de utilizatori și aprobat spre finanțare de către societatea de leasing.

III. Bunurile, în funcție de natura lor - mobile sau imobile, sunt cumpărate sau construite pentru societatea de leasing în vederea dării spre folosință utilizatorilor.

Legea, neindicând nicio prevedere în legătură cu persoana de la care se cumpără bunurile sau cea care le construiește, rămân valabile dispozițiile aplicabile atât leasingului propriu-zis cât și în situația cumpărării bunurilor de la utilizator. O asemenea interpretare se poate da având în vedere dispozițiile art. 16 din Legea 90/1998 completat prin Ordonanța 51/1997, art. 22, cu caracter specios, care oferă persoanelor juridice posibilitatea de a-și vinde echipamentele industriale către societățile de leasing, pentru a le utiliza în sistem leasing, dar cu obligația de rascumpărare.

IV. Bunurile date spre folosință, rămân în proprietatea societății de leasing. Utilizatorul bunurilor este doar un simplu locatar pe toată durata contractului, neavând nici un drept de dispoziție juridică asupra bunului.

V. Utilizatorul, la momentul expirării duratei de folosință prevăzută în contractul de leasing, are posibilitatea de a rămâne proprietarul, în tot sau în parte, a bunurilor folosite. Legea se referă însă strict la operațiunile în care utilizatorul are posibilitatea de a opta la finele perioadei de folosință, respectiv de a solicita achiziționarea bunurilor, prelungirea contractului de leasing ori restituirea acestora¹.

Legea nu se aplică operațiunilor în care locatorul, la sfârșitul perioadei de locațiune, devine în mod automat proprietarul bunurilor.

VI. În cazul în care se exercită opțiunea de dobândire a proprietății, utilizatorul este ținut să plătească un preț rezidual, în funcție de vărsămintele efectuate pe durata folosinței bunurilor, cu titlu de redevență. În acest sens, “ în cazul în care, la expirarea contractului de leasing, utilizatorul își exprimă intenția de a cumpăra bunul, societatea de leasing trebuie să ia în calcul vărsămintele efectuate anterior cu titlul de redevență precum și valoarea reziduală a bunului.”²

Pentru ca operațiunea să cadă sub incidența ordonanței, toate aceste caracteristici trebuie îndeplinite în mod cumulativ, iar pentru a forma obiect al contractului de leasing, bunurile trebuie să fie strict determinate și să întrunească caracteristicile unei operațiuni de leasing.

Astfel, din această categorie fac parte următoarele:

a) Echipamentele industriale

¹ Art. 4, lit. e din Legea 90/1998.

² Art.6 din Legea 90/1998.

b) Bunuri imobile cu destinație comercială, achiziționate sau construite de o societate de leasing.

c) Fondul de comerț sau elementele sale corporale

d) Bunurile de folosință îndelungată și imobilele, cu destinație de locuință, pentru persoanele fizice.

Legea 90/1998 a pastrat prevederile art. 1 alin 3 al Ordonanței nr. 51/1997, care excludea utilizarea în sistem de leasing a următoarelor tipuri de bunuri:

- Bunurile care fac obiectul unei concesiuni¹

- Înregistrările pe bandă audio sau video, piesele de teatru, manuscrisele și brevetele²

2) *Operațiunile de leasing nevizate de legea nr. 90/1998 care modifică OG 51/1997* se delimitează prin faptul că nu cuprind operațiunile care nu întrunesc toate trăsăturile și condițiile prevăzute de lege, cum ar fi:

- Operațiunile privind bunurile de folosință personală sau familială, mai puțin bunurile de folosință îndelungată și locuințele care pot constitui obiect al leasingului;

- Bunul nu a fost cumpărat sau preluat de societatea de leasing pentru a-l da în folosință utilizatorului.

- În cazul în care societatea de leasing este locatar și subînchiriează (caz în care nu se exercită dreptul de opțiune).

- Operațiunile de locațiune-vânzare, în care locatarul devine automat proprietar la sfârșitul perioadei de locațiune (caz în care locatarul nu dispune de dreptul de opțiune).

- Simpla locațiune

Operațiunile nevizate de lege nu pot beneficia de regimul juridic stabilit, cel puțin sub următoarele aspecte:

- Obligațiile trecute în sarcina utilizatorului nu subzistă “de jure” în cazul unei asemenea operațiuni, decât în baza unei prevederi exprese în acest sens;

- Operațiunile efectuate de astfel de societăți nu sunt supuse publicității prevăzute în legea 90/1998.

Capitolul 2: Noțiunea și formele contractului de leasing

2.1 Noțiunea, trăsăturile și clasificarea contractului de leasing.

Asa cum am amintit și mai sus, operațiunea de finanțare prin leasing presupune ca o societate de leasing să cumpere de la un furnizor bunul solicitat de către utilizator și să cedeze folosința acestuia din urmă pentru o anumită perioadă de timp în schimbul unei redevențe (rate) lunare.

Datorită operativității cu care poate satisface necesitățile financiare ale agenților economici și persoanelor fizice deopotrivă, leasingul este considerat a fi o metoda bună de finanțare în principal. Printr-o operațiune de leasing se pot evita proceduri complicate precum contractarea unor credite bancare, proceduri ce uneori presupun necesitatea imobilizării pentru constituirea de garanții a unor elemente ale patrimoniului societății sau a celui privat.

Succesul economic deosebit al acestei noi operațiuni a impus leasingul în atenția tuturor.

Leasingul este la acest moment pe plan internațional, unul dintre cele mai răspândite mijloace de realizare a finanțării.

¹ Noțiunea de concesiune este folosită cu privire la proprietatea publică, astfel chiar art. 135 pct. 5 din Constituție prevede că: “bunurile proprietate publică sunt inalienabile. În condițiile legii ele pot fi date în administrare regiilor autonome ori instituțiilor publice sau pot fi concesionate ori închiriate”.

² Interdicție justificată de prevederile Legii 8/1996 privind drepturile de autor și ale Legii 64/1991 privind brevetele de invenție.

În lipsa unor reglementări unice, în literatura de specialitate a noțiunii de leasing, intervine o primă dilemă atunci când se pune în discuție lămurirea cu privire la situația existenței cu adevărat a unui asemenea contract, de sine statator, sau situația existenței unei operațiuni cu specific de leasing formată din mai multe contracte, pe cale de consecință, inexistența unei reglementări exhaustive a condus la doua opinii separate, una împărțită de sistemul *common law* și o alta de *sistemul romano-germanic de drept* (sistemul civil).

Fiind bazate pe dreptul natural (nescris), în sistemul *common law*, deciziile instanțelor se conturează printr-o manieră atipică. Cu privire la interpretarea și aplicarea înțelegerilor în legătură cu leasingul, principiul *pacta sunt servanda*, înlătură dubiile, știrbind intențiile părților până la un anumit punct prin implicarea statului prin corpurile administrative la încheierea unei astfel de operațiuni.

De regulă, statul impune o serie de reguli cu privire la unele aspecte fiscale și vamale în afacerile legate de leasing, fapt ce trebuie văzut ca un aspect de interes public (*ius cogens*) și nicidecum ca o îngrădire a manifestării de voință a părților.

În ceea ce privește existența contractului de leasing este de necontestat faptul că acesta este prezent și în sistemul român de drept, el fiind chiar un contract numit și tratat de Ordonanța Guvernului nr. 51/1997, precum și de Codul fiscal.

În concluzie, contractul de leasing se poate caracteriza drept un mijloc juridic prin care operațiunea de leasing, ca modalitate de finanțare, poate lua naștere, pe cale de consecință, atunci când ne referim la totalitatea raporturilor juridice ne aflăm de fapt în fața operațiunilor de leasing, iar atunci când aducem vorbire despre actul încheiat între finanțator și utilizator, ne vom afla în situația unui contract de leasing.

Referindu-ne la contractul de leasing stricto-sensu vom arăta că acesta este un contract consensual, sinalagmatic, cu titlu oneros, comutativ, cu executare succesivă, numit, translativ de proprietate și intuitus personae.

○ *Caracterul consensual.* Contractul de leasing este un contract consensual, simplul acord de voință fiind suficient pentru realizarea acordului în mod valabil. Încheierea contractelor ce intră în structura acestuia în formă autentică sau prin act scris nu reprezintă condiții de validitate, ci doar condiții “ad probationem”.

○ *Caracterul sinalagmatic.* Contractul de leasing este un contract sinalagmatic deoarece ambele părți se obligă reciproc. Acesta dă naștere la obligații corelative și interdependente. Finanțatorul se obligă să asigure utilizatorului folosința pentru o perioadă de timp a bunului dat în leasing, iar utilizatorul se obligă să plătească finanțatorului rata de leasing.

○ *Caracterul oneros.* Contractul de leasing este un contract cu titlu oneros, deoarece ambele părți contractante urmăresc un interes patrimonial. Locatorul/finanțatorul primește rate de leasing plătite periodic de către utilizator, iar utilizatorul beneficiază de folosința bunului pe perioada derulării contractului, la sfârșitul căreia se poate bucura de dreptul său de opțiune.

○ *Caracterul comutativ.* Contractul de leasing este un contract comutativ, deoarece părțile cunosc întinderea drepturilor și obligațiilor încă din momentul încheierii contractului, fiind stipulate atât în convenția părților cât și în lege.

○ Contractul de leasing este un contract *cu executare succesivă* întrucât prestațiile părților se execută, iar efectele sale se produc, pe tot parcursul derulării contractului, pe aceeași perioadă și în același timp. Acest fapt are consecințe importante legate de desfășurarea raporturilor dintre părți,

cum ar fi problema riscului, a efectelor privind neexecutarea contractului¹ ori a prescripției dreptului la acțiune.²

○ *Caracterul translativ.* Efectul translativ operează în raporturile dintre societatea de leasing și utilizator, în cazul în care, la sfârșitul perioadei de leasing, acesta dorește să achiziționeze bunul. Considerăm că acest caracter translativ se manifesta numai în cazul raporturilor dintre finanțator și utilizator, raporturile dintre furnizor și finanțator fiind în afara sferei contractului de leasing stricto-sensu.³

○ *Contract negociat.* Contractul de leasing se poate considera mai mult un contract negociat decât unul de adeziune, afirmație întărită de art. 6 alin.3 și art 11 din O.G. 51/1997 unde se stipulează în mod clar faptul că în contractul de leasing părțile pot conveni și alte clauze, acestea nefiind limitate de cele prevăzute de lege.

○ *Contract numit.* Contractul de leasing este un contract numit, fiind expres reglementat de legislația în vigoare și aplicându-i-se regulile specifice prevăzute în O.G. nr.88/1997, etc.

○ *Caracterul intuitie personae.* Contractul de leasing este un contract intuitie personae, în ceea ce-l privește pe utilizator, societatea de leasing încheind contractul în considerarea calităților utilizatorului care este obligat să prezinte odată cu cererea de a contracta și acte referitoare la situația sa financiară, precum și date referitoare la exploatarea ulterioară a bunului, în cazul unei destinații comerciale sau industriale. Majoritatea informațiilor se referă însă mai mult la situația patrimonială decât la cea personală a utilizatorului, de aceea caracterul intuitie personae al contractului de leasing poate fi discutabil, cu atât mai mult cu cât anumite efecte ale contractelor intuitie persoane precum revocarea, încetarea existenței finanțatorului, decesul utilizatorului etc. nu își găsesc aplicare în acest contract. De regulă, utilizatorul nu poate instraina drepturile sale, ori cesiona contractul fără acordul finanțatorului.⁴ Însă, în cazul unei succesiuni universale, (fuziune, comasare), ori cu titlu universal, drepturile și obligațiile prevăzute în contract nu se sting, indiferent dacă transmisiunea se referă la patrimoniul locatorului, ori al utilizatorului.⁵

○ *Caracterul executoriu.* Un aspect practic extrem de important îl reprezintă caracterul executoriu al contractului de leasing, astfel art.8 din O.G. nr.51/1997 dispune: “contractele de leasing, precum și garanțiile reale și personale, constituite în scopul garantării obligațiilor asumate prin contractul de leasing, constituie titluri executorii”.

Și în reglementarea anterioară adoptării Legii nr 287/2006 pentru modificarea O.G. nr. 51/1997, contractul de leasing avea caracter de titlu executoriu, dar doar în situația în care, utilizatorul refuza predarea bunului, sau nu formula opțiunea cumpărării acestuia, sau atunci când rezilierea se făcea din vina exclusivă a utilizatorului.

Condițiile legii anterioare s-au păstrat însă și în O.G. 51/1997, dar doar în cazul programelor pentru calculator astfel, art 8¹ prevede că toate contractele de leasing, care au ca obiect dreptul de utilizare a programelor pentru calculator constituie titlu executoriu, dacă utilizatorul nu renunță la

¹ În caz de neexecutare culpabilă a obligațiilor uneia dintre părți, desființarea contractului are efect pentru viitor(ex nunc), aplicându-se regulile specifice rezilierii contractului.

² A se vedea Smaranda Angheni, Magda Volonciu, Camelia Stoica, op.cit., p.299.

³ Pentru alta opinie, a se vedea Belu Magdo Mona-Lisa, contracte comerciale traditionale si moderne, Editura Tribuna Economică Bucuresti, 1996, p.189.

⁴ A se vedea Smaranda Angheni, Magda Volonciu, Camelia Stoica, op.cit., p.495-496.

⁵ În cazul bunurilor cu destinație comercială sau industrială, succesorul trebuie să respecte condițiile de exploatare a acestora, așa cum au fost ele prezentate în planul de exploatare, la momentul încheierii contractului.

dreptul de utilizare, nu precedează la deinstalarea programului și la ștergerea copiilor de siguranță, precum și, după caz, la restituirea suporturilor și documentației aferente programului pentru calculator, în următoarele situații:

a) la sfârșitul perioadei de leasing, dacă utilizatorul nu a formulat opțiunea cumparării bunului, respectiv opțiunea dobândirii dreptului definitive de utilizare a programului pentru calculator sau a prelungirii contractului.

b) în cazul rezilierii contractului din vina exclusivă a utilizatorului.

Ultima ipoteză este cea care poate ridica dificultăți, în situația în care ne aflăm în prezența unei rele intenții și necooperări a utilizatorului.¹

În concluzie, din examinarea textelor de mai sus, putem interpreta faptul că, în afară de programele de calculator, cu situațiile reglementate de lege, în toate celelalte cazuri, contractul de leasing constituie titlu executoriu. Astfel, prin acesta, finanțatorul are puterea de a trece la executarea silită a utilizatorului, fără a mai fi necesară intervenția unei instanțe.

Contractele de leasing se clasifică:

▪ După calitatea utilizatorului, leasing poate fi public sau privat

- *Public*, dacă utilizatorul este o comunitate locală, iar beneficiarul este Statul.

- *Privat*, în cazul în care se realizează finanțarea unei întreprinderi particulare ce vizează bunuri cu destinație comercială sau industrială ori în cazul persoanelor fizice, bunuri de folosință îndelungată sau imobile cu destinație de locuințe.

▪ După apartenența părților:

- *Leasing național* – dacă părțile aparțin aceluiași stat;

- *Leasing internațional* – în cazul în care intervine un element de extraneitate. Spre exemplu, se poate vorbi despre leasing internațional în cazul achiziționării unui echipament industrial sau a altor bunuri mobile de valoare mare (avioane, sateliți, camioane, petroliere, etc)²

▪ După modul de calcul al redevențelor:

- Contractul de leasing cu amortizare *integrală* (full-pay-out-leasing) în care suma redevențelor plătite de utilizator din care se scade cea cu titlu de marjă de profit, amortizează valoarea bunului.

¹ Admițând faptul că, încurajați de dispozițiile art. 15 din ordonanță, societățile de leasing își prevăd clauzele de reziliere extrem de energice în contractele de leasing, de principiu finalitatea încheierii unui contract de leasing nu este rezilierea lui. Din acest motiv, datorită faptului că există bunuri a căror utilitate este restrânsă la un număr extrem de limitat de potențiali utilizatori, prezintă importanță îndeplinirea de către utilizator a oricăreia din obligațiile contractuale pe care și le asumă și evitarea pe cât posibil a rezilierii contractului și investiții cu formulă executorie pentru îndeplinirea obligației de predare.

Din aceste motive, s-a propus considerarea contractelor de leasing, cât și a celor prin care se constituie garanții reale sau personale ca fiind titluri executorii, pentru integralitatea obligațiilor asumate de utilizator în cadrul raporturilor de leasing, iar rezilierii, pentru a evita interpretarea potrivit căreia nu este posibilă decât pe cale judecatorească.

² “GE CAPITAL: Jack Welch’s Secret Weapon”, în “FORTUNE” din 10 noiembrie 1997, pag 116.

- Contractul de leasing cu amortizare *parțială*. Acest tip de contract se caracterizează prin existența unei valori reziduale mai ridicate și care face posibilă apariția dreptului de opțiune. (non-full-pay-out- leasing).

▪ După apartenența fondurilor investite prin contractul de leasing:

- Leasingul realizat din fondurile unei societăți de leasing;

- Leasingul sindicalizat – este menționat în art. 23 din Ordonanța 51/1997 care prevede că “ bunurile ce fac obiectul unui contract de leasing pot fi utilizate în sistem de leasing de mai multe societăți comerciale, dacă între acestea și locator/ finanțator s-a încheiat un contract în acest sens.”. În acest mod putându-se finanța investiții mari cu riscuri destul de mici.

▪ După proveniența bunurilor finanțate:

- Contractul de leasing clasic, cu structură tripartită – bunul provenind de la o terță persoană numită furnizor.

- Contractul de leasing în care, obiectul contractului de leasing este construit chiar de către finanțator.

- Lease – back sau sale and lease – back, în cazul în care bunul utilizat este vândut societății de leasing, chiar de către beneficiar (leasing financiar).

▪ După natura bunului contractat:

- Leasingul poate fi mobilier, caz în care obiectul contractului îl reprezintă bunurile cu destinație comercială sau industrială sau de ce nu, bunurile de folosință îndelungată.

- Sau imobilier, contract ce poate avea ca obiect imobilele cu destinație industrială sau comercială sau cele cu destinația de locuință pentru persoanele fizice.

2.2 Natura juridică a operațiunilor de leasing.

Nesuprapunându-se nici unei figuri juridice din dreptul privat european, leasingul a dat naștere la dispute de ordin teoretic purtate de doctrina pe un camp foarte vast, delimitat de contractele tradiționale care îl compun.¹

În același timp, jurisprudența franceză a statuat că din punct de vedere economic, leasingul este o operațiune financiară, dar care se realizează juridic cu ajutorul contractelor de tip clasic: este vorba de o locațiune însoțită de o operațiune de finanțare și de o promisiune de vânzare.²

Delimitarea exactă a naturii juridice a leasingului are o deosebită importanță în plan practic, pentru a se determina atât obligațiile părților din contractul bilateral propriu-zis, cât și raporturile juridice ce iau naștere între acestea și terți. În acest sens, este necesar să parcurgem o analiză comparativă a raporturilor obligaționale care se formează în cadrul contractului de leasing, precum și a celor care se formează prin încheierea unor alte contracte asemănătoare.

Contractul de leasing, deși formulat pe baza operațiunilor de leasing, nu este definit în niciun act normativ, fiind o operațiune complexă ce împrumută elemente specifice de la mai multe contracte

¹ Gabriel Tița-Nicolescu, op.cit. p.85

² C. A.Paris, decizie comentată în D. Clocotici, Gh. Gheorghiu, op.cit., p.23

precum cel de vânzare-cumpărare, stipulația pentru altul, cel de locațiune, de credit bancar, de comision, de agentie și de antepriză, de asigurare, dar și de la diverse alte institutii juridice.

Delimitarea contractului de leasing de celelalte contracte asemănătoare:

Baza contractului de leasing este inrudită cu cea a contractului de locațiune, leasingul “clădindu-se” din punct de vedere juridic pe locațiune, pentru că și acesta presupune transmiterea dreptului de folosință asupra bunului exploatat dar în regim de leasing și în schimbul unei remuneratii periodice constituind nu chirie, ci rata de leasing.

În practica judiciară s-a decis că operațiunea de leasing pe plan juridic constituie o închiriere, ceea ce explică existența mai multor elemente specifice contractului de locațiune, combinate cu promisiunea unilaterală de vânzare¹.

În temeiul art. 1169 C. civ. privind libertatea de voință a părților, dacă din examinarea clauzelor contractuale rezultă faptul că acestea au avut în vedere încheierea unui contract de leasing, indiferent dacă au atribuit actului juridic încheiat titulatura de “contract de închiriere” sau nu, acestuia nu i se va putea da ulterior o altă calificare peste voința lor.

În forma sa de bază, leasingul a plecat de la însuși contractul de locațiune, ulterior ajungându-se ca între aceste două contracte să se creeze o diferență destul de substanțială. Deși contractul de leasing are multe în comun cu contractul de locațiune, între acestea două există însă și multe deosebiri:

În primul rând, în ceea ce privește *numărul participanților* la contract, în cazul contractului de locațiune apar doi participanți – locatorul și locatarul, pe când în cazul leasingului apare și un al treilea participant – vânzătorul (furnizorul).

În cazul contractului de locațiune, locatorul și locatarul pot fi orice persoane - fizice sau juridice, în schimb, în cazul leasingului, compania de leasing trebuie să dispună de o autorizație specială de activitate.

Referitor la *dreptul de proprietate* asupra bunului, în contractul de locațiune, la sfârșitul perioadei, bunul închiriat poate trece în proprietatea locatarului în baza unui contract separat de vânzare-cumpărare, în schimb, în cazul contractului de leasing, la sfârșitul perioadei de locațiune, bunul poate trece în posesia locatorului în baza unui preț rezidual.

Cu privire la *dreptul de opțiune al locatorului*, în cazul contractului de locațiune, după încetarea locațiunii, acesta trebuie să restituie bunul în starea în care a fost predat. În cazul contractului de leasing, locatorul, are dreptul de a opta pentru cumpărarea bunului, prelungirea contractului de leasing ori încetarea raporturilor contractuale.

În legătură cu *plata chiriei*, locatarul plătește o chirie cât timp are nevoie de bunul respectiv, după care, îl poate restitui, deci poate oricând revoca contractul. Pe cale opusă, contractul de leasing nu poate fi revocat de nici una din părți, beneficiarul utilizator fiind ținut să plătească chiria până la data prevăzută în contract, chiar dacă nu mai are nevoie de bunul respectiv.

Calculul ratelor se realizează astfel: în cazul contractului de locațiune, ratele se stabilesc în funcție de condițiile existente pe piață și reprezintă însăși contravaloarea dreptului de folosință, deci nu țin de o recuperare a valorii bunului. În cazul contractului de leasing, ratele se stabilesc în funcție de prețul de achiziție al bunului și perioada pe care se întinde, preț în care se cuprind inclusiv dobânda, profitul, taxele față de stat². Aici, valoarea poate fi recuperată în cazul în care în cuprinsul ratelor este inclusă și valoarea reziduală sau aceasta este plătită separat, la sfârșitul perioadei contractuale, fapt pentru care utilizatorul intra în posesia drepturilor depline asupra bunului, devenind proprietar.

¹ Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă C.C.I.R., sentința nr. 79 din 28 aprilie 2000, în C.Cucu, M.Gavriș, op. cit., pag 136.

² Rus Ioan. Scurte aprecieri privind importanța leasingului față de alte operațiuni comerciale, publicat în Revista Metalurgia, 2008, nr.2, p.58-59.

Delimitarea contractului de leasing de vânzarea-cumpărarea în rate.

Leasingul se deosebește de vânzarea cu plata prețului în rate, contract referitor la bunurile stabilite de lege, cu plata unui acout la încheierea contractului și achitarea diferenței în rate lunare care se rețin din salariu.¹

În cazul vânzării cu plata prețului în rate, *transmiterea dreptului de proprietate* și a riscurilor se face de la momentul încheierii contractului², cu mici excepții de restricție ce pot reveni cumpărătorului de a nu înstrăina bunul, pe când în cazul leasingului, pe toată perioada contractuală, finanțatorul (locatorul) este cel care păstrează proprietatea asupra bunului, toate celelalte obligații, revenind utilizatorului (locatarului), proprietatea transmitându-se ulterior, numai în cazul în care utilizatorul își manifestă intenția în acest sens.

Si jurisprudența franceză a statuat că leasingul nu implică transferul imediat al proprietății la cumpărător, ca în cazul vânzării cu plata în rate a prețului, la care acest transfer operează în momentul formării contractului.³

Măsoară cu proprietatea asupra bunului, prin vânzare se transmite și riscul contractului, pe când în cazul leasingului, transmiterea proprietății și a riscurilor se disociază.⁴

Astfel, conform noului Cod Civil, riscul poate fi suportat și de finanțator, ca debitor al obligației imposibil de executat, putând fi astfel rasturnată prezumția legală insituată prin prevederile O.G. nr. 51/1997, doar dacă acest lucru este stipulat în mod expres în contract, în caz contrar, utilizatorul nu poate fi exonerat de risc.

Redevențele nu au natura juridică a ratelor, însă acestea pot fi deduse, în cazul în care utilizatorul își manifestă opțiunea de a cumpăra bunul aflat în posesie.

Durata pe care se fac plățile, în cazul vânzării cu plata în rate, este de obicei mai scurtă, pentru că se urmărește doar facilitarea achiziționării bunului de către beneficiar. În schimb, în cazul operațiunii de leasing, durata este ceva mai mare, mergându-se pe ideea de finanțare a clientului.

Cu privire la *dobândă*, trebuie precizat că pentru vânzarea cu plata în rate se percepe o dobândă mai mică, dată fiind și durata mai scurtă, comparativ cu leasingul, în care durata este mai întinsă.

Leasingul se deosebește de contractul de vânzare-cumpărare, cu pastrarea proprietății până la plata prețului deoarece această formă de vânzare, deși transferă proprietatea abia la termen, naște toate celelalte efecte specifice vânzării. În plus, trebuie menționat faptul că la plata prețului cumpărătorul devine automat proprietarul bunului, situație inexistentă în cazul contractului de leasing, unde la sfârșitul perioadei contractuale, utilizatorul poate opta către achiziționarea bunului.

Cele mai frecvente, sunt cazurile în care consumatorii merg la o companie de leasing, își aleg automobilul pe care și-l doresc din rândul celor care există deja și încheie astfel cu compania respectivă un contract de leasing. Din punct de vedere juridic, acest contract nu se deosebește cu nimic de contractul de vânzare-cumpărare al automobilului cu plata prețului în rate.

Pentru ca să se poată discuta despre un contract de leasing, în adevăratul sens al cuvântului, consumatorul, măsoară ajuns la compania dorită de acesta trebuie să dea comandă companiei de leasing de ce bun are nevoie, bun indicat până la cele mai mici detalii, iar compania de leasing să achiziționeze bunul, încheind cu producătorul (fabrica) un contract de vânzare-cumpărare și abia ulterior să predea bunul respectiv consumatorului în baza contractului de leasing.

¹ A se vedea pentru amănunte Stanciu D. Carpenaru, op.cit. p. 453-456.

² Hotărârea Guvernului nr. 280/1990 privind vânzarea de mărfuri, prestarea de servicii și executarea de lucrări cu plata prețului în rate, publicată în M. Of., P.P., nr. 46/1990.

³ C.Cass.com Paris, 27.19.1983, în Gazette du Palais 1984, I, p.42.

⁴ Gabriel Tița-Nicolescu, op.cit. p. 89

Delimitarea contractului de leasing de stipulatia pentru altul

Acest tip de contract este prevăzut mai mult sub forma unei clauze în contractul de vânzare-cumpărare încheiat între finanțator și furnizor fiind regăsit adeseori și sub numele de contract în folosul unui terț în care, un furnizor (ca promitent) se obligă fata de finanțator (ca stipulant) să pună la dispoziția unui utilizator (denumit și terț beneficiar) bunul care constituie propriu-zis, obiectul contractului de vânzare-cumpărare încheiat între primele două părți.

Delimitarea contractului de leasing de contractul de credit bancar

În decizia sa din 10 octombrie 1979¹, Curtea din Paris a statuat că în mod cert leasingul presupune și o închiriere, dar caracterul sau esențial constă în finanțarea integral de către utilizator a unei investiții. Curtea conchide că leasingul nu este nici un împrumut, nici un credit, și nu este nici o vânzare cu termen, mai ales că spre deosebire de ultima categorie, plățile făcute cu titlu de amortismente nu pot fi restituite, dacă vânzarea nu mai are loc din diferite motive.

Leasingul, îl putem asemăna unui credit de investiții, chiar dacă beneficiarul nu devine imediat proprietarul acesteia. Din acest motiv, leasingul mai este calificat și drept un “credit în natura” sau “operațiune cu scop financiar grevată de un contract de închiriere”. Legat de finanțator, leasingul poate fi definit ca “un credit mediu sau lung, garantat pe un drept de proprietate”².

Forma clasică a contractului de leasing se aseamănă cu cea a contractului de credit bancar. Din punct de vedere economic, atât leasingul, cât și creditul bancar presupun un împrumut pe termen determinat cu achitarea de către debitor a unei dobânzi.

Cu toate acestea, cele două contracte sunt absolut diferite. S-a observat că, de regulă confuzia o fac, poate într-un mod intenționat, economiștii, care tratează leasingul ca o formă a relațiilor de credit pentru investiții. Astfel, din punct de vedere juridic, suntem în prezența a două contracte diferite. În cazul creditului bancar clientul primește o sumă de bani de la instituția financiară, pe când în cazul contractului de leasing, locatorul nu oferă locatarului bani, ci acesta finanțează cumpărarea unui bun, pe care ulterior îl transmite locatarului în posesiune și folosință temporară.

Spre deosebire de credit, prin leasing se asigură finanțarea integral a unei investiții, iar garanția o reprezintă în principal, însuși dreptul de proprietate asupra bunului ce constituie obiect al contractului.³, operațiunea de leasing constituind astfel un mijloc ideal de finanțare pentru societățile în expansiune.

Delimitarea contractului de leasing de împrumut

Leasingul se aseamănă și cu un împrumut, mai ales în cazul obligației de restituire totală a finanțării (exceptând valoarea reziduală), sau caracterul irevocabil al contractului pe timpul derulării sale. Într-o structură cu caracter general, redevențele contractului de leasing cuprind: ratele de amortizare, chiria pe capitalul neamortizat, taxele și asigurările, precum și o marja de profit.

Delimitarea contractului de leasing de contractele de comision și agenție.

Deși la prima vedere s-ar zice că există destule asemănări, aceste contracte sunt diferite. În cazul contractului de comision, dreptul de proprietate asupra obiectului contractului îl deține comitentul, pe când în contractul de leasing dreptul de proprietate asupra bunului rămâne la locator. În baza contractului de comision, comisionarul este cel care se obligă să încheie acte juridice

¹ C.A Paris 6 ch 10 oct. 1979, Charbif contra Bail investissement – nepublicată.

² Charlier, “Placement collectif”, p. 6

³ Gabriel Tița-Nicolescu, op.cit. p.91.

cu terții pe contul comitentului, pe când la leasing, cel care procură obiectul leasingului este locatorul, fie din banii proprii fie din banii instituțiilor financiare primiți în nume propriu. Mai mult, în cadrul contractului de leasing, cel care receptionează în nume propriu bunul cumpărat este locatorul, pe când în contractul de comision această funcție este exercitată de comisionar.

Delimitarea contractului de leasing de contractul de antrepriză.

Leasingul se poate numi antrepriză în situația în care finanțatorul nu cumpără bunul de la producător, ci încearcă, cu forțe personale, să producă acel bun ca mai apoi să-l dea utilizatorului în leasing. Legea permite însă un astfel de comportament, producerea de către finanțator a bunului, pentru a fi transmis utilizatorului în baza unui contract de leasing, reprezentând o obligație improprie leasingului, transformând acest raport într-un contract de antrepriză.

Delimitarea contractului de leasing de contractul de asigurare.

Obiectul contractului de asigurare îl reprezintă întocmai bunul dat în leasing și se încheie între utilizator și societatea de asigurare. Legea prevede faptul că utilizatorul are dreptul de opțiune și în ceea ce privește societatea la care să fie asigurat bunul, cu excepția ca aceasta să fie agreată și de către finanțator. În contract se va menționa obligatoriu persoana care va plăti asigurarea, respectiv locatorul sau utilizatorul. Indiferent de cine este încheiat contractul de asigurare, de către utilizator sau de către finanțator, pe cheltuiala utilizatorului, pe toată durata contractului de leasing, utilizatorul este ținut să cedeze toate drepturile sale ce decurg din acesta.

Pe cale de consecință, putem concluziona faptul că leasingul prezintă trăsăturile unui contract complex, având în vedere natura sa juridică, reprezentând o îmbinare a mai multor tehnici juridice într-un cadru unitar.

2.3 Formele contractului de leasing. Clasificare.

Contractul de leasing, poate fi clasificat după mai multe criterii:

I. După *natura bunului* contractat, leasingul poate fi mobilier și imobilier.

- *Contractul de leasing mobilier* are ca obiect bunuri cu destinație comercială, bunuri cu destinație industrială sau bunuri de folosință îndelungată. Legiuitorul exclude prin O.G. 51/1997 operațiunile de leasing care au ca obiect “înregistrările pe banda audio și video, piesele de teatru, manuscrisele, brevetele, drepturile de autor și bunurile necorporale.”

- *Contractul de leasing imobilier* are ca obiect bunuri imobile cu destinație industrială sau comercială, ori de locuință pentru persoanele fizice. Obiectul acestor tipuri de contracte nu este îngăduit de către legiuitor fără nicio excepție sau condiție.

II. După *natura operațiunii*, contractul poate fi operational sau financiar.

- Potrivit art. 7 pct.8 din Codul fiscal, contractul de leasing *operational* poate fi orice contract care, încheiat între locator și locatar, transferă locatarului riscurile și beneficiile dreptului de proprietate, mai puțin riscul de valorificare a bunului la valoarea reziduală și care nu îndeplinește niciuna din condițiile prevăzute la pct. 7 lit. b)-e)¹.

¹ Riscul de valorificare la valoarea reziduală a bunului există atunci când, în contractul de leasing se prevede în mod expres restituirea bunului la momentul expirării acestuia, ori în cazul în care opțiunea de cumpărare nu este exercitată la începutul contractului

O.G. 51/1997 în art. 2 lit. d), numeste rata de leasing, chirie și lasă stabilirea ei la buna inoială a părților, iar în art. 20 alin. (1), stabilește ca înregistrarea amortizării bunului, obiect al contractului de leasing operational, să se facă de către locator.

Leasingul operational se mai poate caracteriza și prin faptul că finanțatorul este în cele mai multe cazuri și furnizorul sau producătorul bunului cu o uzura morală foarte ridicată¹.

O altă caracteristică a contractului de leasing operational se referă la valoarea prețului de producție, respectiv, a celui de import a bunului, care nu poate fi recuperată integral în perioada primei închirieri.

Perioada pe care se întinde leasingul operațional este mai restransă decât garanția bunului închiriat, fapt pentru care există posibilitatea ca bunul să poate fi dat în leasing succesiv mai multor utilizatori, valoarea reziduală rămânând însă destul de mare la expirarea fiecărei perioade contractuale.

Leasingul operational poate îmbrăca și alte forme, lucru prevăzut în literatura de specialitate² a dreptului comerțului internațional, astfel:

În cazul în care contractul este reziliabil, are ca obiect echipamente sau utilaje care sunt folosite temporar de către utilizator în activitatea sa comercială și poate fi asemuit cu o locațiune contractuală se numește **true lease**.

În cazul în care în contract se prevede posibilitatea ca utilizatorul să beneficieze de servicii de întreținere, consultanță și revizie periodică a utilajelor care constituie obiectul contractului, iar locatorul este și cel care produce bunul, acesta se mai poate numi și **service and maintenance lease**.

- Contractul de leasing **financiar**, așa cum este definit în art. 7 Cod fiscal, presupune îndeplinirea a cel puțin una din următoarele condiții:

a) riscurile și beneficiile dreptului de proprietate asupra bunului care face obiectul leasingului sunt transferate utilizatorului la momentul la care contractul de leasing produce efecte;

b) contractul de leasing prevede expres transferul dreptului de proprietate asupra bunului ce face obiectul leasingului către utilizator la momentul expirării contractului;

c) utilizatorul are opțiunea de a cumpăra bunul la momentul expirării contractului, iar valoarea reziduală exprimată în procente este mai mică sau egală cu diferența dintre durata normală de funcționare maximă și durata contractului de leasing, raportată la durata normală de funcționare maximă, exprimată în procente;

d) perioada de leasing depășește 80% din durata normală de funcționare maximă a bunului care face obiectul leasingului; în înțelesul acestei definiții, perioada de leasing include orice perioadă pentru care contractul de leasing poate fi prelungit;

e) valoarea totală a ratelor de leasing, mai puțin cheltuielile accesorii, este mai mare sau egală cu valoarea de intrare a bunului;

O.G. nr. 51/1997, republicată, prevede în art. 2 lit. d) că, în cazul leasingului financiar, rata de leasing reprezintă cota-parte din valoarea de intrare a bunului și dobânda de leasing care se stabilește pe baza ratei dobânzii convenite de părți prin acord, iar art. 6 alin. (2) prevede că în acest tip de contract trebuie să se cuprindă în mod obligatoriu valoarea de intrare a bunului, valoarea avansului și, după caz, valoarea reziduală, convenită deasemenea de comun acord între părți.

¹ Computere, aparate de măsură

² D. Mazilu, Dreptul comerțului internațional, Partea specială, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 302.

III. În funcție de *modul de calcul al ratelor*, contractele de leasing pot fi brute și nete sau cu amortizare integrală și cu amortizare parțială.

Contractul de **leasing brut** se diferențiază de cel net prin faptul că, pe langa prețul net de vânzare, în ratele de leasing sunt incluse și cheltuielile efectuate pentru întreținere și reparații, asigurare, service-ul echipamentelor, masinilor sau utilajelor și beneficiile realizate pe parcursul utilizării bunurilor date în leasing. Acest tip de contract îl mai găsim și sub denumirea de full-service leasing.

La acest tip de contract nu se poate aplica o reducere a ratei de leasing după expirarea primei durate contractuale, deoarece cheltuielile cu întreținerea și reparația bunului cresc odată cu folosirea bunului. Societățile de leasing includ de regulă un adaos la rata de leasing, calculat în funcție de intensitatea utilizării bunului, denumită bonificație de leasing, aceasta fiind foarte utilă în contractul de leasing operational care, datorită duratei mai scurte, apare riscul nerealizării prețului de producție sau export în situația în care bunul nu mai poate fi dat din nou în leasing.

În contractul de **leasing net**, ratele se calculează numai pe baza prețului net de vânzare a bunului, prețul folosinței fiind inclus în chirie.

Spre deosebire de contractul de leasing brut, în acest contract obligația de a asigura instruirea și specializarea personalului care folosește echipamentul nu mai există în sarcina furnizorului, utilizatorul fiind cel care va suporta toate aceste cheltuieli.

În contractul de leasing cu *amortizare integrală*, astfel cum reiese și din titlu se presupune ca valoarea totală a ratelor de leasing din care se scade valoarea totală plătită cu titlu de beneficium să amortizeze integral valoarea bunului.

În acest caz, părțile sunt cele care determină valoarea ratelor de leasing încă de la încheierea contractului, iar plata acestora reduce valoarea reziduală la o sumă simbolică¹, asigurând amortizarea bunului într-o foarte mare măsură.

Contractul de leasing cu *amortizare parțială* se întâlnește mai ales în contractul de leasing operational și presupune existența unei valori reziduale considerabile care valorifică și dă semnificație dreptului de opțiune al utilizatorului. Astfel, ratele de leasing achitate de utilizator nu amortizează integral valoarea echipamentelor și implică nici costul de achiziție suportat de finanțator. În acest caz, societatea de leasing stabilește o valoare reziduală destul de ridicată de natura să asigure recuperarea cheltuielilor suportate în cazul în care utilizatorul își exprimă opțiunea de a cumpăra bunurile.

IV. În funcție de *țara de origine* a participanților la contractul de leasing, acesta poate fi intern sau extern.

Contractul de leasing în care părțile contractante sunt din aceeași țară se mai numește și contract de *leasing intern*. Acestui tip de contract i se aplică legislația internă în vigoare.

Contractul de *leasing extern* presupune ca părțile contractante să provină din cel puțin două țări diferite. Acestui tip de contract i se vor aplica normele de drept internațional privat cu consecințe de natură fiscală și vamală.

V. În funcție de *durata* contractului, distingem între contract de leasing pe termen scurt și contract de leasing pe termen lung.

¹ D. Clococici, Gh. Gheorghiu, op. cit., p. 60

Contractul de leasing pe *termen scurt* presupune închirierea unui bun pe o durată de câteva ore, zile sau luni, mai multor beneficiari, în vederea amortizării în cadrul unor contracte încheiate succesiv. Acest tip de contract se aseamănă cu contractul de leasing operational.

Contractul de leasing pe *termen lung* este cel care se încheie pe o perioadă normală de leasing, o singură dată, corespunzând cu durata de funcționare normală a bunului contractat. O variantă des întâlnită pe piața bunurilor imobiliare în acest tip de contract este posibilitatea beneficiarului de a opta pentru cumpararea bunului la un preț mai mic decât cel inițial după o perioadă de închiriere care poate fi între 20 și 30 ani. Acest tip de contract se aseamănă cu contractul de leasing financiar.

Alte tipuri de contracte de leasing:

Contractul de lease-back

Acest tip de contract este consacrat în legislația română în cuprinsul art. 22 din O.G. 51/1997, republicată cu modificările și completările ulterioare.

În acest tip de operațiune furnizorul se identifică cu utilizatorul. Astfel acesta vinde bunurile aflate în proprietatea sa finanțatorului, care le închiriază în baza unui contract de leasing, avantajele fiind astfel de ambele părți. Utilizatorul se poate folosi de bun, deși nu dispune de posibilități financiare (fiind ca o formă de finanțare ascunsă), iar finanțatorul dobândește dreptul de proprietate asupra bunului, având astfel garantat creditul până la momentul recuperării integrale de la utilizator.

Contractul de leasing experimental

Leasingul experimental presupune închirierea unui bun pe o perioadă scurtă, “de încercare”, de două sau trei luni, urmând ca la sfârșitul duratei contractuale, dacă acesta corespunde nevoilor și cerințelor sale, utilizatorul să îl achiziționeze sau, în caz contrar, să îl restituie.

Această formă este folosită de producători mai mult ca o formă de promovare a produselor.

Contractul de time-sharing

Conform art. 23 al O.G. nr 51/1997, bunul care face obiectul unui contract de leasing, poate fi utilizat în sistem de leasing și de către mai multe societăți, dacă între acestea și finanțator s-a încheiat un contract în acest sens.

Contractul de renting

În cadrul acestui contract, închirierea se face pe termen scurt(zile, ore), iar obiectul unui astfel de contract constă de cele mai multe ori în diferite mijloace de transport sau utilaje de construcții.

Contractul de master leasing sau leasingul de containere

Astfel cum reiese și din nume, acest contract este folosit de către societățile de transport, avantajul acestora fiind acela de a scăpa de cheltuieli suplimentare cu privire la achiziționarea și întreținerea containerelor. Închirierea poate fi pentru o perioadă de timp(term leasing) sau pentru o calatorie(trip leasing).

Capitolul 3: Contractul de leasing. Condiții de validitate.

3.1 Legalitatea contractului de leasing.

Legalitatea drept condiție de validitate presupune ca întinderea conținutului contractului și a efectelor acestuia să corespundă prevederilor legislației în vigoare. Condiția respectivă stabilește

deasemenea și faptul că în fond, contractul nu trebuie să contravină legii. Astfel, în afara tipurilor de contracte prevăzute în Codul Civil, se pot încheia și alte tipuri de contracte, dar sub condiția ca ele să nu contravină legislației aflate în vigoare.

Astfel legalitatea reprezintă un principiu fundamental de drept, în baza căruia orice subiect de drept trebuie să respecte, și când este cazul, să aplice legile și celelalte acte normative.

În concluzie se poate vorbi despre legalitate ca fiind “ un principiu exprimat prin îndatorirea de a respecta regulile de drept și ordonarea tuturor regulilor de drept într-un unic și unitar, implicând conformitatea celor inferioare față de cele superioare”¹. Aceasta mai este interpretată și ca “starea de ordine, în desfășurarea raporturilor sociale rezultată din atitudinea de respectare a legilor”.²

3.2. Capacitatea de a contracta în contractul de leasing

Codul Civil în art. 1.180. prevede faptul că “poate contracta orice persoană care nu este declarată incapabilă de lege și nici oprită să încheie anumite contracte”. Capacitatea părților, denumită și capacitate de a contracta, reprezentând practic aptitudinea unui subiect de drept civil de a deveni titular de drepturi și obligații civile prin încheierea unui contract.

Părțile în contractul de leasing sunt:

1. *Finanțatorul* (creditor sau cumpărător al bunului care constituie viitorul obiect al contractului de leasing).

2. *Furnizorul* (constructor, producător sau fabricant)

3. *Utilizatorul* (clientul care a solicitat bunul, cel care va beneficia de acesta)

- *Finanțatorul* poate fi orice persoană juridică străină sau romană (instituție financiară, etc.) care practică o activitate de antreprenoriat și care procură cu titlu de proprietate echipament de la un furnizor pentru a-l da în chirie. Doar societățile de leasing constituite conform dispozițiilor legale pot sta în calitate de finanțator în cadrul unui contract de leasing conform O.G 51/1997. Astfel, mergând pe această idee, se poate considera faptul că furnizorul nu poate avea calitatea de finanțator în cadrul contractului de leasing prin încheierea unui contract în acest sens, direct cu utilizatorii, teoretic însă, art. 19. alin. (2) din Ordonanță prevede desfășurarea operațiunilor de leasing ca obiect principal de activitate a societăților de leasing, acestea putându-și stabili prin actul constitutiv și alte activități³

Societățile de leasing, persoane juridice române, funcționează și se înființează conform legii 31/1990, republicată. Acestea trebuie să aibă ca obiect principal de activitate operațiunile de leasing și un capital minim la înființare echivalentul în lei a sumei de 200.000 euro.

Societățile de leasing pot fi definite ca institutii financiare nebankare, constituite cu scopul de a desfășura activități de creditare de natura leasingului financiar, ale caror surse de finanțare provin din resurse proprii ori imprumutate de la alte institutii financiare sau de credit. În actuala reglementare a institutiilor financiare nebankare acestea sunt definite ca entități ce desfășoară o activitate de creditare cu titlu profesional în condițiile stabilite de lege. În practică, societățile de leasing sunt institutii financiare nebankare datorită faptului ca O.G. 51/1997 nu conține elemente care să definească regimul juridic al leasingului operațional.

Tot legea prevede că Locatorul se poate prezenta fie sub forma unei instituții bancare, fie sub forma unei companii financiare de leasing, special fondată în acest scop, fie sub forma unei companii

¹ Ion Deleanu, „Drept constituțional și instituții politice”, vol. I, Iași 1993, pag. 70.

² Ioan Huma, „Introducere în studiul dreptului”, Iași 1993, pag. 133.

³ S. Popovici, Contractul de leasing, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 100.

de leasing specializată care, în afara asigurării financiare a operațiunii de leasing, se mai ocupă și cu alte activități nefinanciare cum ar fi: repararea unor bunuri, obiecte ale leasingului, sau schimbul pieselor deteriorate, consultarea în domeniul utilizării corecte a utilajelor, etc.

- *Furnizorul* (vânzătorul) care poate fi o întreprindere producătoare sau orice altă persoană fizică sau juridică care practică activitate de antreprenariat și care vinde locatorului în proprietate echipamentul comandat în vederea predării acestuia în folosința cel puțin temporară unui terț utilizator.

- *Utilizatorul*, ce se poate prezenta sub forma unei persoane fizice sau juridice care practică activitate de antreprenariat și care solicită la comandă, în baza contractului de leasing, un bun în vederea folosirii lui pentru o perioadă cel puțin temporară.

Pe lângă participanții obligatorii, locatorul, locatarul și furnizorul, la operațiunea de leasing mai pot participa și participanți secundari cum ar fi: creditorul și garantul locatorului.

3.3 Consimțământul în contractul de leasing

Consimțământul constituie o condiție esențială de fond și generală a unui contract care constă în hotărârea părților de a încheia contractul printr-un acord de voință. Ținând cont că exteriorizarea actului de voință interior și real¹ reprezintă însăși definiția consimțământului, este necesar, pentru a fi valabil și astfel să dobandească valoare juridică, să îndeplinească și câteva condiții²:

- 1) Să emane de la o persoană cu discernământ
- 2) Să fie exprimat cu intenția de a produce efecte juridice
- 3) Consimțământul să fie exteriorizat
- 4) Să nu fie alterat de vreun viciu de consimțământ.

1) Intrucât acordul de voință se face cu intenția de a produce efecte juridice, părțile care vor încheia contractul de leasing trebuie să urmărească și să stie încă de la început ce efecte se produc în urma încheierii acestuia. Cu alte cuvinte, discernământul reprezintă aptitudinea unei persoane de a-și putea da seama de acțiunile sau inacțiunile sale, de a putea fi capabilă să sesizeze efectele ce se vor produce în urma acestora, care după încheierea contractului vor reprezenta practic drepturi și obligații ale acesteia.

Capacitatea de exercitiu deplină prezumă totodată și prezenta discenământului.

O soluție în cazul în care contractul a fost încheiat de un alienat sau debil mintal nepus încă sub interdicție, discernământul fiindu-i prezumat, ar fi aceea că dacă la momentul încheierii contractului acesta prezenta un moment de luciditate, el va fi considerat valabil, în caz contrar va trebui să se facă dovada lipsei de discernământ la acel moment.

2) O a doua caracteristică a consimțământului este aceea ca el să fie exprimat cu intenția de a produce efecte. Astfel intenția de a produce efecte, privește certitudinea exprimării voinței de a încheia contractul și de a produce prin acesta efectele dorite. Contractarea nu se va putea spune că a fost încheiată pentru producerea efectelor în cazul în care se constata fictivitatea contractului sau în cazul în care manifestarea de voință a fost făcută vag sau în gluma sau sub condiție potestativă. În cazul constatării a uneia dintre condițiile enumerate mai sus, contractul nu se va putea considera valabil încheiat.

¹ Gh.Beleiu, Drept Civil român. Introducere în Dreptul Civil. Subiectele Dreptului Civil. București 1998, pag. 140-141.

² Teofil Pop, „Drept Civil român. Teoria generală”, București 1993, pag. 133.

3) Pentru a deveni practic un consimțământ, voința juridică trebuie exteriorizată, prin orice mod,¹ voința internă sau neexteriorizată neproducând efecte juridice din simplul fapt că aceasta nu poate fi adusă la cunoștință, deci nu intră în contact cu altă voință pentru a putea fi vorba despre un acord. Consimțământul deci, poate fi exteriorizat fie prin scris, fie printr-o declarație orală, fie printr-un gest sau prin orice altă atitudine, dar care să aibă legătură cu acesta.

În contractul de leasing, consimțământul se poate manifesta în ceea ce privește înțelegerea locatarului de a închiria bunul sau în ceea ce privește înțelegerea locatorului cu vânzătorul în legătură cu vânzarea bunului sau în legătură cu înțelegerea locatarului și a locatorului de a închiria un anumit bun și de la un anumit vânzător. Consimțământul în cazurile enumerate poate fi exprimat la început verbal, printr-o declarație orală, constituind o înțelegere preliminară și apoi în scris, pentru a se constitui validitatea contractului.

4) Ultima caracteristică și printre cele mai importante condiții de validitate este neviciera. Este important ca manifestarea de voință să emane de la o persoană capabilă și conștientă dar mai este important ca aceasta să nu fie alterată nici de vreun viciu de consimțământ (eroarea, dolul, violența, leziunea).

- *Eroarea* reprezintă falsă reprezentare a realității la încheierea unui contract. În cazul contractului de leasing, eroarea apare în natura actului (error in negotio), situație în care o parte crede că a încheiat un contract, iar cealaltă parte un alt contract și în cazul identității obiectului (error in corpore), atunci când o parte crede că a convenit asupra unui bun, iar cealaltă parte asupra altuia. Eroarea poate fi și asupra substăntei sau a naturii bunului, situație în care persoana contractantă crede că negociază transmiterea unui alt bun decât cel transmis sau poate fi și asupra persoanei, când se contractează cu o altă persoană sau cu o persoană fără capacitate. Eroarea poate fi și una indiferentă, care nu are nicio influență asupra validității contractului.

Unii autori inclină spre faptul că eroarea de drept nu ar constitui viciu de consimțământ, pentru că nimeni nu se poate prevala de necunoașterea legii (nemo censetur ignorare legem), însă aceasta se poate invoca în cazul în care elementul asupra căruia cade falsă reprezentare să fie hotărâtor sau determinat și doar prin necunoașterea acesteia ajungându-se la încheierea contractului.

- *Dolul* constituie inducerea în eroare prin mijloace de viclenie a unei persoane, cu scopul de a încheia un contract. Dolul presupune existența a două elemente: unul intențional, sub aspect subiectiv și unul material, sub aspect obiectiv. Sub latura subiectivă, elementul intențional constă în voința de a induce o persoană în eroare pentru a o putea convinge să încheie contractul. Sub latura obiectivă, elementul material constă în mijloacele viclene folosite în vederea inducerii în eroare a unei persoane pentru a încheia un contract.

- *Prin violență* se înțelege amenințarea unei persoane astfel încât acesteia să i se producă o teamă de natură să o facă să încheie un contract pe care în mod normal nu l-ar fi încheiat.

Pentru a constitui viciu de consimțământ, violența trebuie să îndeplinească în mod cumulativ, două condiții: în primul rând, aceasta să fie determinată în vederea încheierii contractului, în alte circumstanțe, persoana să nu fi încheiat acel contract, iar în al doilea rând, violența să fie injustă.

- Prin *Leziune*, viciu de consimțământ, se înțelege paguba materială suferită de partea contractantă în urma văditei disproporții de valoare dintre cele două prestații reciproce².

¹ Conform principiului consensualismului, părțile sunt libere să aleagă forma de exteriorizare a consimțământului, excepție făcând cele pentru care legea impune o formă pentru validitatea și dovedirea actelor juridice.

² Dr. Teofil Pop, Drept Civil român. Teoria generală. București 1993, pag. 142.

Expunând toate condițiile pentru a se putea constata cu ușurință valabilitatea consimțământului, trebuie precizat faptul că nerespectarea vreunei condiții enunțate mai sus, va conduce la nevalabilitatea contractului. Consimțământul poate exista fie între locator și locatar asupra bunului sau în legătură cu închirierea acestuia, fie între locator și vânzător asupra vânzării bunului comandat de locatar.

3.4 Obiectul contractului de leasing.

Orice contract în general este creator de drepturi și obligații, obiectul acestuia reprezentând o acțiune (de a da, a face sau a nu face). Acțiunea la randul ei trebuie să aibă ca obiect fie transmiterea unui drept, fie al unui fapt al debitorului. Pentru că obiectul contractului să fie valabil, acesta trebuie să existe, să se afle în circuitul civil, să fie determinat sau cel puțin determinabil, să fie licit, posibil și nu în cele din urmă, moral.

De regulă, operațiunile de leasing au ca obiect bunuri care prin natura lor sunt bunuri imobile sau care prin destinație devin imobile, precum și bunuri mobile, aflate în circuitul civil, cu excepția bunurilor necorporale, a operelor originale sau derivate, protejate de legea 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe cum ar fi piesele de teatru, înregistrările pe banda audio și video, precum și a legii 64/1991 privind brevetele de invenție.

Ca o excepție de la drepturile de autor, dreptul de utilizare a programelor pentru calculator pot constitui obiect al contractului de leasing dacă titularul dreptului de autor și-a dat acordul în acest sens. Astfel locatorul transmite utilizatorului pe durata contractului de leasing dreptul de utilizare a programului ce face obiectul contractului, la sfârșitul perioadei acesta din urmă putând opta între a dobândi dreptul definitiv de utilizare asupra programului, a prelungi contractul sau a înceta orice raport contractual, finanțatorul fiind obligat să respecte decizia acestuia.

O.G. nr. 51/1997 permite operațiunea de subleasing, astfel potrivit art. 1¹, în cazul în care finanțatorul își da acordul scris în acest sens, iar utilizatorul îndeplinește condițiile cerute societăților de leasing, ordonanța se poate aplica. Astfel, utilizatorul unui bun, obiect al unui contract de leasing, încheie un contract de leasing cu un alt utilizator, denumit utilizator/locatar final, pentru același bun. În cazul în care titlul locatarului inițial se desființează din orice motive, contractul de leasing încheiat între acesta și utilizatorul final încetează de drept.

3.5 Forma contractului de leasing

Contractul de leasing ca regulă generală se încheie în scris, acordul de voință al părților la încheierea contractului nu trebuie să imbrace o formă specială. Întrucât contractul de leasing este un contract consensual și nu solemn, forma contractului de leasing nu prezintă o condiție de validitate. Astfel contractul solemn se încheie prin simpla manifestare de voință a părților, aceasta fiind suficientă pentru formarea valabilă a acestuia. Faptul că părțile, de cele mai multe ori, însoțesc această manifestare de voință cu un înscris în care o consemnează nu înseamnă neapărat că acest lucru se face pentru validitate, ci în cazul acesta, forma scrisă asigură un mijloc de probă privind încheierea și conținutul contractului. În contractul de leasing, forma scrisă este cerută numai pentru opozabilitate față de terți.

3.6 Cauza sau scopul contractului de leasing

Cauza sau scopul constituie condiție esențială de validitate.

Aceasta constă în obiectivul urmărit odată cu încheierea contractului și trebuie să respecte câteva condiții:

- *Să fie reală sau licită.* În cazul în care o parte s-a obligat într-o credință gresită a unei cauze, acesta nu se poate considera nereală ci falsă. Cauza este licită când nu contravine bunelor moravuri și ordinii publice.

- *Să existe.* Existența se prezumă până la proba contrarie.

Capitolul 4: Cuprinsul contractului de leasing

Asa cum am arătat și anterior când am definit contractul de leasing, în cadrul acestei operațiuni sunt implicate trei persoane:

- a) Vanzatorul lucrului – furnizor sau constructor
- b) Cumpărătorul lucrului – finanțatorul afacerii
- c) Utilizatorul bunului – beneficiarul care îl utilizează în scop propriu.

Astfel, art 6. din O.G. nr. 51/1997 cuprinde faptul că, pe lângă părțile contractante, în contractul de leasing trebuie să se menționeze în mod obligatoriu și următoarele elemente:

- Definierea contractului de leasing ca leasing operational sau financiar;
- Descrierea exactă a bunului care face obiectul contractului de leasing;
- Valoarea totala a contractului de leasing;
- Valoarea ratelor de leasing și termenul de plată a acestora;
- Perioada de utilizare în sistem leasing a bunului;
- Clauza privind obligația asigurării bunului;

Contractul de leasing financiar, pe langa elementele prevăzute ca obligatorii, trebuie să mai cuprindă și:

- Valoarea de intrare a bunului
- Valoarea reziduală a bunului (când este cazul)
- Valoarea avansului
- Rata de leasing

Capitolul 5: Încheierea contractului de leasing

Pentru a se încheia un contract de leasing, este necesară parcurgerea unor etape preliminare.

În primul rând, persoana fizică sau juridică trebuie să formuleze o cerere ferma în acest sens în care să precizeze clar obiectul contractului de leasing împreună cu caracteristicile tehnice dorite, informații în legătura cu persoana sa și în legătura cu capacitatea sa financiară.

După momentul primirii cererii, societatea de leasing, înainte de a se pronunța, studiază toate aspectele economico-financiare ale operațiunii din punct de vedere al rentabilității cât și aspectele privind bonitatea financiară a utilizatorului, ținând cont de activitatea anterioară a acestuia și de planul de exploatare al bunului.

Finanțatorul este definitiv angajat fata de furnizorul bunului solicitat de utilizator, abia după semnarea bonului de comandă prin care se ratifică alegerea făcută și condițiile de vânzare. În cazul în care finanțatorul nu și-a dat acordul definitiv, utilizatorul nu poate încheia un contract cu furnizorul bunului, în cazul în care o va face, acesta se va obliga personal, în nume propriu la executarea contractului. În urma încheierii contractului între furnizor și finanțator (doar în cazul în care și-a dat acordul), acesta din urmă devine proprietar al bunului ales de utilizator.

După ce condițiile din contract au fost negociate de furnizor cu utilizatorul, societatea de leasing trebuie să se adreseze furnizorului cu comanda prin care să-și manifeste intenția în sensul

achiziționării bunului ales. Astfel conform art. 4 din O.G. nr. 51/1997, inițiativa încheierii contractului aparține utilizatorului. În cazul în care inițiativa acestuia a luat forma comenzii, acceptarea se face prin confirmarea comenzii, chiar dacă utilizatorul a solicitat o ofertă, acceptarea de către finanțator fiind însuși oferta.

În cazul în care bunul nu se află în patrimoniul societății de leasing la data ofertei, acceptarea acesteia în sensul achiziționării bunului are ca efect doar formarea unui antecontract, perfectarea acordului propriu-zis de leasing urmând a se realiza doar în urma încheierii contractului de vânzare-cumpărare dintre finanțator și furnizor.

Contractul de leasing nu se poate încheia în ipoteza unor discuții telefonice, forma scrisă fiind necesară în acest caz.

Capitolul 6: Efectele contractului de leasing.

Efectele contractului de leasing sunt definite ca fiind totalitatea drepturilor și obligațiilor care iau naștere atât din conținutul clauzelor contractuale cât și din rezultatul nerespectării acestor clauze, precum și din nerespectarea condițiilor de valabilitate.

Contractul de leasing fiind un contract sinalagmatic, dă naștere la obligații în sarcina ambelor părți, O.G. nr. 51/1997 reglementând principalele obligații ale finanțatorului în art. 9 și ale utilizatorului în art. 10.

6.1 Efecte ce rezultă din executarea corespunzătoare a contractului de leasing.

Principalul efect pe care îl creează un contract valabil încheiat este stabilirea conținutului și a întinderii drepturilor și a obligațiilor asumate de părți în contract.

O.G. nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, republicată, cu modificările și completările ulterioare este cea care determină drepturile și obligațiile părților în contractul de leasing.

În art. 9 din Ordonanță sunt prevăzute următoarele *obligații ale locatorului/finanțatorului*:

- Să respecte dreptul locatarului de a alege furnizorul de bunuri potrivit propriilor necesități

Obligația finanțatorului de a respecta dreptul utilizatorului în legătura cu alegerea furnizorului se justifică prin faptul că este cel care își cunoaște cel mai bine nevoile și utilitatea pe care i-o va da bunului.

- Contractarea bunului cu furnizorul sau, după caz, dobândirea dreptului definitiv de utilizare asupra unui program de calculator.

Chiar din definiția dată de legiuitor reiese faptul că finanțatorul este cel care trebuie să dețină proprietatea asupra bunului dat în folosință. Astfel, acesta va trebui mai întâi să achiziționeze bunul și abia apoi să îl închirieze în sistem de leasing. Deși utilizatorul nu este parte în acest contract, în cazul unei stipulații pentru altul, furnizorul, la solicitarea finanțatorului, poate livra bunul direct utilizatorului.¹

- Să încheie contractul de leasing cu utilizatorul și să transmită acestuia, în temeiul contractului, toate drepturile asupra bunului, mai puțin dreptul de dispoziție, iar în cazul programelor pentru calculator, dreptul de utilizare, fără a-și mai putea exercita acest drept pe perioada contractului de leasing.

¹ S. Popovici, Contractul de leasing, Ed. Universul juridic, București 2010, p. 125.

În cadrul contractului de leasing, utilizatorul, deși nu devine proprietar al bunului decât la sfârșitul contractului când își poate manifesta opțiunea în acest sens, dobândește toate prerogativele dreptului de proprietate asupra bunului dat în leasing, mai puțin dispoziția¹.

Art. 14 alin. (2) din ordonanță prevede în mod clar faptul că finanțatorul nu răspunde dacă bunul, obiect al contractului de leasing, nu este predat utilizatorului. În acest din urmă caz, exonerarea de răspundere a finanțatorului în cazul nelivrării bunului, îi cauzează totuși un prejudiciu utilizatorului care, odată ajunse scadente, acesta trebuie să plătească ratele de leasing, neputându-se însă folosi de bun. Deși insuficiente și nesatisfăcătoare din punct de vedere practic, utilizatorul aflat în această postură, poate apela la reglementările art. 12 lit. a) din actul normativ, potrivit căruia, utilizatorul are dreptul la o acțiune directă asupra furnizorului în cazul reclamațiilor privind livrarea, calitatea, asistenta tehnică, service-ul necesar în perioada de garanție și postgaranție.

Utilizatorul mai are și exercitiul acțiunilor posesorii împotriva terților, corespunzător acestor drepturi, acesta fiind ținut să răspundă și față de terți pentru toate prejudiciile produse prin folosirea bunului.

Cu privire la programele pentru calculator, locatorul este obligat să transmită dreptul de utilizare asupra programului pentru calculator utilizatorului, fără a mai putea să-și exercite acest drept în perioada contractului de leasing².

De menționat este faptul că dreptul de folosință al finanțatorului este un drept de creanță și nu un drept real³, pe cale de consecință dreptul utilizatorului din contractul de leasing face parte din aceeași categorie.

- Să respecte dreptul de opțiune al locatarului

Potrivit art. 9 al O.G. nr. 51/1997, utilizatorul, la sfârșitul perioadei contractuale, are posibilitatea de a cumpăra bunul, de a prelungi contractul, ori de a înceta raporturile contractuale.

Astfel, utilizatorul are posibilitatea de a cumpăra bunul la valoarea reziduală care a fost stabilită inițial, de a opta pentru prelungirea contractului de leasing pentru o perioadă nouă, fără a se schimba natura leasingului, însă prin micșorarea ratelor de leasing sau posibilitatea încetării raporturilor contractuale prin înapoierea bunului care a făcut obiectul contractului de leasing.

Cumpărarea bunului, obiect al contractului de leasing, transformă transmiterea dreptului de folosință al utilizatorului în transmiterea dreptului de proprietate.

Dreptul de opțiune al utilizatorului este exprimat de regulă la sfârșitul perioadei contractuale, când termenul contractual expiră, plata valorii reziduale efectuându-se pe loc, odată cu plata ultimei rate de leasing.

În cazul leasingului pentru programele pentru calculator, utilizatorul poate dobândi dreptul definitiv de utilizare a programului care a făcut obiectul contractului.

Opțiunea utilizatorului, în cazul în care acesta înclină spre achiziționarea dreptului definitiv de utilizare asupra programului pentru calculator, trebuie să se facă înainte de sfârșitul perioadei contractuale, dar nu mai devreme de 12 luni, dacă părțile au convenit astfel și dacă achita toate obligațiile asumate prin contract potrivit art. 1 teza finală al O.G. nr. 51/1997.

Simpla manifestare a dreptului de opțiune în acest sens îl face pe utilizator proprietar al bunului, nemaifiind necesară încheierea unui act de vânzare-cumpărare că în cazul locațiunii.

¹ C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. All Beck, București, 2001.

² În practică, utilizatorul autorizat al unui program de calculator, nu poate face fără consimțământul autorului o copie a programului ci doar o copie de siguranță sau de arhivă și doar în măsura în care aceasta este justificată de asigurarea utilizării calculatorului.

³ F. Deak, *Tratat de drept civil- Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2006.

În cazul în care utilizatorul nu optează pentru achiziționarea bunului ci pentru prelungirea contractului de leasing pe o nouă perioadă, acesta va fi obligat în continuare la plata unor rate de leasing, dar de data aceasta diminuate, pentru tot restul noii perioade, prelungirea fiind condiționată de manifestarea expresă a opțiunii utilizatorului în acest sens.

În cazul în care utilizatorul nu optează pentru niciuna din cele două posibilități enumerate mai sus, raporturile contractuale dintre finanțator și acesta încetează, bunul urmând a fi restituit în conformitate cu prevederile contractului de leasing și așa cum este stipulat și în art. 10 lit. j) din O.G. nr. 51/1997.

Art. 27 alin. (3) din O.G. nr. 51/1997 prevede un caz particular referitor la dreptul de opțiune al bunurilor importate de utilizator în baza contractului de leasing de la societățile de leasing de naționalitate străină¹.

Asa cum am amintit și anterior, obligația finanțatorului de a respecta dreptul de opțiune al utilizatorului este prevăzută de art. 9 lit. d) al ordonanței. În cazul în care finanțatorul nu respectă această obligație, legea prevede sancționarea lui, datorând daune interese egale cu prejudiciul produs prin încălcarea obligației, potrivit art. 16 al ordonanței, utilizatorului².

▪ Obligația finanțatorului de a-i garanta utilizatorului, liniștită folosința a bunului în condițiile în care acesta din urmă a respectat toate clauzele contractului.

Potrivit reglementării operațiunilor de leasing, finanțatorul are doar obligația garanției pentru evicțiune nu și a garanției pentru vicii. Această obligație prevede însă faptul că nu este suficientă doar transmiterea bunului către utilizator, ci locatorul este obligat să îl și garanteze pe acesta împotriva oricărei forme de evicțiune, din partea oricărei persoane care ar putea pretinde un drept de proprietate sau un alt drept real, în condițiile în care dreptul invocat de terț nu se datorează culpei utilizatorului.

Astfel, art. 12 al O.G. nr. 51/1997 prevede faptul că pentru viciile bunului, utilizatorul are acțiune directă împotriva furnizorului pentru toate reclamațiile privind livrarea, calitatea, asistența tehnică și service-ul necesar în perioada garanției și a postgaranției.

În articolul 18 al ordonanței este prevăzut faptul că finanțatorul este exonerat de orice răspundere față de terți, pentru prejudiciile provocate prin folosința bunului.

Ca atare, în temeiul contractului de leasing și în conformitate cu regulile de mai sus, riscul pieririi totale sau parțiale a bunului contractat în sistem de leasing, va fi suportat nu de finanțator ci de către utilizator³. Datorită faptului că regula suportării riscului pieririi totale sau parțiale a bunului este dispozitivă, această obligație se poate stabili totuși în contractul de leasing și în sarcina finanțatorului.

Se apreciază însă faptul că, așa cum este prevăzut și în art. 8 din convenția UNIDROIT, s-ar impune ca finanțatorul să garanteze liniștită folosința a bunului de către utilizator, fără nicio condiție.

▪ Să asigure printr-o societate de asigurare bunurile oferite în leasing, dacă prin contractul de leasing nu au convenit altfel.

Această obligație a finanțatorului este prevăzută și în art. 5 al O.G. nr. 51/1997, care menționează faptul că acesta are liber în a alege societatea de asigurare pentru încheierea unui contract de asigurare cu aceasta, dacă părțile nu au convenit altfel.

¹ În cazul în care, din vina societății de leasing sau a furnizorului, utilizatorul nu și-a putut exercita dreptul de opțiune stipulat în contract și, pe cale de consecință, acesta nu a fost prelungit ori bunul nu a fost achiziționat sau restituit, utilizatorul este cel care trebuie să plătească taxele vamale raportat la valoarea reziduală a bunului, care nu poate fi mai mică de 20% din valoarea bunului, indiferent de convenția părților din contract.

² Cuantumul daunelor-interese nu este stabilit pe baza contractului, ci acestea se vor stabili conform legii, printr-o hotărâre dată de o instanță investită în acest sens, care va tine loc de act de vânzare-cumpărare.

³ V. Pătulea, Garanția pentru viciile lucrului în cadrul operațiunii de leasing, în *Dreptul*, nr. 10/2005, p. 28-45.

Costurile privind asigurarea cad în sarcina utilizatorului, dacă prin contract nu se prevede altfel.

Legea prevede însă și posibilitatea utilizatorului de a-și alege, cu consimțământul finanțatorului, societatea la care se va asigura bunul. În practică totuși, de cele mai multe ori, societățile de leasing sunt cele care impun utilizatorului o societate de asigurare, folosindu-se de argumentul că respectiva societate este agreată de finanțator. O astfel de prevedere este contrară legii și ar trebui cenzurată prin declararea expresă a nulității acesteia.

Mai nou, societățile de leasing transferă în mod indirect obligația de asigurare către utilizator prin interpunerea unui broker de asigurare. Bunul însă, conform legii, ar trebui asigurat de către societatea de leasing, care după plata ratelor de asigurare, să le refactureze către utilizator. Astfel în cazul producerii riscului asigurat, chiar dacă utilizatorul nu a plătit ratele de asigurare către finanțator, bunul este asigurat la timp prin plata ratelor de către finanțator. În cazul interpunerii brokerului de asigurare, contractul de asigurare se încheie practic între utilizator și firma de asigurare și astfel, în caz de întârziere a plății primelor de asigurare, finanțatorul, în cazul producerii riscului asigurat, va avea afectat dreptul la despăgubire.

Potrivit art. 26 al ordonanței, indemnizația de asigurare se poate încasa de către finanțator și, în cazul în care aceasta nu acoperă întreaga valoare a bunului din contractul de leasing, acesta se poate îndrepta și împotriva utilizatorului pentru întregirea valorii totale a contractului de leasing.

Bineînțeles că și reversul este valabil, astfel finanțatorul nu se poate îmbogăți fără justă cauză prin încasarea unor despăgubiri de depășesc valoarea totală a bunului¹.

Deși pot deroga în contractul de leasing de la regulile cu privire la raporturile de asigurare a bunurilor contractate, părțile pot conveni doar cine să aibă calitatea de asigurat, indemnizația de asigurare revenind însă tot utilizatorului². Părțile pot conveni de comun acord stingerea creanțelor reciproce prin compensare³.

Conform art. 3¹ alin. (2) al O.G. nr. 51/1997 modificată, calitatea de *utilizator* o poate avea orice persoană fizică sau juridică, iar potrivit art. 10 acesta are următoarele *obligații*:

- Să efectueze recepția și să primească bunul.

Pentru a putea întrebuința bunul, obiect al contractului de leasing, utilizatorul trebuie să-l recepționeze și să intre în posesia lui⁴. Obligația de recepție a bunului se materializează într-un proces-verbal de predare/primire în care vor fi consemnate toate deficiențele observate. În cazul în care acest proces verbal nu se încheie, finanțatorul nu va putea fi tras la răspundere pentru o eventuală neconcordanță între bunul predat în realitate și bunul dinăuntrul clauzelor contractuale, utilizatorul pierzând toate drepturile sale în legătură cu bunul, inclusiv cele prevăzute de art. 12 lit a)⁵.

Termenul la care are loc recepția și primirea bunului se stabilește de regulă de comun acord cu furnizorul, iar în lipsa unui astfel de termen stipulat în contract, se prezumă faptul că bunul poate fi preluat imediat după realizarea acordului de voință ori la cererea utilizatorului.

¹ Reglementările în domeniul leasingului necuprinzând nicio regulă derogatorie în acest caz, finanțatorul se poate îndrepta împotriva finanțatorului dar doar pentru diferența ce nu acoperă valoarea contractului de leasing, admiterea unei alte soluții echivalând cu o îmbogățire fără justă cauză constând în faptul că pentru același bun, se încasează și indemnizației de asigurare și ratele de leasing scadente, situație ce nu este permisă în sistemul nostru legislativ.

² A se vedea Legea nr. 136/1995 privind asigurările, pentru mai multe detalii în legătură cu noțiunea de beneficiar al asigurării.

³ Art. 26 din O.G. nr. 51/1997.

⁴ E. Turcu, op. cit., p. 239

⁵ Utilizatorul are dreptul de acțiune directă împotriva furnizorului în cazul reclamațiilor privind livrarea, calitatea, asistența tehnică, service-ul necesar în perioada de garanție și postgaranție.

Refuzul utilizatorului de a primi bunul la termenul de livrare este reglementat de art. 14 alin (1) al ordonanței. Acesta dă finanțatorului posibilitatea rezilierii unilaterale a contractului și obligarea utilizatorului la plata de daune-interese. Aceeași sancțiune este valabilă și în cazul în care utilizatorul se află în stare de insolvență.

- Să exploateze bunul potrivit instrucțiunilor furnizorului.

În cazul în care utilizatorul se face vinovat de nerespectarea obligației de a folosi bunul conform instrucțiunilor elaborate de către furnizor, nu va fi îndreptățit să mai promoveze niciuna dintre acțiunile prevăzute la art. 12 în ordonanță.

Referitor la obligația de a asigura instruirea personalului desemnat să exploateze bunul, utilizatorul este defavorizat în raporturile cu finanțatorul deoarece, el este cel care va trebui să suporte cheltuielile necesare cu acest proces.

- Bunul, obiect al contractului de leasing, să nu fie grevat de sarcini decât cu acordul finanțatorului.

Cât timp utilizatorul nu are drept de dispoziție asupra obiectului contractului, acesta nu poate greva cu sarcini bunul decât în baza unui acord al finanțatorului în acest sens.

- Să achite toate sumele datorate conform contractului de leasing- rate de leasing, asigurări, taxe, impozite, în cuantumul și la termenele menționate în contract.

Conform art. 6 lit. c) din O.G. nr. 51/1997, ratele de leasing, cuantumul acestora și data achitarii acestora sunt convenite de către părți în clauzele contractuale.

Rata de leasing se plătește în moneda convenită prin contract, plata acesteia se realizează prin decontare bancară (bilet la ordin sau ordin de plată) în cazul persoanelor juridice, în cazul persoanelor fizice, plata se face pe bază de chitanță, iar în cazul leasingului extern, plata se realizează prin acreditiv documentar¹. Aceste modalități de plată reprezintă mijlocul legal prin care se poate realiza efectuarea plății ratei.

Neplata ratelor de leasing timp de două luni consecutive, permite finanțatorului să ceară rezilierea contractului, cu consecința restituirii bunului pe cheltuielile și riscul utilizatorului și obligarea acestuia la plata ratelor scadente cu daune interese, dacă în contract nu este prevăzut altfel.

- Să suporte toate cheltuielile aferente bunului.

Conform Codului fiscal, utilizatorul este asimilat proprietarului din punct de vedere fiscal, astfel că acesta este cel care trebuie să suporte toate cheltuielile, în legătura cu bunul, necesare menținerii acestuia în stare de funcționare.

Potrivit art. 18 din textul de lege, finanțatorul este exonerat de orice răspundere față de terți pentru prejudiciile provocate prin utilizarea bunului din momentul încheierii contractului și până la data expirării acestuia și reintrării în posesie a acestuia.

- Să își asume pe întreaga perioadă contractuală totalitatea obligațiilor care reies din folosirea bunului în mod direct sau prin prepușii săi.

¹ Acreditivul documentar reprezintă aranjamentul prin care o bancă emitentă se obligă în numele unui client denumit ordonator să efectueze plata direct sau să autorizeze efectuarea de plăți de către o alta bancă, către un beneficiar indicat de către un ordonator și să accepte sau să negocieze cambii trase asupra sa de către terțul indicat.

Această obligație este apreciată ca fiind una defavorabilă utilizatorului. Astfel, potrivit legislației în vigoare, utilizatorul este ținut să suporte inclusiv riscul pierderii, distrugerii sau avarierii bunului utilizat din cauze fortuite și continuarea plăților cu titlu de rată de leasing până la achitarea integrală a valorii reieșită din contract, în cazul în care în acesta nu s-a prevăzut altfel.

- Să permită locatorului verificarea periodică a stării și a modului de exploatare a bunului care face obiectul contractului de leasing.

Locatorul, în calitatea sa de proprietar, are tot dreptul de a efectua verificări periodice privind starea și modul de exploatare a bunului care face obiectul contractului de leasing, finanțatorul fiind protejat prin această obligație înscrisă în contract în cazul în care utilizatorul săvârșeste un abuz prin folosirea lui.

Utilizatorul nu poate exercita o acțiune directă precum cea de la art. 12 lit. a) din O.G. nr. 51/1997, în cazul în care acesta nu a exploatat bunul conform instrucțiunilor stabilite de furnizor.

- Să îl informeze pe locator în legătura cu orice tulburare a dreptului de proprietate asupra bunului.

Finanțatorul, prin contract, transmite utilizatorului doar dreptul de folosință a bunului. Pe cale de consecință, în cazul în care acesta din urmă nu îl informează în timp util pe locator astfel încât acesta să-și poată lua din timp măsuri de precauție ori de câte ori dreptul de proprietate este perturbat, poate fi tras la răspundere pentru uzurpare în cadrul unui proces împotriva terțului uzurpant.

O.G. nr. 51/1997 face distincție între tulburarea de fapt și tulburarea de drept, în situația în care tulburarea folosinței provine de la un terț. Art. 12 lit. b) al ordonanței prevede faptul că utilizatorul are dreptul de a exercita acțiunile posesorii față de terți în temeiul contractului de leasing, pe cale de consecință utilizatorul are puterea de a se apăra în nume propriu în cazul unor tulburări de fapt.

- Să nu aducă nicio modificare bunului și să nu schimbe locul declarat în contract fără acordul locatorului.

La încheierea contractului, utilizatorul este ținut să accepte interdicția de a aduce vreo modificare bunului fără consimțământul locatorului, obligație ce are ca finalitate, conservarea bunului.

În cazul în care obiectul contractului îl reprezintă un imobil, conform art. 10 lit. i) al O.G. nr. 51/1997, utilizatorul are obligația, de a nu schimba locul declarat în contract fără acordul finanțatorului în prealabil.

Aceste dispoziții tind să protejeze folosința bunului imobil, prin schimbarea locului putându-se modifica și natura acestuia.

- Art. 10 lit. j), prevede ultima obligație a utilizatorului și se referă la restituirea bunului.

În cazul în care utilizatorul, la sfârșitul perioadei contractuale, nu a dorit să achiziționeze bunul și nu a optat nici pentru prelungirea duratei contractului de leasing, acesta este obligat să i-l restituie finanțatorului în starea în care se află, acesta din urmă suportând un risc de uzură a bunului în limite normale. În cazul în care gradul de uzură excede unei uzuri normale, finanțatorul are dreptul la despăgubiri din partea utilizatorului.

Părțile pot conveni asupra introducerii unei clauze în contract referitoare la gradul de uzură al bunului. Acestea au posibilitatea de a introduce o clauză de arbitraj prin care să se arate organul competent care se va pronunța cu privire la gradul de uzură al bunului.

6.2 Efecte față de terți.

Un contract poate să dea naștere la drepturi și obligații numai în favoarea și în sarcina părților din contract însă, în anumite cazuri și condiții pot dobândi aceste drepturi și obligații și succesorii în drepturi ai părților¹. Contractul și situațiile juridice la care dă naștere sunt, în general, realități sociale care impun tuturilor o obligație de respect, astfel că un contract este opozabil tuturilor, inclusiv terților. Această opozabilitate față de terți constă în obligația tuturilor de a respecta situația juridică creată prin contract. Respectiva obligație nu echivalează cu obligarea și a altor terțe persoane prin contract, ci numai cu faptul că situația juridică astfel creată trebuie respectată și de către alte persoane decât părțile².

6.3 Efecte ce rezultă din neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a contractului de leasing.

Articolele 14 și 15 ale O.G. nr. 51/1997 prevăd cazurile speciale de reziliere ale contractului de leasing.

Potrivit art. 14 alin. (1), societatea de leasing are tot dreptul să rezilieze unilateral contractul cu daune-interese în cazul în care utilizatorul refuză să primească bunul la termenul agreed cu furnizorul ori, în cazul în care se află în stare de reorganizare și/sau faliment.

În cazul falimentului finanțatorului, lichidatorul judiciar va decide menținerea sau desființarea contractului de leasing, astfel în funcție de alegerea acestuia, urmările pentru utilizator(de bună-credință sau nu), pot avea consecințe destul de grave. În cazul menținerii contractului de leasing, utilizatorului nu i se vor prejudicia interesele însă, la polul opus, respectiv în cazul desființării acestuia, bunul se va întoarce în patrimoniul finanțatorului, singura posibilitate a utilizatorului fiind cea de a se înscrie în tabloul de creanțe. Această modalitate încalcă dreptul de opțiune al utilizatorului de a cumpăra bunul.

Convenția Unidroit privind leasingul financiar internațional conține o prevedere care ar putea reprezenta un model și pentru legislația română. Astfel aceasta prevede că în cazul în care bunul nu este livrat sau, deși este livrat la timp, nu respectă întocmai cerințele utilizatorului, acesta din urmă poate să ceară restituirea sumelor plătite și terminarea contractului.

În legislația noastră, art. 14 alin. (2) al ordonanței prevede faptul că finanțatorul nu răspunde în cazul în care bunul, obiect al contractului de leasing, nu este livrat sau este livrat necorespunzător utilizatorului de către furnizor.

Prevederea este deficitară dacă privim situația în care utilizatorul, deși nu a intrat încă în posesia bunului din motive imputabile furnizorului, acesta este obligat să plătească ratele de leasing precum și toate celelalte obligații ce reies din contract.

În cazul în care utilizatorul nu își execută obligația de plată integrală a ratei de leasing pe o perioadă de două luni consecutive, calculate de la scadența prevăzută în contractul de leasing, finanțatorul potrivit art. 15 al ordonanței, are dreptul să ceară rezilierea contractului, iar utilizatorul este obligat să înapoieze bunul și să plătească toate sumele datorate până la data restituirii, dacă în contract nu s-a prevăzut altfel.

¹ Aceștia se mai numesc și avânzii-cauză și reprezintă acele terțe persoane față de care se produc totuși efecte ale contractului, deși acestia nu și-au dat consimțământul la încheierea acestuia. Aceste efecte se produc datorită unor legături sau a unor raporturi în care se află cu părțile. Noțiunea de succesor al părților are în acest caz un înțeles propriu și nu trebuie confundată cu aceeași noțiune utilizată în dreptul succesoral.

² C. Stătescu, C. Bârsan, Teoria generală a obligațiilor, p. 76.

O clauză de reziliere neconformă cu dispozițiile O.G. nr. 51/1997, însă întâlnită în contractele de leasing din țara noastră, este cea prin care dacă între părți există mai multe contracte de leasing, încălcarea de către utilizator a unuia dintre acestea conduce la rezilierea oricărui alt contract în derulare între cele două părți¹.

În cazul în care rezilierea intervine pentru un astfel de motiv, toate ratele rămase de achitat devin scadente în totalitate, în favoarea finanțatorului, cu titlu de daune-interese, iar bunul va trebui restituit. În acest caz utilizatorul, deși este ținut să plătească întreaga valoare a bunului prevăzută în contract, nu va mai putea să devină proprietar al bunului așa cum poate intenționa la sfârșitul acestei perioade.

Deși este lipsit de vinovăție, consecințe asemănătoare i se impută utilizatorului și în cazul unui furt sau a unei distrugerii în totalitate a bunului.

Singura posibilitate într-o legislație a leasingului care nu limitează motivele de reziliere pe care o societate de leasing le poate introduce într-un contract este declararea acestora de către utilizator ca fiind abuzive.

Utilizatorul trebuie să respecte întocmai clauzele contractului de leasing, acesta fiind cel mai interesat la încheierea lui, sancțiunile, într-un caz nefericit, fiind destul de serioase.

Capitolul 7: Încetarea contractului de leasing.

Datorită caracterului sinalagmatic și al celui cu executare succesivă, contractul de leasing poate înceta în două cazuri: la expirarea termenului sau prin reziliere unilaterală.

7.1 Expirarea duratei contractului

Contractul poate înceta odată cu împlinirea perioadei pentru care s-a încheiat contractul sau înainte de terminarea acestui termen.

La expirarea duratei contractului de leasing utilizatorul trebuie să își manifeste una din cele trei opțiuni prevăzute de lege și anume: achiziționarea bunului, restituirea bunului sau continuarea contractului.

În primele două cazuri, opțiunea de a cumpăra ca și cea de a restitui bunul determină încetarea raporturilor contractuale și pot fi considerate drept cauze de încetare a contractului la sfârșitul perioadei acestuia².

Contractul de leasing, odată cu împlinirea termenului stabilit în contract, încetează de drept.

Acesta poate înceta și înaintea termenului prevăzut, însă numai cu acordul ambelor părți și doar în condițiile în care au fost respectate clauzele contractuale.

7.2 Rezilierea unilaterală

Finanțatorul are posibilitatea de a rezilia contractul de leasing în cinci cazuri:

1. Atunci când utilizatorul refuză să primească bunul la termenul convenit în contract cu furnizorul.

¹ Dr. Dumitru A.P. Florescu, Av. Monica Rotaru, Av. Mihaela Olteanu, Contractul de leasing, ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 113.

² Art. 1, art. 14 și art. 15 al O.G. nr. 51/1997 prevăd situațiile care pot avea drept consecință încetarea contractului de leasing. În articolul 1 al O.G. nr. 51/1997 este prevăzut dreptul de opțiune în legătură cu achiziționarea bunului, încetarea raporturilor contractuale sau prelungirea contractului de leasing, iar în art. 14 și art. 15 din ordonanță se prevede posibilitatea rezilierii acestuia.

Art. 10 al O.G. nr. 51/1997 obligă utilizatorul să primească bunul la termenul și în condițiile de livrare agreeate cu furnizorul, în caz contrar finanțatorul având dreptul la reziliere cu daune-interese¹.

2. În cazul în care utilizatorul se află în stare de insolvență, finanțatorul, conform art. 14 pct.1, teza a ÎI- a, poate rezilia contractul cu daune interese.

În Art. 13 este prevăzută situația în care utilizatorul se află în reorganizare judiciară și sau faliment, caz în care drepturile finanțatorului asupra bunului utilizat în contractul de leasing, sunt opozabile judecătorului sindic, iar atunci când societatea se află în procedura de dizolvare și lichidare reglementată de Legea 31/1990, drepturile finanțatorului sunt opozabile lichidatorului.

Aceeași situație se aplică și în cazul insolvenței finanțatorului. Astfel, în cazul în care acesta se află în insolvență sau în procedura de dizolvare și lichidare, art. 13 alin. (5) dă voie utilizatorului să urmărească bunul aflat în proprietatea oricărui dobânditor al acestuia, în condițiile în care au fost respectate drepturile finanțatorului. Altfel spus, indiferent de cine este titularul dreptului de proprietate al bunului, în cazul apariției insolvenței sau a dizolvării și lichidării finanțatorului, condițiile și elementele esențiale înscrise în contract vor rămâne neschimbate.

3. În ipoteza în care utilizatorul nu își execută obligația de plată a ratei de leasing timp de două luni consecutive.

Potrivit dispozițiilor art. 15 al O.G. nr. 51/1997, utilizatorul, odată cu rezilierea contractului, va fi ținut să restituie bunul și totodată să achite toate sumele datorate până la data restituirii în temeiul contractului.

4. În situația în care finanțatorul nu respectă dreptul de opțiune al utilizatorului.

Art. 16 al O.G. nr. 51/1997, prevede faptul că utilizatorul, în cazul în care finanțatorul nu îi respectă dreptul de opțiune, este îndreptățit să primească daune-interese, egale cu prejudiciul total produs prin încălcarea obligației, iar hotărârea instanței de judecată sesizată cu stabilirea daunelor-interese va putea ține loc de act de vânzare-cumpărare, utilizatorului recunoscându-i-se dreptul astfel de a deveni proprietar al bunului.

5. Dacă bunul, obiect al contractului de leasing, pierde.

Fără a se face distincție după cum pierrea bunului s-a produs printr-un caz fortuit sau din culpa vreunei părți, important este că bunul nu mai poate fi folosit, folosința bunului ținând de esența contractului de leasing.

În cazul în care bunul a pierit doar parțial, utilizatorul poate cere fie o reducere a prețului, fie încetarea contractului.

În cazul pieririi totale² a bunului, finanțatorul nu mai asigură dreptul de folosință utilizatorului și astfel, contractul de leasing încetează de drept.

Concluzii

Loïc Josserean, un civilist francez celebru, afirmă faptul că “*trăim din ce în ce mai mult contractual*”, încă din anul 1937, lucru care se adevărește tot mai mult, pe zi ce trece, când asistăm la o expansiune a acestui fenomen.

O lege poate stabili doar câteva limite ale comportamentului uman în anumite împrejurări, dar care, odată cu scurgerea timpului, își pierde din actualitate și eficiență mai ales din cauza faptului că trăim într-o societate de drept în care bază legislativă este menită să dirijeze în special raporturi sociale apărute între persoane.

¹ Conform art. 14 pct. 1 din O.G. nr. 51/1997

² E. Turcu, op cit. p. 276.

Suntem astfel martorii unei ere în care necesitatea modificării legii dictează, fiind un procedeu destul de migălos și greu de realizat în timp datorită ritmului rapid de dezvoltare a societății și a condiției umane. Anumite categorii de raporturi noi apărute, necesită concomitent, o reglementare, dar totodată nu pot fi reglementate printr-o anumită lege, fapt care impune reglementarea printr-o modalitate deosebită.

Pentru a încheia un contract de leasing este necesară cunoașterea normelor juridice aplicabile și implicarea unei forme de negociere privată ca o amortizare a pozițiilor părților contractante. Astfel, drepturile și obligațiile reieșite din contract trebuie cuprinse în clauzele acestuia, iar interpretarea lor să nu fie de natură să ivească eventuale neînțelegeri care să ducă la un litigiu între părți.

Analizând mai în detaliu leasingul, putem afirma faptul că acest tip de contract este unul dintre cele mai eficiente mijloace de finanțare a investițiilor productive, oferind în același timp siguranță și celui care utilizează bunul în acest sistem cât și celui care finanțează această operațiune.

Se apreciază faptul că majoritatea achizițiilor de bunuri de folosință îndelungată, indiferent de natură lor personală sau industrială sunt realizate astăzi prin instrumentul juridic numit leasing, iar utilizarea acestuia a reprezentat o înprospătare utilă, necesară și esențială pentru o economie de piață avansată.

Bibliografie.

Legi și alte acte normative:

1. Noul Cod Civil și 9 legi uzuale, 8 mai 2012, ed. Hamangiu.
2. O.G. nr. 51/1997, privind operațiunile și societățile de leasing¹.
3. Legea nr. 93/2009 privind institutiile financiare nebancale.
4. Codul fiscal și Normele metodologice de aplicare, 15. februarie 2013, ed. C.H. Beck.
5. Legea 8/1996 privind drepturile de autor.
6. Legea 64/1991 privind brevetele de invenție.
7. Legea nr. 90/1998 pentru aprobarea Ordonanței Guvernului nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing.
8. Legea nr. 136/1995 privind asigurările.
9. **Hotărârea Guvernului nr. 280/1990 privind vânzarea de mărfuri, prestarea de servicii și executarea de lucrări cu plata prețului în rate, publicată în M. Of., P.P, nr. 46/1990.**
10. **Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă C.C.I.R., sentința nr. 79 din 28 aprilie 2000, în C.Cucu, M Gavrîș.**
11. Constituția României ed. C.H. Beck, 2012.

Manuale, monografii, cursuri, tratate.

1. Vasile Nemeș, „Drept comercial”, ed. Hamangiu, 2012.
2. Gh. Beleiu, „Drept civil român, Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil”, București, 1998.
3. D.Clocotici, Gh.Gheorghiu, „Operațiunile de leasing”, București, 2000.
4. A.M.Luca, „Drept Civil. Noțiuni generale despre obligații. Contracte civile”, Iași, 1994.
5. R.Petrescu, „Principalele contracte de drept comercial”, București, 1999.
6. I.Huma, „Introducere în studiul dreptului”, Iași, 1993.
7. T.Pop, „Drept Civil român”, Teoria generală, București, 1993.
8. Tudor R.Popescu, „Drept Civil”, vol. I, București, 1994.

¹Republicată în Monitorul Oficial nr. 9 din 12 Ianuarie 2000.

9. L.Pop, „Drept Civil” , vol. I, Iași, 1993.
10. C.Stătescu, C.Bîrsan, „Teoria generală a obligațiilor”, București, 1998.
11. Șt.Rauschi, „Drept Civil”, partea generală, Iași, 1993.
12. C.Toader, „Manual de contracte civile speciale”, București, 2000.
13. V.Stoica, „Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile”, București, 1997.
14. El. Moktar Bey- "De la symbiotique dans le leasing et credit-bail”.
15. Ioan Popa- "Tranzactii comerciale Internationale ”.
16. Dr. Dumitru A.P. Florescu, Av. Monica Rotaru, Av. Mihaela Olteanu – “Contractul de leasing”, ed. Universul Juridic, București, 2013.
17. Roxana Munteanu- "Institutiile de drept comercial",
18. Ion Turcu-"Reorganizarea si lichidarea judiciara" Editura Lumina Lex, 1996, Bucuresti.
19. I.L. Georgescu, Drept comercial roman, vol. I, Ed. Socec, Bucuresti, 1946.
20. St.D. Carpenaru, Tratat de drept comercial roman, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2009.
21. C. Stătescu, C. Bârsan, Teoria generală a obligațiilor.
22. F. Deak, Tratat de drept civil- Contracte speciale, Ed. Universul Juridic, București, 2006.
23. C. Bîrsan, Drept civil. Drepturi reale principale, Ed. All Beck, Bucuresti, 2001.
24. S. Popovici, Contractul de leasing, Ed. Universul juridic, Bucuresti, 2010.
25. **Dr. Teofil Pop, Drept Civil român. Teoria generală, București, 1993.**
26. Ion Deleanu, „Drept constituțional și instituții politice”, vol. I, Iași 1993.
27. D. Mazilu, Dreptul comerțului internațional, Partea specială, Ed. Lumina Lex, București, 2000.
28. M.Govanoli, „Le crédit-bail (leasing) en Europe. Development et nature juridique”, Paris, 1980.
29. “GE CAPITAL: Jack Welch’s Secret Weapon”, în “FORTUNE” din 10 noiembrie 1997.
30. Belu Magdo Mona-Lisa, contracte comerciale traditionale si moderne, EdituraTribuna Economică, Bucuresti, 1996.
31. Jean Vulgaris, „La location financiere en Grece”, în Revista italiana de leasing, nr. 3/1987.
32. Aristotel, „Retorica”, cartea I, cap. V.
33. E.B Kabatova “Leasing International în finanțarea economiei în tranziție”, M., 1997.
34. O. Capatina- "Aspecte noi în Revista de drept comercial".
35. Revista de drept comercial nr. 9 –Lumina Lex, București, 1996.
36. Revista de drept comercial nr. 1-12, Lumina Lex, București, 1997.
37. Revista națională de drept – octombrie 2000.
38. Revista de drept comercial nr.6 – 2006, Lumina Lex, București.
39. Revista națională de drept nr. 6, București, 2001.
40. Revista de drept comercial serie noua, XV nr. 7-8, Lumina Lex, București 2005.
41. Rus Ioan. Scurte aprecieri privind importanța leasingului față de alte operațiuni comerciale, publicat în Revista Metalurgia, 2008, nr.2.

Surse electronice

1. www.planetleasing.ro
2. www.diamant2000.ro
3. www.avocatura.com
4. <http://dreptprivat.wordpress.com>

COMPARAȚIE: SOCIETATEA SIMPLĂ- SOCIETATEA CU RĂSPUNDERE LIMITATĂ

Valentina Maria STAN*

Abstract:

Noul Cod Civil constituie dreptul comun al societăților comerciale, numite, mai nou, societăți speciale. Potrivit noilor reglementări, societățile se împart în simple (civile) și speciale. Societățile simple sunt cele constituite prin contractul de societate, exclusiv în condițiile Codului Civil. Societățile speciale sunt toate celelalte societăți (aici regasindu-se și societatea cu răspundere limitată), constituite, tot în baza unui contract de societate, însă în vederea exercitării unor activități economice sau diverse profesii, reglementate prin legi speciale, cum ar fi Legea 31/1990 privind societățile comerciale.

Cuvinte cheie: *societate, simplă, răspunde, limitată, asemănări, deosebiri*

1. Introducere

Dreptul civil nu mai este ceea ce în mod tradițional se înțelegea prin acest termen, un drept al particularilor și al averilor statice ci un drept privat unitar fiind dreptul comun pentru dreptul comercial, cele două categorii de norme reprezentând ramuri distincte iar setul de reguli aplicabile profesioniștilor fiind mult mai larg decât cel aplicabil particularilor.

Raporturile juridice în care sunt implicați profesioniștii se caracterizează prin risc, încredere și continuitate¹. Echilibrul contractual este o cerință a obligațiilor contractuale care trebuie să fie de bună credință, echitabile și contrare abuzurilor de drept.

2. Continutul propriu-zis al lucrării

1. Noțiune, reglementare.

I. Precizări prealabile.

Potrivit art. 1887 alin. 1 Cod Civil, normele Noului Cod Civil în ceea ce privește contractul de societate reprezintă dreptul comun în materia societăților. Conform articolului următor, legislația specifică pentru diferite tipuri de societăți va exista într-un cadru juridic distinct.

II. Noțiune, reglementare.

a) Asemănări.

Societatea este un contract ce are în vedere obligația reciprocă asumată de două sau mai multe părți, de a coopera pentru desfășurarea unei activități, născute prin contribuția acestora în aporturi bănești, în bunuri, în cunoștințe specifice sau prestații, în vederea realizării și împărțirii unor beneficii ce ar putea rezulta din aceasta activitate.² Astfel, societatea simplă și societatea cu răspundere limitată au aceeași esență, ambele dobândind calitatea de profesionist.

b) Deosebiri.

Una dintre cele două forme de societate, reglementate de Noul Cod Civil, este **societatea simplă**, specific naturii acesteia fiind lipsa personalității juridice. Noțiunea de societate simplă asimilează atât societățile comerciale rămase neînmatriculate cât și societățile de fapt, acestea din

*Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București, e-mail (valentinamaria_stan@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. drd. Dan Alexandru Sitaru (sitaru.alexandru@yahoo.com) și conf. univ. Vasile Nemeș (avocatnemes@yahoo.com)

¹ Gheorghe Piperea, Drept comercial: întreprinderea: în reglementarea Noului Cod Civil, 2012, p.14

² Stanciu D. Carpenaru- Tratat de drept comercial, Editura Universul Juridic, 2012, p. 118

urmă reprezentând situația în care o societate afectată de un viciu la constituire a funcționat o perioadă până la regularizarea sau până la anularea acesteia.

Societatea cu răspundere limitată este reglementată prin Legea nr. 31/1990 privind societile comerciale. Această este dobanditoare de personalitate juridică și are calitatea de comerciant.

2. *Constituire si modificare.*

I. *Constituire.*

a) Asemanari.

Atât societatea simplă cât și societatea cu răspundere limitată trebuie să respecte condițiile de validitate prevăzute de lege cât și condițiile specifice contractului de societate (adică, punerea în comun de aporturi, participația la beneficii și pierderi și existență factorului intelectual numit *affectio societatis*).

Acestea sunt create în considerația persoanelor cu care se contractează , mai mult, pt a fi asigurat caracterul intuitu personae, legea limitează numărul asociaților societății cu răspundere limitată care nu poate fi mai mare de 50. În același timp, fiind vorba de un contract , numărul părților nu poate fi mai mic de doi, totuși legea reglementează situația societății cu răspundere limitată cu acționar unic.

Este necesară capacitatea deplină de exercițiu pentru asociere în oricare din cele două tipuri de societăți, această fiind dobândită la împlinirea vârstei de 18 ani, prin căsătorie înainte de acest termen sau prin emanciparea minorului care a împlinit vârsta de 16 ani.

Factorul volitiv, consimțământul, trebuie exprimat de o persoană care are discernământ. În ceea ce privește acestuia, particularități prezintă aportul de bunuri subscris de o persoană căsătorită, din masă comună de bunuri, care este permis doar dacă există consimțământul expres al celuilalt soț.

b) Deosebiri.

Obiectul operațiunilor pe care le realizează **societatea simplă** este unul civil, existând doar calitatea de profesionist, nu și cea de comerciant. Calitatea de profesionist comerciant în cazul **societății cu răspundere limitată** se naște prin obiectul acesteia de a realiza anumite activități economice¹.

Cauza **societății simple** este de a obține beneficii. Scopul **societății cu răspundere limitată** este de a dobândi profit².

Societatea simplă ia naștere prin simplul acord de voință al părților, formă scrisă a contractului de societate fiind cerută doar ad probationem. **Societatea cu răspundere limitată** se constituie în formă scrisă sub semnătură privată, printr-un contract de societate și un act dezvoltator al acestuia, denumit statut. Contractul societății cu răspundere limitată trebuie să cuprindă elementele cerute de art. 7 al Legii nr.31/1990³.

Societatea cu răspundere limitată are anumite obligații profesionale pe care societatea **simplă** nu le are, cum ar fi obligația de înmatriculare în Registrul Comerțului, obligația de a tine registrele comerciale și obligația de a desfășura activitatea în limitele concurenței licite.

Legea stabilește anumite condiționări în cazul **societății cu răspundere limitată** în ceea ce privește numărul asociaților așa cum am precizat mai sus, firmă societății care va fi compusă dintr-o denumire proprie care să îndeplinească condițiile privind noutatea și disponibilitatea, acesteia alaturându-se mențiunea “ societate cu răspundere limitată” sau “S.R.L.” , în ceea ce privește capitalul social care nu poate fi mai mic de 200 lei, cât și fracțiunile acestuia, numite părți sociale, având o valoare nominală egală care nu poate fi mai mică de 10 lei⁴.

¹ Stanciu D. Carpenaru- Tratat de drept comercial, Editura Universul Juridic, 2012, p. 120

² Stanciu D. Carpenaru- Tratat de drept comercial, Editura Universul Juridic, 2012, p. 121

³ Vasile Nemes, Drept comercial, Editura Hamangiu, 2012, p. 228

⁴ Vasile Nemes, Drept comercial, Editura Hamangiu, 2012, p. 228

II. Modificare.

a) Asemănări.

Punând în discuție modificarea, ne referim la dobândirea personalității juridice în ceea ce privește societatea simplă și modificarea societății ca entitate în cazul SRL-ului. În ambele cazuri această se realizează printr-un act modificator al contractului de societate, respectiv al actului constitutiv. Că regulă, modificarea se face cu respectarea dispozițiilor prevăzute de lege pentru încheierea societății dacă prin lege sau prin voință părților nu se dispune altfel.

b) Deosebiri.

În scopul dobândirii personalității juridice de către **societatea simplă**, conform Codului Civil, asociații vor indica în mod expres, prin actul de modificare al contractului de societate “foma juridică [...] și vor pune de acord toate clauzele sale cu dispozițiile legale aplicabile societății nou-înființate”. Modificarea societății se face fără dizolvarea acesteia. Principalele cauze de modificare ale **societății cu răspundere limitată** sunt: majorarea sau reducerea capitalului social, prelungirea duratei societății, fuziunea și divizarea, schimbarea formei juridice. Hotărârea privind modificarea actului constitutiv se ia de către adunarea generală prin votul în unanimitate, acesta fiind necesar în cazul în care legea sau actul constitutiv nu prevede altfel. Actul modificator și textul complet al actului constitutiv actualizat cu toate modificările sunt supuse înregistrării în Registrul Comerțului și publicării în Monitorul Oficial.

3. Efecte.

I. Precizari prealabile.

Ca orice contract, contractul de societate valabil încheiat produce efecte, adică drepturi și obligații. Drepturile și obligațiile asociaților coincid. Asociații contribuie la formarea capitalului social al societății, prin aporturi. Capitalul social astfel format, se divide în părți egale care se distribuie asociaților, de regulă, proporțional cu aportul fiecăruia; acestea poartă denumirea de părți de interes în cazul societății simple și părți sociale în cazul societății cu răspundere limitată¹.

Legea interzice orice clauză prin care un asociat este exclus de la împărțirea beneficiilor sau de la participarea la pierderi, așa numită clauză leonină totală.

II. Drepturi.

a) Asemănări.

Scopul înființării societății este acela de a participa la obținerea de foloase rezultate din activitatea la care cooperează asociații.

b) Deosebiri.

Societatea simplă este organizată în vederea obținerii beneficiilor. **Societatea cu răspundere limitată** urmărește dobândirea profitului.

III. Obligații.

a) Asemănări.

Principalele obligații ale asociaților sunt următoarele: obligația de a vărsa aportul subscris, obligația de a suporta pierderile și obligația de loialitate.

Neîndeplinirea obligației de vărsare a aportului de către unul dintre asociați suspendă drepturile conferite de părțile de interes, respectiv părțile sociale până la executarea acesteia având la baza excepția de neexecutare a contractelor, *exceptio non adimpleti contractus*, excepție aplicabilă contractelor sinalagmatice; mai mult, neîndeplinirea obligației ar putea îndreptăți pe ceilalți asociați să ceară rezoluțiunea contractului de societate în ceea ce îl privește pe asociatul respectiv, obligația de a vărsa aportul fiind în categoria *uno icu* (rezoluțiunea poate fi invocată în cazul societăților speciale, cu prioritate pentru alte cauze decât cele care constituie motive de dizolvare)².

¹ Liviu Stanculescu, , Contracte, Editura Hamangiu, 2012, p.251

² Noul Cod Civil- Note, corelatii, explicatii, C. H. Beck, p.695

b) Deosebiri.

Aporturile aduse în **societatea simplă** sunt considerate coproprietatea asociaților, afară de cazul în care asociații au prevăzut că bunurile trec doar în folosință lor comună¹. **Societatea cu răspundere limitată** are patrimoniu propriu, de asemenea asociații pot aduce aporturi în bunuri constând doar în folosință acestora.

În cazul **societăților simple**, aportul poate constă atât în bani, în bunuri mobile și imobile corporale cât și bunuri mobile incorporale cum ar fi creanțele sau titlurile de valoare, în presății ori cunoștințe specifice². La **societatea cu răspundere limitată** nu este permis aportul în crante și nici cel în industrie, mai mult, în cazul acestei societăți, aportul în numerar este obligatoriu³.

Dreptul de a participa la beneficii al asociaților **societății simple** este în strânsă legătură cu obligația de suportare a pierderilor, în ipoteză nefericită în care beneficiile nu sunt realizate, conform art. 1920 Cod Civil. **Societatea cu răspundere limitată** este guvernată de principiul separației de patrimonii între societate și asociați și nu permite urmărirea asociaților pentru pierderile societății.

În cazul societății simple, legea reglementează dreptul la beneficii, dreptul de a folosi bunurile sociale, dreptul asupra cheltuielilor făcute de societate, dreptul de a participa la hotărârile privind soarta societății cât și dreptul de a contesta hotărârile luate cu majoritate, dreptul la restituirea aportului.

Legea permite ca fiecare asociat al **societății simple** să-și asocieze o tertă persoană la drepturile sale și chiar să le cedeze acestuia fără consimțământul celorlalți asociați, însă fără acest consimțământ nu există posibilitatea că acea persoană să devină asociat⁴. În ceea ce privește **societatea cu răspundere limitată**, asociaților le este recunoscut dreptul de a participa la adunarea generală a asociaților; de a se retrage din societate, respectiv de a transmite părțile sociale, dreptul la activul neț provenit din lichidarea societății și chiar un drept de control care este exercitat, conform prevederilor legii, în caz de lipsa de cenzori sau auditori finaniari, de către fiecare dintre asociați, care nu este administrator al societății.

IV. Relații cu terții.

a) Asemănări.

Conform art. 1.923 C civ. este interzisă emiterea instrumentelor financiare de către societatea simplă, acesta interdicție există și în cazul societății cu răspundere limitată, așa cum este prezentat în alin. 2 al art. 11 din L 31/ 1990 care menționează că părțile sociale nu pot fi reprezentate prin titluri negociabile.

b) Deosebiri.

Conform art. 1920, în executarea obligațiilor față de creditorii **societății simple**, fiecare asociat răspunde cu propriile sale bunuri în limita aportului sau, în cazul în care aceștia nu s-au îndestulat din bunurile comune; asociații ocuți răspund față de terții de bună-credință în aceeași măsură că și asociații aparenti. De asemenea, după cum prevede art. 1920, Noul Cod Civil, "creditorul personal al unui asociat, în măsură în care nu s-a putut îndestula din bunurile proprii ale acestuia, va putea cere, după caz să se înapoieze sau să se despartă și să se atribuie debitorului sau partea ce i se cuvine acestuia din bunurile comune ale asociaților, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 1929", în ceea ce privește drepturile asociatului exclus. Creditorii personali ai asociatului **societății cu răspundere limitată** își pot exercita drepturile numai în limita părții cuvenite acestuia după bilanțul contabil, pot popri părțile ce s-ar cuveni prin lichidare iar după dizolvarea societății își pot exercita drepturile asupra acestei părți, conform art. 66 din Legea nr. 31/1990.

¹ Viorel Terzea, Noul Cod civil adnotat cu doctrina și jurisprudența. Vol. 2: Art.1.164-2.664, Editura Universul Juridic, p.870

² Liviu Stanculescu, , Contracte, Editura Hamangiu, 2012, p.252-254

³ Vasile Nemeș, Drept comercial, Editura Hamangiu, 2012, p.89

⁴ Noul Cod Civil- Note, corelații, explicații, C. H. Beck, p. 701

4. Funcționare.

I. Adoptarea hotărârilor.

a) Asemănări.

Dacă prin contract sau prin lege nu se stipulează altfel, hotărârile cu privire la societate se iau cu majoritatea voturilor asociaților iar cele privind modificarea contractului de societate sau numirea unui administrator unic cât și modificarea actului constitutiv se iau în unanimitate¹.

b) Deosebiri.

Conform art. 1.1911 Cod Civil, hotărârile privind **societatea simplă** sunt adoptate de asociații reuniți în adunarea asociaților, adunare pentru care legea nu stabilește cvorum, precizând doar că toți asociații au dreptul să participe la hotărârile colective ale acestei adunări. Hotărârile privind **societatea cu răspundere limitată** se iau de către adunarea genereală reprezentând organul de deliberare și decizie în condiții de cvorum (cel puțin o pătrime din numărul total de dreturi de vot).

Prin reglementarea **societății simple** de Codul Civil, asociaților nemulțumiți de o hotărâre luată cu majoritate li se recunoaște dreptul de a contesta acea hotărâre în termen de 15 zile de la dată la care a fost adoptată, dacă au fost prezenți sau de la dată când le-a fost comunicată, dacă au fost lipsă. Conform art. 132 din Legea nr. 31/1990, hotărârile adunării generale sunt obligatorii pentru toți asociații **societății cu răspundere limitată**. Singură posibilitate de anulare a hotărârilor o reprezintă situația în care acestea sunt contrare legii sau actului constitutiv. Acțiunea în justiție poate fi introdusă în termen de 15 zile de către acționării care au legitimare procesuală (pentru cei care au votat împotriva hotărârii și au cerut consemnarea în procesul verbal al ședinței, termenul curge din momentul adoptării hotărârii iar pentru cei care au lipsit din momentul în care le-a fost comunicată această hotărâre) sau de către administrator. Prin actul constitutiv se poate prevedea că votarea se face și prin corespondența.

II. Administrarea

a) Asemănări.

Societatea simplă și societatea cu răspundere limitată sunt administrate de unul sau mai mulți administratori, asociați sau neasociați, persoane fizice sau juridice, romane sau străine. Aspectele referitoare la numirea administratorilor, modul de organizare al acestora, limitele mandatului se stabilesc prin contract sau prin acte separate.

În cazul în care societatea este administrată de mai mulți administratori iar prin contractul de societate, respectiv prin actul constitutiv nu se determină modul de lucru al acestora ori puterile ce le sunt conferite sunt aplicabile dispozițiile art 1.916 Cod Civil care reglementează pluralitatea de administratori și în completare pentru societatea cu răspundere limitată, alin. 3 al art. 197 coroborat cu art. 75 din Legea nr. 31/1990 care reglementează reprezentarea societății. (“când sunt mai mulți administratori, fără că prin împuternicire să se determine puterile fiecăruia, sau să fie obligați să lucreze împreună, fiecare poate administra singur în interesul societății, cu bună-credință [...]”, “dreptul de a reprezenta societatea aparține fiecărui administrator, afară de stipulație contrară în actul constitutiv”).

b) Deosebiri.

Dacă prin contract nu se dispune altfel, **societatea simplă** este administrată de asociați, prin mandat reciproc de administrare în interesul societății, conform alin. 3, art. 1913 Cod Civil. Operațiunea făcută de oricare dintre aceștia este valabilă și pentru partea celorlalți chiar și în situația în care consimțământul nu le-a fost luat în prealabil, în conformitate cu alin. 4 al aceluiași articol. Unul dintre elementele esențiale ale actului constitutiv al **societății cu răspundere limitată** reprezintă numirea administratorilor.

Dacă împuternicirea conferită administratorilor **societății simple** stipulează că aceștia să lucreze împreună, niciunul dintre ei nu poate face actele de administrare fără ceilalți, chiar dacă

¹ Liviu Stănculescu, Contracte, Editura Hamangiu, 2012, p. 259

aceștia ar fi în imposibilitate de a acționa. Excepție de la unanimitate sau majoritate stabilite pentru adoptarea hotărârilor, o reprezintă cazurile de forță majoră, când absența unei decizii ar putea cauza o pagubă gravă societății. Dacă prin actul constitutiv al **societății cu răspundere limitată** s-a stabilit că administratorii să lucreze împreună, deciziile vor fi luate în unanimitate, iar în caz de divergență vor decide asociații care reprezintă majoritatea absolută a capitalului social, conform art. 76 din Legea nr. 31/1990; pentru actele urgente legea permite ca decizia să fie luată de unul dintre administratori în lipsa celorlalți care se găsesc în imposibilitate, chiar și temporară, de a lua parte la administrație, numai dacă neîndeplinirea acelor acte ar provoca un prejudiciu mare societății.

Societatea simplă „stă în justiție sub denumirea prevăzută în contract”. Reprezentare în justiție se face prin administratorii împuternici sau în lipsa numirii, prin oricare dintre asociați, dacă dreptul de reprezentare nu a fost stipulat doar pentru unii dintre aceștia, conform alin. 1 al art. 1919 Cod Civil. **Societatea cu răspundere limitată** are legitimare procesuală datorită personalității juridice, calitate care se exercită prin reprezentanții săi și nu de către asociați¹. În cazul existenței unei pluralități de administratori, dacă prin actul constitutiv nu s-a dispus care dintre administratori are putere de reprezentare, se prezumă că dreptul este acordat fiecăruia dintre aceștia². Legea dispune că administratorii nu pot primi fără autorizarea adunării asociaților, mandatul de administrator, în alte societăți concurente sau având același obiect de activitate, nici să facă același fel de comerț ori altul concurent pe cont propriu sau pe contul altei persoane fizice sau juridice sub sancțiunea revocării și răspunderii pentru daune³.

III. Controlul.

a) Asemănări.

Controlul este exercitat de către asociați în cazul societății simple și în cazul societății cu răspundere limitată în situația în care numărul asociaților este mai mic de 15 sau legea nu prevede controlul prin auditul financiar, așa cum deja am precizat în ceea ce privește drepturile asociaților.

b) Deosebiri.

Oricare dintre asociații **societății simple** are dreptul de a consulta documentele, registrele și situațiile financiare ale societății, de a lua la cunoștință de operațiunile acesteia „fără a stânjeni operațiunile societății și a afecta drepturile celorlalți asociați”(art. 1918 alin. 2 Cod Civil)⁴. Administratorii întocmesc anual un raport, care va fi comunicat asociațiilor, cu privire la mersul societății. În situațiile în care este solicitată dezbaterea raportului de către toți asociații, administratorii sunt obligați să convoace reuniunea asociaților la sediul social, conform alin. 3 al art. 1918 Cod Civil, orice clauză contrară prevederilor referitoare la drepturile asociaților care nu sunt administratori este considerată nescrisă. Pe lângă organele de deliberare, decizie și administrare, în **societatea cu răspundere limitată** și celelalte societăți comerciale există anumite persoane cu atribuții de control al gestiunii. Controlul gestiunii se realizează, după caz, de către cenzorii societății, auditul financiar sau în anumite cazuri speciale de asociații societății⁵.

5. Pierderea calității de asociat.

a) Asemănări.

Pierderea calității de asociat poate avea loc din cauze subiective sau obiective ce depind de persoană respectivă sau de situația juridică a societății⁶.

¹ Vasile Nemeș, Drept comercial, Editura Hamangiu, 2012, p. 127

² Vasile Nemeș, Drept comercial, Editura Hamangiu, 2012, p. 232

³ Vasile Nemeș, Drept comercial, Editura Hamangiu, 2012, p. 138

⁴ Lviu Stanciulescu, , Contracte, Editura Hamangiu, 2012, p. 264

⁵ Stanciu D. Cârpenaru, Tratat de drept comercial, Editura Universul Juridic, 2012, p. 227

⁶ Liviu Stanciulescu, Contracte, Editura Hamangiu, 2012, p. 265

Pierderea calității de asociat se realizează prin transmiterea părților sociale, retragerea asociatului din societate sau prin excluderea acestuia, prin moarte sau punere sub interdicție judecătorească.

b) Deosebiri.

Pe lângă situațiile prezentate, pierderea calității de asociat în **societatea simplă** este consecință executării silite a părților de interes. Încetarea personalității juridice a **societății cu răspundere limitată** duce la pierderea calității de asociat.

Transmiterea părților de interes către persoane din afară **societății simple** este permisă cu consimțământul tuturor asociaților, având în vedere caracterul intuitu personae în considerația căruia societatea este constituită. Părțile de interes se pot transmite și prin mosteniere dacă prin actul constitutiv nu se prevede altfel, conform art. 1901, alin. 1 Cod Civil. Transmiterea părților sociale este permisă către persoane din afară **societății cu răspundere limitată** numai dacă a fost aprobată de asociații reprezentând cel puțin trei părți din capitalul social¹.

Părțile sociale se transmit prin succesiune dacă în contractul de societate s-a prevăzut o atare posibilitate².

În cazul contractului de **societate simplă** cu durată determinată, asociatul se poate retrage pentru motive temeinice și în lipsa de stipulație contrară, cu acordul majorității celorlalți asociați; în lipsa acordului, asociatul se poate adresa instanței de judecată.

Asociatul de bună-credință al societății cu durată nedeterminată sau al societății cu durată determinată al cărei contract de societate prevede dreptul de retragere, se poate retrage din societate doar dacă nu se produce o pagubă iminentă prin retragerea sa, notificând societatea printr-un preaviz rezonabil. Asociatul într-o **societate cu răspundere limitată** se poate retrage din societate:

- în situațiile prevăzute în actul constitutiv,
- în cazurile de schimbare a actului constitutiv când modificarea se face cu privire la schimbarea obiectului principal de activitate, mutarea sediului societății în străinătate, schimbarea formei societății, fuziunea sau divizarea societății,
- prin acordul tuturor celorlalți asociați, așa cum este prevăzut de art. 226 alin. 1, lit. b, al Legii nr. 31/1990,
- „în lipsa unor prevederi în actul constitutiv sau când nu se realizează acordul unanim, asociatul se poate retrage pentru motive temeinice, în baza unei hotărâri a tribunalului, supusă numai recursului, în termen de 15 zile de la comunicare”, conform art. 226 alin. 1, lit. c al Legii nr. 31/1990.

“La cerea unui asociat, instanță judecătorească, pentru motive temeinice, poate hotărî excluderea din societate a oricărui asociat”, în conformitate cu prevederile art. 1928 Cod Civil privind **societatea simplă**. În materia **societății cu răspundere limitată**, Legea nr. 31/1990 reglementează prin art. 222 și 206 alin 2 cazurile de excludere a asociaților:

- nevarsarea aportului subscris,
- săvârșirea de către asociatul administrator a unor fapte prejudiciabile pentru societate,
- admiterea opoziției exercitate de către creditorul personal al asociatului, împotriva hotărârii de prelungire a societății.

Excluderea se pronunță prin hotărâre judecătorească la cererea societății sau a oricărui asociat, conform art. 223 al Legii nr. 31/1990.

6. Dizolvarea și lichidarea.

I. Dizolvare.

a) Asemănări.

Societatea simplă și societatea cu răspundere limitată se dizolvă prin consimțământul tuturor asociaților, prin hotărârea instanței pentru motive legitime și temeinice, prin realizarea obiectului sau

¹ Vasile Nemeș, Drept comercial, Editura Hamangiu, 2012, p. 234

² Stanciu D. Cârpenaru, Editura Universul Juridic, 2012, p. 378

prin imposibilitatea neîndoielnică a realizării acestuia, prin alte cauze stipulate în contractul de societate.

b) Deosebiri.

Împlinirea duratei **societății simple** reprezintă cauza de dizolvare cu excepția cazului în care se aplică dispozițiile art. 1931 Cod Civil, privitoare la prelungirea tacită a contractului de societate. În cazul în care contractul nu prevede altfel, societatea se dizolvă prin moartea ori punerea sub interdicție a uneia dintre persoanele fizice asociate, prin încetarea calității de subiect de drept a uneia dintre persoanele juridice asociate sau prin falimentul unui asociat, în conformitate cu art. 1938 Cod Civil. Printre situațiile care duc la dizolvarea **societății cu răspundere limitată** se numără, falimentul societății, împlinirea duratei, diminuarea activului net al societății sub limita prevăzută de actul constitutiv sau de lege, reducerea numărului asociaților la unul singur.

II. Lichidare.

a) Asemănări.

„Societate care intra în dizolvare, se lichidează”, conform art. 1930 alin. 2 Cod Civil; Principalele efecte ale dizolvării sunt reprezentate de deschiderea procedurii lichidării și interdicția unor operațiuni noi.

Prin lichidare se întocmește inventarul bunurilor și fondurilor sociale și se stabilește activul și pasivul patrimoniului social¹. Scopul operațiunilor de lichidare a activului și pasivului societății este prefacerea bunurilor sociale în bani și achitarea datoriilor sociale. Eventualul activ net se va repartiza asociaților². Împărțeală în natură a bunurilor societății se face potrivit regulilor privitoare la împărțeală a bunurilor proprietate comună, conform art. 1948 Cod Civil.

Lichidarea societății poate fi cerută doar de asociații societății, cu excluderea creditorilor; legea permite asociaților să numească și să stabilească puterile lichidatorului și condițiile lichidării prin contractul de societate, respectiv prin actul constitutiv ceea ce rezultă că lichidarea se face în interesul asociaților, în același timp interesele creditorilor fiind protejate prin prioritatea conferită achitării creanțelor acestora³.

Lichidarea societății este obligatorie și nu facultativă.

Lichidatorii stau în justiție în numele societății.

b) Deosebiri.

Lichidarea **societății simple** se face, de obicei, de toți asociații sau de un lichidator numit de ei în unanimitate. În caz de neînțelegeri, lichidatorul este numit de instanță de judecată la cererea oricărui asociat. Operațiunile de lichidare a **societății cu răspundere limitată** sunt efectuate de lichidatori, aceștia sunt numiți de către toți asociații, dacă prin actul constitutiv nu s-a prevăzut altfel. Dacă asociații nu realizează unanimitate, numirea lichidatorilor va fi făcută de instanță la cererea oricărui administrator ori asociat.

În cazul în care prin lege sau prin contractul de societate nu se dispune altfel, obligațiile și răspunderea lichidatorilor sunt reglementate de dispozițiile aplicabile administratorilor (art. 1942 Cod Civil). „Lichidatorii au aceeași răspundere ca și administratorii[...]” conform art. 253 alin (2) din Legea nr. 31/1990. Pe parcursul lichidării personalitatea juridică a societății subzistă pentru nevoile lichidării. În mod excepțional, dizolvarea are loc fără lichidare în cazul fuziunii sau divizării totale a societății. În fază lichidării, activitatea societății se restrânge la finalizarea operațiunilor comerciale în derulare. Potrivit dispozițiilor art. 260, alin. 4 din Legea nr. 31/1990, lichidarea nu împiedică deschiderea procedurii de insolvență a societății, procedura specifică societăților comerciale⁴.

În exercitarea operațiunii de lichidare, asociații sau după caz, lichidatorul sunt ținuti să înapoieze cheltuielile ori avansurile făcute în interesul societății, în cazul **societății simple**. În cazul în care activul nu este suficient pentru acoperirea pasivului sau pentru restituirea apurturilor,

¹ Liviu Stănculescu, Contracte, Editura Hamangiu, 2012, p. 269

² Vasile Nemeș, Drept comercial, Editura Hamangiu, 2012, p. 185

³ Vasile Nemeș, Drept comercial, Editura Hamangiu, 2012, p. 182

⁴ Vasile Nemeș, Drept comercial, Editura Hamangiu, 2012, p. 187

pierderea se suportă de asociați proporțional cu distribuția participării la beneficii dacă prin contract nu s-a stipulat altfel. Întrucât **societatea cu răspundere limitată** are un patrimoniu propriu, asociații nu pot fi urmăriți pentru datoriile acesteia. Așa cum am precizat la constituire, **societatea cu răspundere limitată** are obligația de înregistrare în Registrul Comerțului, prin aplicarea metodei simetrie, lichidatorul are obligația depunerii în termen de 15 zile de la terminarea lichidării, cererea de radiere.

3. Concluzii

I. Concluzii.

Titularul care exploatează orice întreprindere ce relevă un risc asumat de acesta este, în sensul Noului Cod Civil, un profesionist. Astfel, dreptul profesioniștilor este mai larg decât se înțelegea prin drept comercial. Obiectul, condițiile de constituire, organizare, funcționare și personalitatea juridică sunt principalele deosebiri între societățile civile (simple) și cele speciale, printre care se numără și societatea cu răspundere limitată.

II. Propuneri de lege ferenda.

Apariția Noului Cod Civil a determinat dispariția Codului Comercial și la un nivel mai înalt a a noțiunii „comerciant” și a celor conexe acesteia cum ar fi „fapte de comerț” și „obligații comerciale”. Potrivit art. 79 din legea de punere în aplicare a Codului de Procedura Civilă, societățile înregistrate în Registrul Comerțului care au în denumire sintagmă „societatea comercială” trebuie să efectueze demersurile necesare pentru înlocuirea acesteia cu termenul „societate”. Prin urmare, în mod natural, noțiunea de comercial trebuie să dispară. Deși, dispozițiile Codului Civil în vigoare constituie dreptul comun în materie de societăți, considerăm că o bună parte dintre acestea sunt aplicabile exclusiv profesioniștilor comercianți, nefiind întâlnită în practică utilizarea acestora de către contractorul civil. Observăm că delimitarea societății simple de cea cu răspundere limitată o face tocmai termenul de “comercial”, astfel, opinăm că este necesară existența acestei noțiuni, importantă acesteia fiind în esență legată de clasificarea raporturilor juridice și de identificarea speciei de gen.

De asemenea, opinăm că este necesară revizuirea anumitor dispoziții ale Codului Civil, cum ar fi alin. 3 al art. 1910, privind adoptarea hotărârilor asociațiilor. Legea se interpretează în sensul voinței legiuitorului, însă această trebuie să îndeplinească condițiile de claritate, precizie și previzibilitate. Considerăm că pentru a fi mai bine exprimată voința legiuitorului, în această situație, textului necesită o adăugire în felul următor: „prin excepție de la alineatul 2 teză întâi, hotărârile privind modificările contractului de societate sau numirea unui administrator unic se iau cu consimțământul tuturor asociațiilor” deoarece legiuitorul a dorit crearea unei norme dispozitive suplative prin instituirea excepției și nu a unei norme imperative, oferind prioritate voinței exprimate în contract față de textul legii.

Referințe bibliografice

- Vasile Nemes- Drept comercial, Editura Hamangiu, 2012
- Liviu Stanculescu- Contracte, Editura Hamangiu, 2012
- Stanciu D. Carpenaru- Tratat de drept comercial, Editura Universul Juridic, 2012
- Gheorghe Piperea- Drept comercial: întreprinderea: in reglementarea Noului Cod Civil, 2012
- Legea 31/1990- Legea societăților comerciale
- Noul Cod Civil- Note, corelații, explicații, C. H. Beck
- Viorel Terzea- Noul Cod civil adnotat cu doctrina și jurisprudența. Vol. 2: Art.1.164-2.664, Editura Universul Juridic
- Noul Cod Civil

TEORIA IMPREVIZIUNII ÎN CONTRACTELE COMERCIALE

Ana Cristina EREMIA*
Alexandru Nicolae ANGHEL

Abstract

Problema admiterii sau nu a teoriei impreviziunii contractuale este și în prezent una larg dezbătută, cu toate că Noul Cod Civil a admis existența și utilitatea acesteia. În opinia noastră, odată cu abrogarea Codului Comercial și unificarea reglementărilor comerciale cu cele civile, considerăm că este folositor să observăm care sunt implicațiile acestei teorii în materie comercială, care sunt avantajele și dezavantajele unei astfel de norme, cu atât mai mult cu cât utilizarea sau nu a impreviziunii în contractele comerciale poate avea repercursuni mai însemnate decât cele din domeniul civil.

Cuvinte cheie: *impreviziune, contracte, utilitate, civil, comercial*

1. Teoria impreviziunii – Vechiul și Noul Cod Civil

1.1 Scurtă introducere în istoricul, semnificația și rolul teoriei impreviziunii

Teoria impreviziunii face parte din categoria conceptelor care deși și-au găsit utilitatea de mult în realitatea socială și economică, nu a reușit să își câștige foarte ușor un loc printre reglementările exprese din domeniu.

Din perspectivă istorică, teoria nu a reușit până la momentul intrării în vigoare a Noului Cod Civil să fie consacrată într-o manieră generală în dreptul român, ci numai într-o serie de reglementări, mai ales de interpretare, aplicabile în cazuri concrete.

Teoria impreviziunii a pătruns în dreptul laic din dreptul canonic, unde a fost formulată de Sf. Toma d'Aquino, în secolul al XIV-lea. Această teorie n-a exercitat însă o influență deosebită asupra juriștilor din secolele XVI-XVIII.¹

Cunoscută mai întâi prin clauza *rebus sic stantibus*, această teorie își găsește aplicabilitatea în domeniul administrativ, fiind apoi preluată în dreptul civil și comercial, odată cu izbucnirea primului război mondial, datorită efectelor economice negative ale conflagrației asupra echilibrului contractual.

După al doilea război mondial, problema a primit rezolvări diferite, în principiu, în doctrina și practica din Occident, față de cele din Est, îndeosebi în țările devenite socialiste. Dacă în doctrina din Vestul Europei s-au dat soluții diferite. În Estul Europei, pe considerente ideologice, s-a mers pe teza inadmisibilității aplicării teoriei impreviziunii.²

Un rol hotărâtor în stabilirea utilității acestui concept l-au jucat perioadele de criză prin care a trecut economia României, reliefându-se astfel necesitatea stabilirii unor condiții contractuale care, în vremuri de dezechilibru economic, trebuie să mențină echitatea față de toate părțile implicate contractual.

Cu toate acestea, teoria impreviziunii se justifică nu numai prin necesitatea utilizării ei în perioadele de inflație, ci ea se impune ca un mijloc de drept eficient în rezolvarea unei situații

* Ana Cristina Eremia, Alexandru Nicolae Anghel, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: cristina_eremia23@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. Univ. dr. Vasile Nemeș și Asist.univ.drd. Alexandru Dan Sitaru.(sitaru.alexandru@yahoo.com)

¹ AL. Weill, Fr. Terre, *Droit civil. Les obligations*, Editura Dalloz, Paris, 1990, pag. 422

² D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Editura Științifică, București, 1969, pag. 374

juridice de origine contractuală, determinate de schimbarea drastică și imprevizibilă a împrejurărilor, indiferent de natura lor, din momentul executării contractului, față de momentul încheierii lui.¹

Când vorbim despre impreviziune trebuie să facem o delimitare clară față de celelalte noțiuni cu care aparent se aseamănă, astfel că deși există anumite similitudini, în ceea ce privește cauza sau efectele, între impreviziune și leziune, eroare, forță majoră, elementul *alea*, condiția rezolutorie sau prejudiciul imprevizibil, acestea nu trebuie confundate pentru că rolul impreviziunii este acela de a reinstaura interesul față de executarea contractului în noile condiții contractuale, având ca principal scop să echilibreze prestațiile părților care din diferite motive au devenit excesiv de oneroase.

În doctrina clasică română a apărut ideea ca teoria impreviziunii contractuale contravine principiului forței obligatorii a contractului. Însă este important de subliniat faptul că doar în aparență impreviziunea s-ar afla în contradicție cu acest principiu, pentru că aplicarea teoriei trebuie privită prin prisma executării cu bună-credință a obligațiilor contractuale. Așadar, chiar dacă voința părților în momentul contractării a fost una, în situația schimbării circumstanțelor contractuale aceste obligații trebuie reformulate în așa fel încât să devină realizabile și echitabile față de toți cocontractanții.

Pe cale de consecință, putem afirma că teoria impreviziunii este doar o excepție aparentă de la principiul forței obligatorii a contractului, întrucât acordul de voințe reprezintă elementul esențial în teoria generală a contractului, însă efectul său obligatoriu nu rezidă în puterea suverană a voințelor individuale, ci este conferit de lege în considerarea ideilor de morală, echitate și utilitate socială.²

1.2. Teoria impreviziunii fundamentată diferit în Codul Civil de la 1864 și cel din 2011

Datorită faptului că până la momentul intrării în vigoare a noului Cod Civil nu exista o reglementare expresă a acestei teorii, au apărut în doctrina de specialitate mai multe idei și teorii care încercau să justifice într-un fel sau altul utilitatea impreviziunii prin identificarea fundamentului acesteia.

Astfel că printre fundamentele susținute de către specialiști se regăseau: echitatea (art. 970 alin. 2 C. civ.), forța majoră (art. 1083 C. civ.), abuzul de drept (conform Decretului nr. 31/1954), răspunderea contractuală a debitorului (art. 1085 C. civ.), lipsa de cauză (art. 966 C. civ.), clauza *rebus sic stantibus* (art. 977 C. civ.), buna-credință (art. 970 C. civ.).

Marea majoritate opta pentru varianta fundamentată pe conceptul de bună-credință, însă odată cu reglementarea expresă a acestei teorii, fundamentul a reieșit din practica îndelungată a instanțelor judecătorești și a situațiilor juridice apărute care au condus la ideea că în cazul oricărui contract există posibilitatea apariției unei situații neprevăzute care să schimbe condițiile contractuale inițiale și care să dezechilibreze în mod substanțial prestațiile părților, astfel că mai mult decât buna-credință a contat faptul că este necesar ca impreviziunea să se aplice la toate contractele și nu doar la cele limitativ prevăzute anterior, pentru că astfel de situații pot apărea oricând, iar scopul principal este acela de a împăca voința părților cu respectarea obligațiilor asumate.

Conform reglementării de la 1864 teoria impreviziunii era acceptată ca o excepție de la principiul *pacta sunt servanda*, doar în cazul revizuirii efectelor juridice ale anumitor tipuri de acte juridice. Astfel că această revizuire era posibilă doar în cazul contractelor sinalagmatice, cu titlu oneros, comutative și cu executare succesivă.

Ca aplicare legislativă a teoriei putem menționa, în primul rând, ipoteza la care se referă art. 43 alin. 3 din Legea 8/1996, potrivit căruia „în cazul unei disproporții evidente între remunerația autorului operei și beneficiile celui care a obținut cesiunea drepturilor patrimoniale, autorul poate

¹ Cristina Elisabeta Zamșa, *Teoria impreviziunii: studiu de doctrină și jurisprudență*, Editura Hamangiu, București, 2006, pag. 1

² Cristina Elisabeta Zamșa, *Teoria impreviziunii: studiu de doctrină și jurisprudență*, Editura Hamangiu, București, 2006, pag. 64

solicita organelor jurisdicționale competente revizuirea contractului sau mărirea convenabilă a remunerației.”

O altă aplicație practică a teoriei o regăsim și în art. 54 din O.U.G nr. 54/2006, text ce prevede că „raporturile contractuale dintre concedent și concesionar se bazează pe principiul echilibrului financiar al concesiunii, între drepturile care îi sunt acordate concesionarului și obligațiile care îi sunt impuse. În consecință, concesionarul nu va fi obligat să suporte creșterea sarcinilor legate de execuția obligațiilor sale, în cazul în care această creștere rezultă în urma: unei măsuri dispuse de o autoritate publică; unui caz de forță majoră sau unui caz fortuit.”

În mod excepțional, legiuitorul a consacrat teoria impreviziunii și în cazul unui anumit act juridic cu titlu gratuit, anume contractul de voluntariat (vezi art. 14 din Legea nr. 195/2001).

În actualul cod civil, legiuitorul român a înțeles să reglementeze teoria impreviziunii în cuprinsul articolului 1271: (1) Părțile sunt ținute să își execute obligațiile, chiar dacă executarea lor a devenit mai oneroasă, fie datorită creșterii costurilor executării propriei obligații, fie datorită scăderii valorii contraprestației.

(2) Cu toate acestea, dacă executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației, instanța poate să dispună:

a) adaptarea contractului, pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor;

b) încetarea contractului, la momentul și în condițiile pe care le stabilește

(3) Dispozițiile alin. (2) sunt aplicabile numai dacă:

a) schimbarea împrejurărilor a intervenit după încheierea contractului;

b) schimbarea împrejurărilor, precum și întinderea acesteia nu au fost și nici nu puteau fi avute în vedere de către debitor, în mod rezonabil, în momentul încheierii contractului;

c) debitorul nu și-a asumat riscul schimbării împrejurărilor și nici nu putea fi în mod rezonabil considerat că și-ar fi asumat acest risc;

d) debitorul a încercat, într-un termen rezonabil și cu bună-credință, negocierea adaptării rezonabile și echitabile a contractului.

Având în vedere textul de mai sus putem spune că pentru a fi aplicabilă teoria impreviziunii trebuie să existe: o executare excesiv de oneroasă, schimbări excepționale, o obligare vădit injustă, o previziune rezonabilă (avută în vedere de către debitor, în mod rezonabil), un termen rezonabil, o adaptare rezonabilă și echitabilă.

Regula o regăsim în alin. (1) unde: „Părțile sunt ținute să își execute obligațiile, chiar dacă executarea lor a devenit mai oneroasă, fie datorită creșterii costurilor executării propriei obligații, fie datorită scăderii valorii contraprestației”. Potrivit acestui prim alineat, fiecare parte în contract trebuie să își execute obligația sa conform clauzelor contractului, chiar și atunci când obligația proprie a devenit mai oneroasă decât părea să fie la data încheierii contractului, afectând echilibrul inițial, prezumat, dintre prestațiile reciproce. Pe de altă parte, excepția vine și arată că dacă executarea a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației, există posibilitatea intervenției instanței în contract.

Soluțiile pe care le poate pronunța instanța sunt fie de a dispune adaptarea contractului pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor, fie de a dispune încetarea contractului la momentul și în condițiile pe care le stabilește.

Condițiile în care poate avea loc intervenția instanței trebuie îndeplinite în mod cumulativ:

a) elementul care provoacă un caracter excesiv al sarcinii debitorului să nu fi existat la data încheierii contractului, ci să fi apărut după acest moment;

b) schimbarea împrejurărilor, precum și întinderea acesteia să nu fi fost avute în vedere și nici să nu fi fost posibil să fie avute în vedere de către debitor, în mod rezonabil, în momentul încheierii contractului;

c) partea pusă în dificultate să nu-și fi asumat (expres sau prin natura contractului) să suporte riscul producerii evenimentului perturbator și nici să nu se poată în mod rezonabil considera că și-ar fi asumat acest risc;

d) debitorul să fi încercat, într-un termen rezonabil și cu bună-credință, negocierea adaptării rezonabile și echitabile a contractului.

Așa cum rezultă din ultimul text, sesizarea instanței este abia a doua etapă a demersului debitorului obligației devenită excesiv de oneroasă, acesta fiind ținut, ca și condiție prealabilă sesizării instanței, să încerce negocierea cu cealaltă parte, în scopul de a obține adaptarea contractului.

Din textul art. 1271 considerăm că poate fi remarcată expresia referitoare la posibilitatea rezonabilă ca părțile contractului să fi prevăzut evenimentul care a generat schimbarea. Prevederea rezonabilă se va concepe în mod abstract și nu raportat la particularitățile psihice, intelectuale, profesionale cu care era înzestrat partenerul contractual.

Această capacitate rezonabilă nu trebuie să fie confundată cu caracterul rezonabil al clauzelor contractului, printre clauzele nerezonabile se situează și clauzele ambigue. Acestea pot fi remediate cu ajutorul criteriului intenției comune a părților, precum și cu criteriul utilității clauzei și a eficienței operațiunii contractuale în ansamblu. Tot nerezonabile sunt clauzele penale disproportionale sau clauzele de neconcurență exagerate. Toate aceste erori se pot corecta prin suprimarea clauzelor nerezonabile.

Problema aplicării teoriei impreviziunii și a dispozițiilor art. 1271 NCC este pusă uneori și în contextul intervenției crizelor economice, fenomene ciclice și grav perturbatoare.

2. Aspecte ce fac utilă aplicarea impreviziunii în materie comercială

Mai întâi, impreviziunea își găsește utilitatea în dreptul comerțului internațional. Aplicarea teoriei prezintă o serie de particularități decurgând din caracterul special al acestei ramuri de drept față de dreptul civil, de la care va împrumuta regulile de baza doar în lipsa unor prevederi distincte. Corelația cu dreptul civil- ca drept comun- era exprimată explicit, dar prin intermediul dreptului comercial intern, care în art. 1 din vechiul Cod comercial prevedea că „În comerț se aplică legea de față. Unde ea nu dispune se aplică codicele civil.”¹

În materie comercială, utilitatea apariției și dezvoltării acestei teorii este explicată prin maniera de executare a contractelor comerciale de lungă durată. În relațiile comerciale sunt avuți în vedere o serie de factori, precum: utilitatea economică a prestației, costul contraprestației executate, capacitatea dar și necesitatea ca părțile contractante să-și îndeplinească obligațiile asumate. Toți acești factori existenți la momentul inițial al contractării sunt, prin natura lor, variabili, întrucât sunt expuși modificărilor mediului exterior și a pieței economice.

Necesitatea adaptării contractului este cu atât mai stringentă în dreptul extern, reclamând mecanisme juridice adecvate. Astfel că în contractele de comerț internațional a apărut clauza de *hardship*, care se aseamănă ca scop și finalitate cu teoria impreviziunii, deoarece are în vedere adaptarea clauzelor contractuale în ipoteza apariției unor evenimente imprevizibile.

În dreptul comerțului internațional, principala particularitate a impreviziunii constă în instituționalizarea ei prin intermediul clauzei de *hardship*, reglementată la nivel de organizații internaționale (prin regulile UNIDROIT, prin Camera de Comerț de la Paris), sursa constituind-o

¹ Dragoș Alexandru Sitaru, *Dreptul comerțului internațional. Partea generală*, Editura Lumina Lex, București, vol. I, 2004, pag. 150.

practica anglo-saxonă.¹ Prin clauza de hardship, părțile prevăd de fapt o modalitate de atenuare și gestionare a riscurilor contractuale, menționând care va fi soarta contractului în ipoteza survenirii unor evenimente împovărătoare pentru executarea uneia dintre prestații. Principial, suntem în prezența unei aplicări a libertății de voință a părților, prin care se stipulează o excepție de la forța obligatorie de executare a contractului în termenii inițiali, în structura clauzei aflându-se elemente similare condițiilor și efectelor fenomenului de impreviziune.

Asemanător dreptului civil, asistăm la tendința de atenuare a caracterului absolut al obligativității contractului, astfel că, deși nu este încă recunoscut un principiu general de revizuire a contractelor, spre deosebire de dreptul civil unde de la 1 octombrie 2011 există acest principiu prin reglementarea impreviziunii, unele instanțe arbitrale au aplicat indirect impreviziunea contractuală prin instituirea unei obligații de renegociere a contractului în cazul perturbării echilibrului acestuia, temeiul juridic fiind similar celui din vechiul Cod civil și anume principiul executării cu bunăcredință a convențiilor.

Teoria impreviziunii introdusă în Noul Cod Civil aduce câteva beneficii suplimentare și clienților băncilor, debitorul putând cere instanței suspendarea contractului timp de 2-3 ani, recalcularea ratelor și acordarea unui termen de grație, astfel încât contractul să poată fi executat.

Clienții trebuie însă să meargă la bancă pentru a accepta în scris anumite clauze, printre care limitarea răspunderii, dreptul de a denunța unilateral contractul, de a suspenda executarea obligațiilor sau reînnoirea tacită a contractului.

Clauza de limitare a răspunderii este acea clauză contractuală prin care părțile stabilesc o limită maximă a despăgubirilor la plata cărora poate fi obligat clientul băncii pentru neexecutarea prestațiilor la care s-a îndatorat.

În ceea ce privește denunțarea unilaterală a contractului, Noul Cod Civil stabilește că, în lipsa unei clauze contrare, banca nu poate să denunțe contractul înainte de împlinirea termenului decât pentru motive temeinice, dacă acestea privesc persoana împrumutată.

Având în vedere aspectele mai sus menționate putem afirma că în cazul contractelor bancare nu avem de-a face cu o veritabilă situație de impreviziune, în această situație prevalând ideea de salvagardare a contractului. Astfel că, dacă acceptăm că la baza ideii de impreviziune stă salvarea contractului și găsirea unei soluții pentru executarea acestuia, putem accepta și contractul bancar ca o aplicație utilă a teoriei impreviziunii.

Chiar și înainte de reglementarea expresă a teoriei, aceasta era recunoscută și aplicată în contractele comerciale. În acest sens, este relevantă decizia nr. 1122 din 21 februarie 2003 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Secția Comercială. Curtea a admis că teoria impreviziunii trebuie recunoscută în măsura în care obligația contractuală nu mai este susceptibilă de executare, când împrejurările în care trebuia executată o fac radical diferită de cea asumată prin contract.

Totodată, în aplicarea teoriei impreviziunii avem de-a face cu două momente strâns legate între ele și anume renegocierea clauzelor contractuale și în situația în care părțile nu se pun de comun acord, prezentarea în fața instanței de judecată. De aici rezultă și un element de legătură între teoria impreviziunii și principiul salvagărdării, chiar dacă acest lucru se realizează într-o a doua fază cu intervenția judecătorului, transformând astfel principiul pacta sunt servanda într-un menaje a trois, însă acest lucru se întâmplă, nu neapărat pentru că legiuitorul permite acest lucru, ci pentru că este în interesul părților ca acel contract să supraviețuiască, să fie executat. Observăm în această situație că principiul pacta sunt servanda își arată limitele atunci când intră în concurs cu principiul salvagărdării. Făcând o paralelă, putem spune că la fel cum în medicină este mai simplu, mai eficient și mai puțin costisitor să previi boala decât să încerci să o vindeci cu medicamente, la fel și în situația de față e mai util să cauți să previi executarea silită și să încerci executarea contractului.²

¹ Dragoș Alexandru Sitaru, *Dreptul comerțului internațional. Partea generală- Tratat*, Editura Lumina Lex, București, 2004, pag. 643.

² Prof. univ. dr. Gheorghe Piperea, <http://www.juridice.ro/157402/despre-noul-cod-civil-comercial.html>.

Din perspectivă economică, este de preferat pentru profesioniști să revizuiască contractul în vederea menținerii unei relații, care în domeniul comercial se vrea a fi una de lungă durată.

3. Aplicarea teoriei impreviziunii în alte sisteme de drept

În dreptul german distingem mai multe etape în dezvoltarea materiei supuse studiului, punctele de reper constând în adoptarea Codului Civil german în 1900, respectiv modificarea lui în anul 2000 și perioada 1900-2000 cu privire la reglementarea teoriei bulversării bazei contractuale în noul art. 313 BGB.

Anterior adoptării Codului civil german, teoria impreviziunii era reglementată atât în Codul Bavarez din 1756, cât și în cel Prusian.¹

Potrivit celor două acte normative, toate obligațiile cuprindeau în ele în chip tacit clauza *rebus sic stantibus*, aceasta subînțelegere a aplicării clauzei constituia la acea vreme o influență a dreptului natural.

Dreptul german admitea la 1923 modificarea judiciară a contractului de drept privat pe fundamentul teoriei Geschäftsgrundlage, elaborată de Oertmann. Această teorie este formată pe reprezentarea pe care și-o fac părțile asupra prezenței sau survenienței unor anumite circumstanțe pe baza cărora este construită voința contractuală. Dispariția acestui fundament conduce la dizolvarea sau revizuirea contractului, astfel că jurisprudența germană a fundamentat teoria care se aplică tuturor contractelor în astfel de cazuri pe dispozițiile art. 242 din Codul civil german, care prevede executarea cu bună-credință a obligațiilor.²

În dreptul german actual, impreviziunea a fost reglementată relativ recent și de o manieră generală prin art. 313 din Codul civil german. Din analiza articolului rezultă că nu se mai pune problema fundamentării teoriei ca atare, probabil pe considerentul că această teorie și-a dovedit utilitatea prin soluțiile pronunțate în jurisprudența și amintite de doctrină, accentul căzând exclusiv pe îndeplinirea condițiilor necesare pentru declanșarea mecanismului prevăzut de legiuitor și anume: apariția unei schimbări semnificative a circumstanțelor care au stat la baza contractului, momentul intervenirii schimbării să fie situat în timp ulterior încheierii contractului, imprevizibilitatea circumstanțelor care formează baza contractuală, iar adaptarea contractului să nu fie oprită de poziția juridică specială a unei părți.

Dreptul elvețian admite teoria impreviziunii în mod mai restrictiv, fapt ce reiese din jurisprudența care considera că intervenția judecătorului la cererea unei părți, bazată pe art. 2 C. civ., este subordonată dezechilibrului dintre prestații, provocat de o schimbare extraordinară a circumstanțelor. Din nou buna-credință servește drept fundament al revizuirii contractului pentru impreviziune.³

În dreptul englez, problema revizuirii contractului a apărut sub forma *doctrinei frustration*. Perspectiva asupra modului de formare a contractelor este cu totul deosebită, în sensul că sunt avute în vedere nu doar cele două condiții de bază și anume întâlnirea celor două manifestări de voință exprimate prin ofertă și cerere, ci este nevoie și de o a treia condiție de existență – noțiunea de *consideration*⁴. Acest concept oferă posibilitatea Curților să recunoască validitatea contractelor, în lipsa existenței în dreptul englez a principiului *pacta sunt servanda*. Astfel că voința părților, în sine, nu produce efecte juridice, ci doar angajamentele care conțin o contraprestatie, o *valuable consideration*.⁵

¹ P. Voiculesc, *Teoria impreviziunii, teză*, București, 1934, pag. 20

² *Revista Dreptul*, nr. 7/2000, Uniunea Juriștilor din România, București, 2000, pag. 34

³ D.M. Philippe, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, thèse*, Bruylant, Bruxelles, 1986, pag. 555

⁴ R. David, *Les contrats en droit anglais*, Paris, 1937, pag. 86 < Consideration este un element obiectiv desemnând „ le prix qui a été payé par le demandeur pour obtenir que le défendeur s'engage envers lui >, pag. 121

⁵ Idem, pag. 120, < În lipsa noțiunii de consideration, nu suntem în prezența unor contracte apte să-și producă pe deplin efectele, ci a unor pacta nuda. >

Așadar, putem trage concluzia că în dreptul englez, în centrul atenției, în materie contractuală, nu se află intenția părților, ca în dreptul român, ci contractul însuși, cu semnificația sa economică.

Deși, dreptul englez nu admitea inițial liberarea debitorului nici în caz de forță majoră, în urma deciziei *Taylor v. Cadwell* (1863), jurisprudența a început să admită unele excepții de la regula în cazul în care executarea obligației devenea imposibilă.

Condițiile de aplicare ale doctrinei frustration sunt parțial diferite de cele ale impreviziunii contractuale, distincția clară făcându-se în privința imposibilității de executare a contractului, ca urmare a schimbării circumstanțelor. Prin urmare, condițiile care trebuie avute în vedere sunt: imprevizibilitatea circumstanțelor, non-imputabilitatea schimbării circumstanțelor, imposibilitatea executării sub trei aspecte și anume fizică, legală și practică.

În sfera situațiilor care conduc la imposibilitatea executării contractului există și conceptul de *frustration of the adventure*, concept care s-a dezvoltat în legătură cu dreptul maritim, fiind invocat pentru ipotezele în care proprietarul navei a înregistrat o întârziere în desfășurarea activității comerciale, datorită pericolelor calatoriei pe mare.

În concluzie, conceptul de *frustration* are o arie mult mai vastă de aplicabilitate decât teoria impreviziunii, cuprinzând o serie de creații juridice inedite față de dreptul român. Cu toate acestea, se poate observa o apreciere restrictivă a doctrinei *frustration* în ceea ce privește dezechilibrul contractual, principala cauză a impreviziunii contractuale.

Dreptul italian a consacrat teoria impreviziunii în art. 1467 și 1468 din Codul civil, însă sub o altă denumire și anume teoria *eccesiva onerosita*. Aceste articole dispun că în contractele cu executare continuă sau periodică, dacă prestația unei părți a devenit excesiv de oneroasă în urma unor evenimente extraordinare și imprevizibile, aceasta poate cere ori rezilierea ori reducerea prestației sau modificarea modalităților de executare, permițând continuarea acestei executări conform echității.

Trecerea în revistă a reglementărilor impreviziunii în dreptul comparat ne arată că numeroase sisteme de drept admit în principiu modificarea contractului pentru o cauză, alta decât forța majoră, având ca principal temei buna-credință și echitatea în executarea obligațiilor contractuale. Așadar, securitatea relațiilor comerciale nu pare a fi în pericol de vreme ce țările cele mai avansate pe planul industriei și comerțului au adoptat, aparent fără consecințe nefaste, această teorie sau teorii asemănătoare.¹

4. Concluzii

În încheierea lucrării dorim să ne exprimăm opinia potrivit căreia, în actuala conjunctură ce s-a creat în jurul contractelor, fie ele de natură civilă sau comercială, teoria impreviziunii nu reprezintă o atenuare a lui *pacta sunt servanda*, ci mai degrabă o complinire, o întărire la nivel conceptual a acestui principiu ce are în vedere „puterea de lege” între părți a contractului.

În materie comercială, profesionistul urmărește obținerea de profit, speculația fiind una dintre modalitățile prin care acesta poate obține un avantaj economic. Problema principală intervine în cazul stabilirii prestației excesiv de oneroasă în raport cu situația mai oneroasă, această delimitare ramânând la aprecierea instanței în cazul în care părțile nu ajung la un acord. De exemplu: putem considera excesiv de oneroasă prestația uneia dintre părți în cazul în care un produs cu privire la care s-a stabilit obligația de plată a prețului per bucată de 4 lei, iar din cauza recesiunii acesta valorează 3 lei și vorbim de o cantitate de 100 de kg? Sau cazul unui produs care după intervenția unei situații excepționale precum criza economică, costă 8 lei însă prețul pentru care s-a convenit inițial era de 4 lei și vorbim de o cantitate de un kg?

În concluzie, considerăm ca principala întrebare care necesită a fi elucidată este aceea a echilibrului pe care instanța de judecată urmează să îl restabilească, având în vedere specificul relațiilor comerciale și natura lor.

¹ R. David, *L'imprévision dans les droits européens*, Mélanges Jauffert, 1974, pag. 211 și urm.

Referințe bibliografice

- D. Cosma, *Teoria generala a actului juridic civil*, Editura Științifică, București, 1969
- AL. Weill, Fr. Terre, *Droit civil. Les obligations*, Editura Dalloz, Paris, 1990
- Cristina Elisabeta Zamsa, *Teoria impreviziunii: studiu de doctrina și jurisprudență*, Editura Hamangiu, București, 2006
- Dragoș Alexandru Sitaru, *Dreptul comerțului internațional. Partea generală*, Editura Lumina Lex, București, vol. I, 2004

- Dragoș Alexandru Sitaru, *Dreptul comerțului internațional. Partea generală- Tratat*, Editura Lumina Lex, București, 2004
- P. Voiculeț, *Teoria impreviziunii, teză*, București, 1934
- *Revista Dreptul*, nr. 7/2000, Uniunea Juriștilor din România, București, 2000
- D.M. Philippe, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, thèse*, Bruylant, Bruxelles, 1986
- R. David, *Les contrats en droit anglais*, Paris, 1937
- R. David, *L'imprévision dans les droits européens*, Mélanges Jauffert, 1974
- Noul Cod Civil
- Prof. univ. dr. Gheorghe Piperea, <http://www.juridice.ro/157402/despre-noul-cod-civil-comercial.html>.

ASPECTE DE ORDIN TEORETIC ȘI PRACTIC CU PRIVIRE LA HOTĂRÂREA JUDECĂTOREASCĂ ÎN LEGISLAȚIA RECENTĂ (ACTUALA ȘI VIITOAREA REGLEMENTARE)

Gabriel MANEA¹

Abstract

This paper presents a detailed analysis of *the court order* in lawsuit, both in terms of structure and the followed procedure.

In order to meet the recent requirements regarding legislative developments that will take place in Romania, *this study was adapted* to the provisions of the New Code of Civil Procedure. *With the purpose of grasping changes*, a comparison between *the* current and the future code concerning the court order *was highlighted*.

The practical part of this work concerns the court decisions. The aim is to understand the theoretical material and to apply it successfully in reality.

Keywords: court order, court, *motivation, decision*, Judge.

Introducere

În lucrarea de față ne-am propus o analiză atentă a hotărârii judecătorești pronunțată în materie civilă. Astfel am avut în vedere în mod deosebit conținutul acesteia, măsurile pe care aceasta le poate cuprinde, cât și efectele pe care le produce delimitând între efectul care îi conferă acesteia puterea de lucru judecat cu cel care îi oferă autoritate de lucru judecat.

Reprezentând elementul central în procesul civil toate privirile sunt îndreptate asupra acesteia, hotărârea judecătorească fiind actul care cuprinde acea judecată de valoare care soluționează procesul. În acest studiu se regăsesc instituțiile care guvernează edictarea acesteia în mod corect, știut fiind că o hotărâre redactată legal și temeinic va lăsa partea căzută în pretenții fără motive reale de a o ataca. Doar așa se poate da eficiență actului de justiție lucru care poate duce la o reducere însemnata a timpului de soluționare a acestora.

Lucrarea a fost concepută într-o manieră simplă, ușor de înțeles, pornind de la aspecte teoretice, fiind completată cu soluții din practica judiciară. Multitudinea de soluții jurisprudențiale oferă cititorului o bună înțelegere asupra acestui act procesual ajutând astfel trecerea de la partea teoretică la cea practică. Deoarece măsurile ce se dispun prin hotărârea judecătorească aparțin în mare parte dreptului civil lucrarea cuprinde și aspecte de drept material, îmbinarea acestora cu cele procesuale fiind o necesitate.

Pentru realizarea lucrării a fost avută în vedere legislația în vigoare până la data de 19 februarie 2013.

§1. Redactarea hotărârii judecătorești

1.1. Redactarea hotărârii o face unul din membrii completului de judecată care a pronunțat soluția.² Potrivit art. 264 C.proc.civ, când motivarea hotărârii nu se poate face la data pronunțării, ea

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”, București. Lucrarea a fost realizată sub coordonarea d-lui Lect. univ. dr. Ion Dragne.

² Conform art. 71 din Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, la Înalta Curte de Casație și Justiție redactarea hotărârii poate fi făcută și de un magistrat-asistent care a participat la ședință, conform repartizării făcute de președintele completului.

se va face în termen de cel mult 30 de zile de la pronunțare. Nerespectarea acestui termen nu va afecta valabilitatea hotărârii, ci poate să atragă, cel mult, sancțiuni disciplinare pentru judecători¹.

Acest termen, fiind de drept comun, își va găsi aplicare înafara cazului în care o lege specială nu prevede altfel. Referitor la președintele care face repartizarea dosarelor pentru redactare art. 264 teza II-a C.proc.civ. se referă la președintele completului de judecată, iar nu la președintele instanței. Cât timp hotărârea nu este redactată, partea poate să solicite un certificat care să cuprindă soluția pronunțată.

Deși redactarea hotărârii se face de unul dintre judecătorii completului, ea reprezintă opera colectivă a întregului complet de judecată. S-a statuat însă ca o situație excepțională, redactarea hotărârii de către un alt judecător din partea completului, atunci când judecătorul însărcinat cu redactarea ei a fost transferat după pronunțare².

Hotărârea se va face în două exemplare originale dintre care unul rămâne în dosarul cauzei, iar al doilea se depune într-o mapă special – împreună cu toate hotărârile instanței – numită tom de lucrări sau mapă de hotărâri³.

§2. Cuprinsul hotărârii judecătorești

Potrivit art. 261 alin.(1) C.proc.civ. hotărârea se dă în numele legii și va cuprinde:

a) arătarea instanței care a pronunțat-o și numele judecătorilor care au luat parte la judecată;

b) numele, domiciliul sau reședința părților, calitatea în care s-au judecat; numele mandatarilor sau reprezentanților legali și al avocaților;

c) obiectul cererii și susținerile în prescurtare ale părțilorcu arătarea dovezilor;

d) arătarea concluziilor procurorului;

e) motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței, cum și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților;

f) dispozitivul;

g) calea de atac și termenul în care se poate exercita;

h) mențiunea că pronunțarea s-a făcut în ședință public, precum și semnăturile judecătorilor și grefierului.

Art. 261 C.proc.civ este reglementat prin norme imperative. Astfel, lipsa unor mențiuni poate atrage nulitatea hotărârii în condițiile art. 105 alin. (2) teza I C.proc.civ.

Hotărârea judecătorească trebuie să îmbrace forma scrisă. În caz contrar existența ei nici nu s-ar putea concepe, căci nu s-ar putea realiza controlul judecătorec, comunicarea ei, executarea etc.

Dar deosebit de forma scrisă și în afară de îndeplinirea unor cerințe de ordin literar, gramatical și estetic pe care o hotărâre judecătorească trebuie în mod imperative să le întrunească, legea și tradiția juridică impun respectarea unor anumite condiții de formă. Este vorba de mențiuni din care să reiasă cine a cercetat pricina, când și cum a fost judecata etc., spre a ști dacă s-au respectat toate măsurile de garanție sau principiile care cârmuiesc procesul civil

Atât literatura juridică cât și practica judiciară sunt de acord a recunoaște hotărârii judecătorești trei părți și anume: practica (preambulul), considerentele și dispozitivul.

2.1. Practica

Practica reprezintă partea introductivă și descriptivă a hotărârii. Ea trebuie să cuprindă potrivit art. 261 C.proc.civ. următoarele:

a) arătarea instanței care a pronunțat hotărârea și numele judecătorilor care au luat parte la judecată.

¹ Mihaela Tăbărcă, *Drept Procesual Civil*, ed. Universul Juridic, București, 2008, p.694.

² Tribunalul Suprem, col.civ.,dec. nr. 81/1954.

³ Ovidiu Ungureanu, *Actele de procedură în procesul civil*, ed. Lumina Lex, Sibiu, 2000, p. 233.

Elemental primordial al unei hotărâri este indicarea instanței de la care emană. Numai în acest mod se poate stabili dacă a fost competentă a soluționa pricina și deci, dacă hotărârea a fost pronunțată în mod legal. Totodată prin menționarea numelui judecătorilor se poate verifica dacă judecătorii care au participat la dezbateri sunt acei care au judecat fondul pricinii. În alte cuvinte, numai prin arătarea numelor respective se va putea ști dacă hotărârea a fost pronunțată de judecătorii firești învestiți cu această calitate; viciile privitoare la aceste mențiuni constituie motive de casare (pot fi asemenea motive incompatibilitatea, recuzarea etc).

Considerăm că în cazul în care o hotărâre nu conține numele judecătorilor, deși ea este semnată de judecător este casabilă deoarece nu se cunoaște dacă cei ce au semnat-o au luat parte în realitate și la judecarea pricinii, și totodată dacă nu au semnat-o din eroare. O asemenea omisiune nu se poate acoperi cu un proces verbal încheiat posterior de către judecători prin care să se tindă a se dovedi care judecători au luat parte la proces¹.

b) numele, domiciliul sau reședința părților ori, după caz, denumirea și sediul părților, calitatea în care s-au judecat; numele mandatarilor sau al reprezentanților legali și ai avocaților.

În primul rând se vor identifica părțile care se judecă prin arătarea numelui, prenumelui, domiciliului sau reședinței și calității pe care o au în proces. Aceste mențiuni sunt necesare pentru individualizarea părților deși nu sunt socotite formalități esențiale. Astfel, dacă numele este indicat greșit în hotărâre, stabilindu-se că este forma de o simplă greșeală material, hotărârea nu este nulă; tot astfel și în ceea ce privește indicarea domiciliului. Persoanele juridice vor fi indicate prin denumirea lor exactă și a sediului lor, putând fi folosite și inițialele lor.

Deosebit de nume și prenume, se va arăta calitatea în care părțile se prezintă, atât în ceea ce privește rolul lor în proces (reclamant, pârât, intervenient, chemat în garanție, apelant, recurent etc.), cât și referitor la capacitatea lor juridică (personal, tutore, curator, minor etc.). De asemenea trebuie făcută mențiune despre numele mandatarilor sau al reprezentanților legali și al avocaților, spre a se verifica respectarea formelor de procedură cu privire la reprezentarea judiciară.

c) obiectul cererii.

Obiectul cererii este cel arătat în cererea de chemare în judecată. Sunt și excepții, atunci când aceasta a fost modificată sau completată pe parcursul judecății.

Sușinerile părților vor cuprinde succint numai faptele și împrejurările care au importanță pentru dezlegarea pricinii; de asemenea, apărările de drept care au fost prezentate de părți în cadrul dezbaterilor și în special cu ocazia concluziilor în fond. Se vor indica și dovezile pe care părțile și-au întemeiat cererea. Aceasta pentru a se putea verifica dacă instanța a luat în considerare și s-a pronunțat asupra cererilor și mijloacelor de apărare ale părților.

Rezumatul dezbaterilor trebuie redat cu multă fidelitate și trebuie să cuprindă doar argumentarea esențială. Este astfel greșită practica au eficiență, dacă totuși instanța le reține, prejudiciază pe una din părți care evident nu le-a cunoscut².

Pe de altă parte, dezbaterile fondului fiind un act oral judecătorii nu sunt obligați a examina și a se pronunța decât asupra susținerilor orale. Așa fiind, chiar dacă în acțiune sunt formulate anumite capete, dacă nu au fost dezvoltate oral se presupune că părțile au renunțat la ele; desigur în astfel de situații rolul activ al judecătorului este binevenit, deoarece renunțarea la un drept fiind un act de dispoziție în procesul civil este de preferat a fi făcut în mod expres³.

Este greșit procedeul în care instanța limitează *ab initio* cuvântul părților sub motiv că sunt obligate să depună concluzii scrise 'dezvoltate'. Un asemenea mod de a proceda poate conduce de multe ori la pronunțarea unei hotărâri nelegale, deoarece adesea problema controversată primește o lămurire numai prin explicarea ei de partea interesată; pe de altă parte, semnificația unui act depus

¹ Ovidiu Ungureanu, Actele de procedură în procesul civil, ed. Lumina Lex, Sibiu, 2000, p. 219.

² A se vedea Ovidiu Ungureanu, op. cit., p. 221.

³ *Ibidem*.

dobândește adevărata valoare numai după ce s-a discutat în contradictoriu cu ocazia dezbaterii orale a fondului, concluziile scrise neputând substitui o astfel de operație¹.

În cazul în care s-a amânat pronunțarea², susținerile părților nu sunt necesare a fi consemnate în hotărâre, ele fiind consemnate în încheierea de dezbateri, la care se face referire.

Trebuie consemnate și concluziile procurorului, atunci când acesta participă la proces. În practică judecătorii redactează numai motivele propriu zise ale hotărârilor, adică considerentele hotărârii, rămânând grefierilor sarcina de a face celelalte expuneri.

2.2 Considerentele

Considerentele sau *motivarea* cuprind motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței precum și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților.

uneori întâlnită, în sensul de a se arăta în hotărâre că dezbaterile au fost expuse, așa cum rezultă din “concluziile scrise” depuse de părți. Aceasta deoarece în practică se pot introduce capete de cereri noi sau acte noi care deși nu mai

Astfel, judecătorul este obligat să motiveze în scris de ce s-a oprit la soluția dată, pentru ce a admis susținerile unei părți și le-a respins pe ale celeilalte, pentru ce a găsit sinceră o probă și nesinceră o altă probă, de ce a aplicat o anumită normă de drept sau i-a dat o anumită interpretare. Încălcarea acestei obligații duce la desființarea hotărârii. Dacă o parte dorește și o interesează motivarea hotărârii ea o poate obține solicitând acest lucru la pronunțarea hotărârii.

Obligația motivării³ se impune pentru a se arăta că judecătorii au examinat fiecare cerere sau apărare pe care au făcut-o părțile și totodată pentru a da posibilitatea instanțelor superioare să controleze dacă judecata a avut loc cu respectarea legii.

În considerente trebuie să se arate tot procesul de elaborare al raționamentului instanței, argumentându-se cât mai clar pentru ce s-a ajuns la adoptarea sau respingerea anumitor pricini, dispoziții legale, probe, excepții etc.; în motivare se va arăta în ce fel au fost reținute și încadrate faptele deduse judecății. Așadar, se vor face narațiuni sau expuneri ale faptelor ce trebuiesc judecate, se vor face prezentări și evaluări ale materialului probator existent la dosar etc. În acest fel, instanța folosind o argumentare deductivă sau inductivă, silogisme, interpretarea legii, va trebui să enunțe concluzia la care a ajuns cu privire la raporturile dintre părți. Din această expunere cuprinsă în motivare, dispozitivul va trebui să reiasă logic, limpede și firesc satisfăcând astfel simțul de dreptate care există în fiecare om⁴.

Considerentele trebuie să fie precise, necontradictorii și în concordanță cu faptele stabilite, în caz contrar nerespectarea acestor cerințe echivalează cu o nemotivare, ceea ce conduce la pronunțarea unei hotărâri netemeinice, susceptibilă de casare. Astfel, s-a decis că simpla afirmație că un fapt rezultă din probele dosarului, fără să se arate în ce constau aceste probe, constituie o nemotivare⁵; motivarea trebuie să fie în concordanță cu actele dosarului, în caz contrar ea echivalează

¹ *Ibidem*.

² Dacă pronunțarea nu s-a făcut la termenul la care a avut loc judecata, practica va cuprinde numai denumirea instanței și a completului de judecată, celelalte mențiuni fiind cuprinse în încheierea de ședință de la acel termen, care face corp comun cu hotărârea. Lipsa aceste încheieri sau nesemnarea ei de către judecătorii atrage nulitatea hotărârii, deoarece face imposibilă exercitarea controlului judiciar cu privire la compunere, prezența părților etc. (Tribunalul Suprem, col. civ., dec. Nr. 469/1967. în C.D. 1967 p. 287); Gabriel Boroi, Octavia Spineanu Matei, Codul de procedură civilă adnotat, ediția a 3-a revăzută și adăugită, ed. Hamangiu, București, 2011, p. 436.

³ Motivarea trebuie să fie în concordanță cu actele dosarului; în caz contrar ea motivează cu o nemotivare. Fără arătarea motivelor sau dovezilor, instanța de fond comunică o hotărâre netemeinică (Trib. Suprem col. civ. dec. nr. 1217/1957; citat din G. Boroi, O. Spineanu, op. cit., p. 443.).

⁴ *Ibidem*.

⁵ Curtea Supremă, col. civ., dec. nr. 1059/1949, J.N. nr. 3/1950, p. 420.

cu o nemotivare. Fostul Tribunal Suprem a mai decis că referirea general la raportul de expertiză nu constituie o motivare convingătoare¹.

În doctrina se apreciază că o motivare legală nu poate fi alternativă sau subsidiară; un atare procedeu este șovăielnic, iar un considerent nu îl exclude neapărat pe celălalt; de exemplu, când se statuează că o acțiune este prescrisă dar în același timp ea este nefondată, sau alături de o nulitate de formă operează și o nulitate de fond etc².

În cazul în care o soluție dată de instanța de fond este legală și temeinică, însă încadrarea este greșită, s-a apreciat că instanța de recurs nu va casa hotărârea, ci va substitui în hotărârea sa temeiul greșit al hotărârii prin cel real făcând ea încadrarea legală³.

Considerentele unei hotărâri nu pot fi atacate cu apel sau recurs. Ele servesc numai pentru a interpreta dispozitivul, neavând putere de lucru judecat decât prin dispozitiv și numai în măsura în care îl explică și se referă la el. Dacă partea a avut câștig de cauză apelul/recursul său exercitat împotriva considerentelor hotărârii primei instanțe se va respinge ca lipsit de interes, deoarece numai dispozitivul trece în puterea lucrului judecat. Exercițarea unei căi de atac presupune existența unui interes juridic, care poate fi justificat de soluția dată de instanța de judecată în cauză, interes ce poate fi invocate numai de partea nemulțumită de rezolvarea respectivă⁴.

Trebuie reținut însă că ține de esența unei hotărâri judecătorești ca ea în întregul ei să exprime adevărul. De aceea, considerăm că atunci când anumite considerente nu exprimă acest adevăr, există un interes legitim pentru exercitarea căii de atac și îndreptarea greșelilor. Pe de altă parte, nu există o limitare legală a exercitării apelului sau recursului numai împotriva dispozitivului, art. 282 și art. 299 C.proc.civ., referindu-se la hotărâri în general⁵.

În practica instanței supreme s-a statuat că instanța de recurs nu este obligată să răspundă fiecărui argument folosit în dezvoltarea unui motiv de recurs și nici chiar fiecărui motiv de recurs în parte; atunci când mai multe motive de recurs au un element comun determinant fie pentru admitere, fie pentru respingerea lor global instanța este autorizată să le grupeze și să le discute împreună, ceea ce este necesar fiind numai obligația de a nu lăsa necercetat niciun motiv formulat de recurent⁶. În alte cuvinte o motivare poate îmbrățișa în general mai multe capete de cerere, cu condiția de a face să reiasă fără dubii că răspunde pentru toate deodată.

Desigur că motivarea poate fi și implicită, iar într-interpretări care ar putea dăuna mai ales în faza de executare în cazul în care dispozitivul trebuie întregit cu considerentele hotărârii.

Într-o decizie a Curții Supreme s-a statuat că este nelegală mențiunea ce s-ar face în considerente în sensul că un anume capăt de cerere a fost soluționat implicit prin soluția dată unui alt capăt de cerere, ori prin soluția pronunțată în cererea altei părți⁷.

Trecând în cealaltă extremă unele hotărâri cuprind o motivare superfluă sau de prisos. O asemenea motivare deși nu poate constitui un motiv de casare încarcă inutil raționamentele cuprinse, fapt ce conduce la o înțelegere mai anevoiasă a sa.

O chestiune importantă în redactarea considerentelor este aceea a sistematizării lor. În practică se obișnuiește a se împărți argumentele: mai întâi după cereri apoi după motivele invocate și chiar după anumite probleme mai importante asupra cărora se impune o dezvoltare mai amplă. Este desigur recomandabil ca formularea chestiunilor asupra cărora urmează o demonstrare să se facă pe scurt, în cât mai puține cuvinte; se va ocoli astfel modul prolix și prezumțios de prezentare a celor care nu facilitează înțelegerea.

¹ A se vedea Ovidiu Ungureanu, op.cit., p. 224.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ <http://jurisprudencedo.com/Apel-civil.-Exercitarea-apelului-impotriva-considerentelor-unei-hotarari-judecatoresti.html>.

⁵ A se vedea Ovidiu Ungureanu, op.cit., p. 226.

⁶ *Ibidem*.

⁷ C.S.J., sec. Civ., dec. nr. 2386/1983, *Dreptul*, nr. 7/1994, p.87.

În hotărâri se mai găsesc anumite formule tradiționale privitoare la articularea considerentelor. După un vechi tipar de origine franceză, hotărârile judecătorești se redactează prin argumente precedate de tradiționalul “având în vedere...” sau “considerând...”. Datorită acestor formule, partea din hotărâre care cuprinde motivarea este cunoscută sub denumirea de “considerente”.

Din punct de vedere al stilului, construcțiile raționamentelor se vor enunța la persoana a treia singular, deoarece judecătorii angajează “Judecătoria”, “Tribunalul” sau “Curtea”, ca entități deosebite de persoana lor. Se vor evita formulările temerare, alocațiunile arhaice, excesul de politețe, de erudiție, limbajul ambiguu etc., pentru că asemenea expresii lipsesc hotărârea de solemnitatea și autoritatea pe care trebuie să o impună, chiar și numai la o simplă lectură; se impune un limbaj sobru, clar și elegant pentru că numai astfel părțile vor înțelege rațional și emoțional considerentele hotărârii¹.

-un asemenea caz hotărârea nu poate fi casată pentru lipsă de motivare. Astfel de motivări trebuie însă evitate deoarece pot lăsa loc de

2.3. Dispozitivul

Dispozitivul conține soluția dată în cauză asupra faptelor care au fost deduse judecății. În cuprinsul lui trebuie rezolvate toate cererile părților, indiferent dacă sunt cereri principale, accesorii sau incidentale².

Este necesar ca dispozitivul să fie identic cu minuta, ea constituind însăși dispozitivul hotărârii. În alte cuvinte, în hotărârea propriu-zisă se reproduce minuta pe care a pronunțat-o instanța la sfârșitul deliberării. Deși ca acte procedurale ele sunt două acte diferite efectuate la un interval de timp deosebit, conținutul lor trebuie să fie identic.

În cazul în care există contradicție între minută și dispozitiv hotărârea este lovită de nulitate³, pentru că nu se poate ști care este soluția instanței. S-a exprimat însă și opinia prin care nulitatea poate fi evitată deoarece minuta este cea care cuprinde soluția iar dispozitivul nu face decât să o reproducă, astfel încât dispozitivul trebuie pus în acord cu minuta⁴.

Dispozitivul este considerat partea cea mai importantă a hotărârii pentru că el este pus în executare și împotriva lui se exercită căile de atac.

Termenii în care trebuie redactat dispozitivul trebuie să fie imperative. El trebuia să fie clar, precis și necondiționat deoarece orice lipsă de exactitate în redactarea lui poate constitui impedimente cu ocazia punerii lui în executare.

În dispozitiv se va arăta decizia instanței cu privire la toate capetele de cerere: se va stabili dacă acțiunea a fost admisă, respinsă sau anulată, cu o scurtă calificare justificativă, și anume, ca fondată, prescrisă, fără interes, netimbrată, inadmisibilă etc.

Pe lângă soluția din procesul dedus judecății dispozitivul trebuie să mai cuprindă următoarele mențiuni:

a) calea de atac⁵ și termenul în care se poate exercita aceasta însă doar cu privire la căile ordinare de atac. Dacă hotărârea nu este susceptibilă de o asemenea cale de atac, se va face mențiunea că este definitivă.

¹ A se vedea Ovidiu Ungureanu, op.cit., p. 227-228.

² Lipsa dispozitivului atrage nulitatea hotărârii (Tribunalul Județean, Galați, s.civ., dec. nr. 550/1977, în R.R.D. nr. 10-1978, p. 54; citat din G.Boroi, O.Spineanu, op.cit., p. 438).

³ După întocmirea minutei, cu ocazia pronunțării hotărârii, judecătorul nu mai poate reveni asupra părerii sale, ea semnându-se, sub pedeapsa nulității, de judecători și de grefieri. Minuta astfel întocmită reprezintă pe scurt dispozitivul hotărârii și trebuie să fie reprodușă în hotărâre, nemaiputând fi modificată. Așa fiind, neconcordanța dintre minuta întocmită cu ocazia pronunțării și dispozitivul hotărârii atrage nulitatea (Tribunalul Suprem, sec.civ., dec. nr. 152/1981; citat din G.Boroi, O.Spineanu, op. cit., p. 438-439).

⁴ A se vedea Mihaela Tăbărcă, op. cit., p. 697.

⁵ Lipsa acestor mențiuni din hotărâre, ca și din minută nu atrage nulitatea hotărârii, deoarece calea de atac și termenul în care se poate exercita sunt date de lege și nu de instanță, iar omisiunea ori indicarea lor greșită nu lipsesc partea de dreptul de a exercita calea de atac, în termenul prevăzut de lege (C.A.București, s. a IV-a civ., dec. nr.1133/2000; citat din G.Boroi, O.Spineanu, op. cit., p. 440.).

Această mențiune este importantă deoarece judecătorul este dator să îndrume părțile în ceea ce privește drepturile lor procesuale. Calea de atac este dată însă de lege, nu de instanță și de aceea indicația greșită din dispozitiv nu poate lipsi partea de dreptul de a o exercita, după cum nici invers, indicarea apelului sau a recursului nu ar putea deschide părții un drept pe care legea nu-l conferă¹.

b) arătarea că pronunțarea s-a făcut în ședință publică². Această mențiune derivă din principiul publicității dezbaterilor și atrage nulitatea hotărârii în cazul nespecificării.

c) semnăturile judecătorilor și grefierului. Conform art. 261 alin. (2) dacă unul din judecători este împiedicat să semneze, președintele instanței va face arătare despre aceasta semnând hotărârea în locul său. În caz de împiedicare a grefierului, semnează pentru el grefierul șef, făcându-se mențiune de cauza împiedicării.

În practica judiciară s-a statuat că lipsa unei semnături pe hotărâre poate fi împlinită prin semnarea ulterioară spre deosebire de minută care trebuie semnată îndată după deliberare și înainte de pronunțare³. Semnarea ulterioară se va putea face numai de către judecătorul care a făcut parte din completul care a pronunțat hotărârea. Cazul de nulitate prevăzut de art. 304 pct.2 C.proc.civ. se aplică și cu privire la dispozitivul hotărârii.

În ce privește modul de semnare a hotărârii în doctrină și în practica judiciară s-a ridicat problema de a se ști dacă, în caz de împiedicare a unuia sau a mai multor judecători – hotărârea fiind semnată de președinte – fără însă a se face mențiune despre cauza care a împiedicat pe judecători să semneze, această omisiune nu ar atrage nulitatea hotărârii⁴.

Considerăm că art.261 alin. (2) C.proc.civ. trebuie să i se dea o interpretare restrictivă, fiind un text care derogă de la regulă; formula utilizată de legiuitor este imperativă și limitativă. Așadar s-a avut în vedere cazul excepțional în care un judecător este împiedicat să semneze hotărârea. De altfel, instanța supremă a statuat că hotărârea este nulă dacă este semnată pentru toți membrii completului de judecată de către președintele instanței care nu a făcut parte din complet⁵. Nesemnarea hotărârii de către un membru al completului înseamnă că de fapt acel judecător nu și-a însușit motivarea cuprinsă în considerente.

Din analiza art.261 alin. (2) C.proc.civ. rezultă că arătarea motivului împiedicării semnării hotărârii are mai degrabă valoarea unui act de administrare (act funcțional), decât a unuia pur procesual. Utilitatea lui se vedește pentru verificări administrative ulterioare care pot să atragă eventual sancțiuni disciplinare dar nu nulitatea hotărârii. Cât de justificată a fost acea imposibilitate de a semna este o chestiune care în practică scapă cenzurii părților litigante.

În altă ordine de idei, subscriem punctului de vedere exprimat potrivit căruia nesemnarea hotărârii de unul din judecători sau de grefier nu ar putea conduce la nulitate fiindcă această sancțiune nu rezultă expres din textele codului, deși sistemul nostru de drept⁶ cunoaște pe lângă nulitățile prevăzute expres și pe cele implicite⁷.

¹ A se vedea Ovidiu Ungureanu, op. cit., p. 229.

² Potrivit legii, atât minuta hotărârii, cât și dispozitivul ei trebuie să cuprindă, între altele, data la care s-au pronunțat și mențiunea că pronunțarea s-a făcut în ședință publică, nerespectarea acestor condiții fiind sancționată cu nulitatea. Faptul că în minută s-a trecut data pronunțării, iar în dispozitiv s-a menționat că hotărârea s-a pronunțat la o dată ce nu corespunde realității, întrucât în acea zi nu funcționau instanțele judecătorești, iar accesul justițiabililor era interzis, este de natură să atragă casarea acelei hotărâri, cu trimitere spre rejudecare (Trib. București, dec. nr. 603/1990; citat din G.Boroi, O.Spineanu, op. cit., p. 439.)

³ Tribunalul Suprem., col.civ., dec. nr. 1846 din 18 octombrie 1956, L.P. nr.3/1957, p. 361.

⁴ I. Leș, Reflecții asupra nulității determinate de nesemnarea hotărârii de cel puțin unul din membrii completului de judecată, în R.R.D., nr.2/1989, p.29-33; Trib. Jud. Sibiu, dec.civ, nr.1093/1986, în R.R.D. nr.3/1987, p.72.

⁵ A se vedea Ovidiu Ungureanu, op. cit., p. 231

⁶ Viorel Mihai Ciobanu, Gabriel Boroi, Traian Cornel Briciu, Drept Procesual Civil, ediția 5, ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 178.

⁷ Nulitățile implicite (virtuale) sunt acele nulități care rezultă din împrejurarea că, deși nu există un text expres de lege care să prevadă sancțiunea nulității, totuși, la efectuarea actului de procedură a fost nesocotită o dispoziție legală ce stabilește o condiție pentru încheierea valabilă a actului de procedură respectiv.

Nulitatea nu operează nici atunci când se menționează în preambulul hotărârii numele altui judecător. Aceasta este rezultatul unei erori material care poate fi rectificată prin procedura prevăzută de art.281 C.proc.civ.

Dispozitivul hotărârii mai poate cuprinde, după caz, și unele măsuri cu privire la modul de executare. Astfel, instanța poate să acorde debitorului un termen de grație, adică un termen înăuntrul căruia poate face plata fără să fie executat silit, sau să eșaloneze plata la mai multe termene successive ori dispozitivul poate cuprinde încuviințarea execuției vremelnice (art. 279 C.proc.civ.). De asemenea, dispozitivul trebuie să cuprindă și cheltuielile de judecată dacă au fost cerute. Într-un dispozitiv și considerente trebuie să existe concordanța. În cazul în care o atare concordanță nu există, dispozitivul cuprinzând o altă concluzie decât aceea pe care considerentele o impuneau, hotărârea dată este nemotivată instanța neputând reveni cu ocazia redactării hotărârii asupra celor statornicite prin dispozitiv.

Fostul Tribunal Suprem a decis că neconcordanța între minuta întocmită cu ocazia pronunțării și dispozitivul hotărârii are drept consecință nulitatea absolută a hotărârii primei instanțe precum și a instanței de recurs care a menținut-o (art. 258 și 261 C.proc.civ.)¹.

§3 Comunicarea hotărârii judecătorești

Codul de procedură civilă reglementează problema comunicării hotărârii prin două texte:

- potrivit art.261 alin. final, hotărârea se va comunica² părților, în copie, în cazul în care este necesar pentru curgerea termenului de exercitare a apelului sau recursului. Comunicarea se va face în termen de 7 zile de la pronunțarea hotărârii.

- Potrivit art.266 alin. final, hotărârea se va comunica părților, în copie, în caul când aceasta este necesară pentru curgerea termenului a apelului sau recursului.

Obligația comunicării hotărârii în termen de 7 zile de la pronunțare există numai pentru ipoteza în care hotărârea este redactată înainte de data pronunțării, pentru că altfel, art.261 alin. final teza a doua C.proc.civ. ar veni în contradicție cu art. 264 alin. (1) C.proc.civ. care prevede că hotărârea trebuie motivată în termen de 30 de zile de la data pronunțării.

Sunt însă situații în care comunicarea hotărârii nu este necesară pentru a marca momentul de la care începe să curgă termenul de apel sau de recurs, ci pentru motivarea căii de atac. Astfel, art. 303 alin. (2) C.proc.civ. prevede că termenul pentru depunerea motivelor de recurs se socotește de la comunicarea hotărârii, chiar dacă recursul s-a făcut mai înainte.

În principiu, comunicarea hotărârilor judecătorești urmează regulile de comunicare a actelor de procedură. Putem adăuga că scoaterea de către parte a unei copii de pe hotărâre nu echivalează cu comunicarea hotărârii³. Când sunt mai multe părți interesate, comunicarea trebuie să se facă fiecărei părți.

HOTĂRÂREA JUDECĂTOREASCĂ ÎN PERSPECTIVA NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Noul Cod de Procedură Civilă nu aduce modificări esențiale în materia hotărârii judecătorești, majoritatea textelor din vechiul cod fiind preluate și de legea în vigoare. Evoluția legislativă constă în mare parte într-o sistematizare mai bună a textelor de lege și o terminologie mai adecvată. De asemenea, noul cod cuprinde soluțiile deja consacrate în practica judiciară și doctrină,

¹ Tribunalul Suprem, sec.civ., dec. nr. 152 din 5 februarie 1981, C.D. pe anul 1981, p. 225.

² Eventuala necomunicare a sentinței nu poate fi invocată decât prin exercitarea căilor de atac prevăzute de lege, iar nu în cadrul unui alt proces, pe cale de excepție (C.A.București, s. alV-a civ. dec. nr. 398/1998; citat din G.Boroi, O.Spineanu, op. cit., p. 444).

³ Ion Deleanu, Tratat de procedură civilă, vol. I, ed. „Europa Nova”, București, 1996, p. 246.

acestea fiind acum prevăzute în mod expres. În cele ce urmează, vom evidenția aspectele de noutate pe care le cuprinde Noul Cod de Procedură Civilă.

Cea mai importantă schimbare adusă de legea nouă în materia hotărârii judecătorești constă în faptul că *nu mai este prevăzută investirea acesteia cu formulă executorie*. Fără această formalitate, necesară în unele cazuri pentru executarea unei hotărâri judecătorești definitive, dispăre noțiunea de “irevocabil” a hotărârii judecătorești.

Cu aspect de noutate, codul actual prevede în mod expres conținutul hotărârii judecătorești. Acesta constă în: partea introductivă, considerentele și dispozitivul. În plus, legea nouă pune capăt unei controverse și stabilește prin art. 430 alin.(2) că autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, *precum și considerentele pe care acesta se sprijină*, inclusive cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă.

Noul Cod de Procedură Civilă aduce o soluție interesantă în materia autorității de lucru judecat. Astfel art. 432 prevede ca efect al admiterii excepției autorității de lucru judecat, că *părții i se poate crea în propria cale de atac o situație mai rea decât aceea din hotărârea atacată*. Această prevedere reprezintă o excepție importantă de la principiul *non reformation in pejus*.

O schimbare mai mult de ordin terminologic o aduce secțiunea a 2-a din capitolul IV destinat hotărârii judecătorești. Astfel “hotărârile date în baza recunoașterii pretențiilor” înlocuiesc “hotărârile parțiale” din vechiul cod. Calea de atac rămâne aceeași, adică recursul. Trebuie precizat însă că în concepția noului cod regula în căile de atac o constituie apelul, ci nu recursul ca în vechea reglementare. Deși soluția a rămas aceeași se poate considera în acest caz că hotărârile date în baza recunoașterii pretențiilor pot fi atacate excepțional cu recurs, din perspectiva noului cod.

Executarea provizorie, care a înlocuit “execuția vremelnică” aduce *un nou caz în care hotărârile primei instanțe sunt executorii de drept* și atunci când are ca obiect “stabilirea modului de exercitare a autorității părintești, stabilirea locuinței minorului, precum și modul de exercitare a dreptului de a avea legături personale cu minorul” conform art. 448 alin. (1) pct. 1.

Referitor la cheltuielile de judecată potrivit art. 451 alin. (3) *instanța va putea să reducă și plata experților judiciari și a specialiștilor*, nu numai onorariul avocaților.

În sfârșit art. 427 din codul de procedură în vigoare prevede *reguli noi în materia comunicării hotărârilor*. Astfel, alin. 3 stipulează că “hotărârile definitive prin care s-a dispus anularea, în tot sau în parte, a unui act notarial se comunică din oficiu de îndată notarului public instrumentator, direct ori prin intermediul camerei notarilor publici în circumscripția căreia funcționează”; alin. 4 prevede că “hotărârile prin care instanța se pronunță în legătură cu prevederi cuprinse în Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene se comunică, din oficiu, chiar dacă nu sunt definitive, și autorității sau instituției naționale cu atribuții de reglementare în materie”.

CONCLUZII

Hotărârea judecătorească în orice materie reprezintă punctul central al oricărui proces. De asemenea, ea poate fi catalogată ca cel mai important act pe care îl poate oferi justiția din mai multe considerente. Acestea constituie efectul imediat pe care îl are hotărârea judecătorească și se referă la litigiul concret supus judecării de către părți judecătorului.

În primul rând, hotărârea judecătorească cuprinde *soluția* oferită părților din proces. Procesul civil, ocrotind interese private, este „cârmuit” de părți sub supravegherea atentă a judecătorului. Fiecare dintre părți urmărește un interes, crezând în adevărul ei propriu, însă doar judecătorul prin hotărârea pronunțată poate impune celeilalte părți conduita corespunzătoare ce a format obiectul procesului.

În al doilea rând ea este *actul final* al oricărui proces. Referindu-ne aici la o hotărâre definitivă și irevocabilă ea are o însemnătate deosebită trebuind să reflecte adevărul și să nu creeze dubii privind veridicitatea sa. Astfel se sporește încrederea justițiabililor în actul de justiție. În același sens, după cum am văzut, tot printr-o hotărâre se încheie și o simplă ședință de judecată sau finalul judecării în fața unei instanțe. Ceea ce trebuie reținut este că orice activitate a instanței de judecată, de

mai mică sau mai mare amploare, are ca finalitate și se înscrie de fiecare dată într-o hotărâre, fie că aceasta poartă numele de încheiere, sentință sau decizie.

Importanța acestui act este dată și de faptul că, indiferent de felul acesteia, în toate cazurile aceasta este dată doar de judecător. Deși părțile pornesc procesul, doar judecătorul prin acest act procesual îl poate soluționa, stingând astfel litigiul dintre părți.

În același timp hotărârea judecătorească are și un efect mediat care nu se poate observa decât odată cu trecerea timpului. Totalitatea hotărârilor judecătorești într-o anumită materie constituie jurisprudența unei țări. În funcție de aceasta se poate observa care este mentalitatea unui popor, gradul său de evoluție și care sunt soluțiile pe care acesta le-a găsit pentru el însuși. Totodată aceasta poate sta la baza unei viitoare inițiave legislative. De aceea este de dorit ca fiecare asemenea act să reflecte adevărul, iar soluțiile oferite de acestea să fie temenince pentru că, practic, hotărârile judecătorești corectează situațiile existente pentru un viitor mai bun.

Referințe bibliografice:

Tratate, cărți de specialitate, monografii:

- Mihaela Tăbărcă, *Drept Procesual Civil*, ed. Universul Juridic, București, 2008.
- Ovidiu Ungureanu, *Actele de procedură în procesul civil*, ed. Lumina Lex, Sibiu, 2000.
- Gabriel Boroi, *Octavia Spineanu Matei, Codul de procedură civilă adnotat*, ediția a 3-a revăzută și adăugită, ed. Hamangiu, București, 2011.
- I.Leș, *Reflecții asupra nulității determinare de neșemnarea hotărârii de cel puțin unul din membrii completului de judecată*.
- Viorel Mihai Ciobanu, Gabriel Boroi, Traian Cornel Briciu, *Drept Procesual Civil*, ediția 5, ed. C.H. Beck, București, 2011.
- Ion Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, ed. „Europa Nova”, București, 1996.

Jurisprudență:

- Tribunalul Suprem, col.civ.,dec. nr. 81/1954
- Tribunalul Suprem, col.civ., dec. Nr.469/1967. în C.D. 1967 p.287
- Trib.Suprem col. civ. dec. nr. 1217/1957
- Curtea Supremă, col. civ., dec. nr.1059/1949, J.N. nr.3/1950, p.420
- <http://jurisprudencedo.com/Apel-civil.-Exercitarea-apelului-impotriva-considerentelor-unei-hotarari-judecatoresti.html>
- C.S.J., sec. Civ.. dec. nr. 2386/1983, *Dreptul*, nr.7/1994, p.87
- Tribunalul Județean , Galați, s.civ., dec. nr. 550/1977
- Tribunalul Suprem, sec.civ., dec. nr. 152/1981
- C.A.București, s. a IV-a civ., dec. nr.1133/2000
- Trib. București, dec. nr. 603/1990
- Trib. Jud. Sibiu, dec.civ, nr.1093/1986
- Tribunalul Suprem, sec.civ., dec. nr. 152 din 5 februarie 1981, C.D. pe anul 1981, p. 225
- C.A.București, s. aIV-a civ. dec. nr. 398/1998.

Legislație:

- Codul de procedură civilă, ed. Hamangiu, 2012.
- Noul Cod de Procedură Civilă, ed. Hamangiu, 2013
- Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești.
- Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor.

TRANZACȚIA JUDICIARĂ

Andreea-Raluca GABOR¹

Abstract

Prezenta lucrare tratează instituția tranzacției judiciare, astfel cum este reglementată în Noul Cod de procedură civilă și Noul Cod civil, analizând în detaliu problema naturii juridice a acestui contract, caracterele, condițiile de validitate, procedura de consfințire și efectele acesteia.

Tranzacția judiciară este contractul încheiat de părți în scopul de a pune capăt unui proces existent, prin concesi și renunțări reciproce, deosebindu-se de celelalte contractele civile prin scopul său. Astfel, în timp ce convențiile obișnuite au ca scop să dea, să facă ceva ori să interzică un anumit comportament permis de lege, aceasta are ca finalitate stingerea situației litigioase dintre părți, apropiindu-se astfel, prin efectele sale, de actul jurisdicțional. Întrucât forța executorie și autenticitatea nu sunt dobândite decât ca urmare a intervenției instanței de judecată, prin pronunțarea hotărârii de expedient, tranzacția este un act juridic ce se situează la granița dintre dreptul material și cel procesual.

Tranzacția judiciară este o instituție de mare însemnătate în procesul civil întrucât permite limitarea contenciosului în mod amiabil, fiind vorba de un contract încheiat prin buna înțelegere a părților, justificarea reglementării găsindu-se în dictonul „o soluționare amiabilă a procesului este mai bună decât o hotărâre judecătorească”.

Cuvinte cheie: tranzacție, tranzacție judiciară, contract de tranzacție, act procesual de dispoziție, Noul Cod de procedură civilă.

1. Introducere:

Procesul civil reprezintă activitatea desfășurată de instanță, părți, organul de executare și alte organe sau persoane, în vederea realizării sau stabilirii drepturilor sau intereselor civile deduse judecății și executării silite a hotărârilor judecătorești ori a altor titluri executorii, conform procedurii stabilite de lege². Deși la procesul civil participă mai multe persoane și organe, printre care și instanța de judecată, rolul hotărâtor în declanșarea acestuia aparține părților, în virtutea principiului disponibilității. În conținutul acestui principiu nu intră doar dreptul părților de declanșa procesul, ci și posibilitatea acestora de a-l stinge, înainte de soluționare, prin efectuarea actelor de dispoziție.

Actele procesuale de dispoziție reprezintă „actele de voință aparținând reclamantului, cât și pârâtului, prin care un proces în care părțile au interese contrare nu mai ajunge să fie dezbătut sau finalizat de către instanță, iar aceasta nu mai dă o hotărâre care să fie rezultatul dezbaterilor și al deliberării sale, ci ia numai act de voința părților, pronunțând o hotărâre în consecință”³. Actele procesuale de dispoziție pe care părțile le pot face în procesul civil sunt renunțarea la judecată sau la dreptul subiectiv, achiesarea la hotărâre sau la pretențiile reclamantului și tranzacția judiciară, aceasta din urmă constituind obiectul acestui studiu.

Cele trei categorii de acte procesuale de dispoziție, desistarea, achiesarea și tranzacția, prezintă anumite particularități. Astfel, tranzacția este un act juridic bilateral, un contract, întrucât presupune acordul voințelor ambelor părți, celelalte reprezentând acte unilaterale. Mai mult,

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (e-mail raluca.gabor@yahoo.com). Acest studiu a fost realizat sub coordonarea Lect. univ. dr. Ion Dragne.

² Viorel Mihai Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Teoria generală, Ed. Național, București, 1997, p. 146.

³ Gheorghe Durac, *Drept procesual civil, Actele de dispoziție ale părților în procesul civil*, Editura Collegium, Polirom, 1999, p. 47.

desistarea și achiesarea reprezintă acte prin care, fie se renunță la exercitarea căilor de atac, fie la judecată, fie la însuși dreptul subiectiv, ele neducând la soluționarea litigiului. În acest sens, în practica judiciară, s-a statuat că „ceea ce caracterizează tranzacția și o distinge de achiesare sau de desistare este reciprocitatea de concesiuni, renunțarea la anumite drepturi în schimbul unor renunțări făcute de cealaltă parte. Cu alte cuvinte, recunoașterea reciprocă și tot odată renunțarea reciprocă a drepturilor paralele și antagoniste formulate de părți”¹.

Tranzacția este o instituție analizată atât pe tărâmul dreptului material, cât și al dreptului procesual, fiind reglementată atât de Codul civil², cât și de Codul de procedură civilă³. Astfel, Codul civil, între art. 2267-2278, oferă cadrul legislativ aplicabil contractului de tranzacție, ca un contract special, iar Codul de procedură civilă, în articolele 438-441, se rezumă la a reglementa doar hotărârea prin care se încuviințează învoiala părților⁴.

Noțiunea de „tranzacție” provine de la latinescul *transigo – igere – egi – actum*, care înseamnă a termina, a pune capăt⁵.

Tranzacția, în sensul dreptului civil substanțial, reprezintă acel „contract prin care părțile termină un proces început sau preîntâmpină un proces ce se poate naște prin concesi reciprocă, constând în renunțări reciproce la pretenții sau în prestații noi săvârșite ori promise de o parte, în schimbul renunțării de către cealaltă parte la dreptul care este litigios ori îndoielnic”⁶. Așadar, contractul de tranzacție poate fi încheiat atât înainte de declanșarea procesului, atunci când părțile întrezăresc eventualitatea nașterii litigiului în viitor, cât și ulterior, în cursul acestuia.

În literatura de specialitate, tranzacției judiciare i-au fost conferite o multitudine de definiții. Astfel, un autor⁷ a apreciat că tranzacția judiciară reprezintă „învoiala sau contractul judiciar al părților, încheiat în scopul de a pune capăt unui proces existent, prin care ele își fac concesi reciprocă, renunțând la anumite drepturi ori stipulând prestații noi”. Un alt autor⁸ se referă la aceasta ca la „un contract făcut sub auspiciile justiției și prin care părțile, pe baza unor concesi reciprocă, convin să pună capăt unui proces civil”. Totuși, din aceste definiții nu trebuie să înțelegem că orice învoială făcută în cursul unui proces constituie o tranzacție judiciară. Astfel, pe parcursul judecării, părțile se pot înțelege cu privire la anumite aspecte din materia probațiunii, precum sarcina probei, obiectul sau admisibilitatea acesteia, însă aceste învoieli, întrucât nu duc la stingerea procesului⁹, nu constituie o tranzacție.

În doctrina de specialitate s-a observat că în conținutul tranzacției judiciare se regăesc două elemente, un element convențional, și anume acordul de voință al părților exprimat în scopul de a stinge litigiul, cât și un element judiciar, consfințirea de instanța de judecată. Din acest motiv, tranzacția încheiată în cursul procesului este considerată un contract judiciar¹⁰.

¹ Trib. Ilfov I, sent. com., nr. 2369/1931, în C.J. nr. 514, p. 102.

² Legea nr. 278/2009 privind Codul civil, republicată în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 278/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011, modificată.

³ Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată în temeiul art. 80 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 365 din 30 mai 2012, modificată și completată.

⁴ Potrivit denumirii/titlului preliminar al Cap. IV, Secțiunea a 3-a.

⁵ Francisc Deak, *Tratat de drept civil*, vol III, ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 160.

⁶ *Idem*.

⁷ Ion Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Ed. Servo Sat, vol I. 2007, p. 286.

⁸ Ioan Leș, *Noul Cod de procedură civilă: comentariu pe articole*. Vol I, Ed. C.H. Beck București, 2011, p. 570.

⁹ I. Deleanu, *Tratat...*, p. 255-257.

¹⁰ Contractul judiciar reprezintă „un acord, o convenție a părților, în cursul unui proces și înaintea judecătorului”, M.G. Constantinescu, *Contractele judiciare*, Tipografia ziarului Universul. București, 1938, p. 19-21.

2. Caractere juridice:

Tranzacția judiciară este un contract sinalagmatic, cu titlu oneros, comutativ și consensual.

Caracterul sinalagmatic al tranzacției este dat de reciprocitatea și interdependența obligațiilor părților, fiecare dintre acestea având atât calitatea de creditor, cât și calitatea de debitor, una față de cealaltă¹. În concret, fiecare parte își asumă obligația de a nu continua procesul în schimbul concesiilor sau prestațiilor noi făcute de cealaltă.

Sub aspectul scopului avut în vedere de părți la încheierea contractului, aceasta este un contract cu titlu oneros, întrucât fiecare parte urmărește obținerea unui avantaj patrimonial în schimbul obligațiilor asumate. Tranzacția rămâne un contract oneros chiar și atunci când dezechilibrul dintre prestații este foarte mare, una dintre părți cedând „o bucată importantă din dreptul său în schimbul unei valori mult mai mici”². În această din urmă situație, deși suntem în prezența unor elemente de gratuitate, acestea nu schimbă caracterul oneros al contractului, întrucât partea evită cel puțin pierderea procesului, precum și plata cheltuielilor de judecată. Tranzacția judiciară este un contract oneros și comutativ, întrucât ca urmare a stingerii procesului, încetează incertitudinea existentă anterior, drepturile și obligațiile părților nemaidepinzând de un eveniment viitor și incert. Totuși, în doctrina și practica judiciară, s-a admis că există posibilitatea afectării tranzacției de o condiție suspensivă, „de a cărei realizare sau nerealizare să depindă chiar nașterea convenției”³.

Potrivit art. 2272 C. civ. „pentru a putea fi dovedită, tranzacția trebuie să fie încheiată în scris”, drept urmare, întrucât forma scrisă este cerută ad probationem, contractul de tranzacție este un contract consensual. În literatura de specialitate anterioară intrării în vigoare a Codului civil din 2011, nu exista un punct de vedere unitar cu privire la caracterul consensual sau solemn al tranzacției. Astfel, datorită exprimării laconice a art. 1705 C. civ. de la 1864, care se limita la a menționa că „tranzacția trebuie constatată prin act scris”, unii autori⁴ au calificat-o drept un contract solemn. Cei care achiesau la această din urmă opinie, uzitau argumente precum „caracterul solemn este dat tocmai de faptul că învoiala părților trebuie înfățișată instanței de judecată care, constatând-o, va da o hotărâre ce are menirea de a-i conferi forță juridică”, efectele depline ale tranzacției judiciare producându-se abia prin și după darea hotărârii de expedient. Potrivit aceleiași opinii, simpla manifestare de voință a părților în sensul de a face concesi reciprocă, are valoare de lege doar între părțile contractante, însă nu duce la stingerea procesului decât dacă înfățișează acordul lor instanței și aceasta dă o hotărâre prin care să-l consfințească”. În sprijinul acestei opinii se mai invoca și modul de reglementare al tranzacției judiciare în Codul de procedură civilă, acesta așezând „în primul plan, hotărârea care consfințește învoiala părților, acordând astfel actului instanței o atenție sporită tocmai datorită rolului pe care îl are acesta în cadrul operațiunii juridice complexe de care vorbim”. Totuși, mai apreciau acești autori că, deși tranzacția are un caracter solemn, „nu este necesar însă ca părțile să încheie actul juridic, în sensul de instrumentum la notar, forma autentică fiind suplinită de hotărârea de expedient, aceasta fiind cea care autentifică înțelegerea părților”. În concluzie, se aprecia că solemnitatea tranzacției constituie elementul de diferență între tranzacția obișnuită și cea judiciară, solemnitatea decurgând din faptul că învoirea părților se face în fața instanței, sub controlul acesteia.

Întrucât această controversă a fost tranșată odată cu intrarea în vigoare a Noului Cod civil, tranzacția judiciară este valabil încheiată chiar dacă nu îmbracă forma scrisă, însă proba cu martori nu va admisibilă decât în situațiile expres prevăzute în art. 309 C. proc. civ.

¹ Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil, Obligațiile*, conform noului Cod civil, Ed. Universul juridic București, 2012, p. 71.

² Dumitru Văduva, *Definiția și efectul declarativ al contractului de tranzacție*, în *Dreptul nr. 3/2002*, p. 19.

³ Trib. jud. Constanța, dec. civ. nr. 271/1991, cu o notă de Gh. Beleiu, revista *Dreptul*, nr. 10-11/1991. p. 81-84.

⁴ Gh. Durac, *op. cit.*, p. 144-147 și M. G. Constantinescu, *op. cit.*, p. 42, în sens contrar Mihaela Tăbărcă, *Drept procesual civil*, Vol I, Ed. a II-a, Editura Universul Juridic București, 2008, p. 669, Francisc Deak, Stanciu D., Cârpenaru, *Contracte civile și comerciale*, Ed. Lumina Lex, 1993, p. 247, I. Leș, *Comentariile Codului de procedură civilă*, Vol I, Editura All Beck, 2001, V.M. Ciobanu, *op. cit.*, p. 243.

3. Condiții de validitate:

Condițiile de validitate ale tranzacției judiciare sunt aceleași ca în cazul oricărui alt contract, anume capacitatea de a contracta, consimțământul părților, un obiect determinat și licit și o cauză licită și morală¹.

Referitor la capacitate, potrivit art. 2271 C. civ. „pentru a tranzacționa, părțile trebuie să aibă deplina capacitate de a dispune de drepturile care formează obiectul contractului, iar cei care nu au această capacitate pot tranzacționa numai în condițiile prevăzute de lege”. Așadar, întrucât tranzacția presupune concesi și renunțări reciproce, fiind astfel un act de dispoziție, părțile trebuie să aibă capacitatea de a dispune de drepturile lor, adică capacitate deplină de exercițiu. În practica judiciară s-a stabilit că atunci „când printre părțile din litigiu figurează și minori, tranzacția nu poate fi confirmată decât dacă a fost încuviințată de autoritatea tutelară”². Desigur, această soluție trebuie adaptată în raport cu dispozițiile Codului civil din 2011, în prezent părintele, tutorele și curatorul urmând a încheia tranzacția cu avizul consiliului de familie și autorizarea instanței de tutelă³.

Consimțământul și cauza, în principiu, nu prezintă particularități. Astfel, cu privire la consimțământ, instanța va verifica, în special, dacă acesta a fost exprimat în mod valabil, iar referitor la cauză, dacă este licită și morală. În acest sens, s-a pronunțat și Înalta Curte de Casație și Justiție care a statuat că „instanța este datoare să verifice dacă tranzacția nu urmărește un scop ilicit, dacă nu este potrivnică legii, intereselor părții ori dacă nu este rezultatul unui viciu de consimțământ, în cazul în care se constată o atare situație, cererea va fi respinsă și va trece mai departe la judecarea pricinii”⁴. De asemenea, „dacă acordul soților a fost făcut în scopul fraudării creditorilor, instanța trebuie să continue judecata și să efectueze împărțeala bunurilor comune, în raport cu contribuția reală a părților la dobândirea lor”⁵.

Tranzacția judiciară se poate încheia și prin mandatar, avocat sau neavocat, însă este necesară o procură specială, instanța de judecată neputând lua act de tranzacție pe baza procurii generale de reprezentare în justiție⁶. Așadar, în mod corect s-a apreciat în practica judiciară că „stingerea litigiului prin tranzacție, constituind un act de dispoziție, mandatarul părții poate să încheie un asemenea contract și să-l înfățișeze instanței numai în temeiul unei procuri speciale”⁷.

Obiectul tranzacției poate să conștie atât în drepturi reale, cât și în drepturi de creanță, contractuale sau delictuale, sub condiția ca acestea să fie drepturi de care părțile pot să dispună. Astfel, potrivit art. 2268 alin. (1) C. civ. „nu se poate tranzacționa asupra capacității sau stării civile a persoanelor și nici cu privire la drepturi de care părțile nu pot să dispună potrivit legii”, însă „se poate tranzacționa asupra acțiunii civile derivând din săvârșirea unei infracțiuni”. Interdicția de a tranzacționa cu privire la capacitatea sau starea civilă este instituită din rațiuni de protecție a intereselor unor persoane sau din motive de ordine publică⁸.

4. Procedura consfințirii tranzacției

4.1. Forma tranzacției:

Potrivit art. 439 C. proc. civ. „tranzacția va fi încheiată în formă scrisă și va alcătui dispozitivul hotărârii”, formă care, după cum am văzut cu ocazia analizei caracterelor juridice, este cerută doar pentru proba acesteia. În practica instanțelor judecătorești și în doctrină s-a apreciat că, deși este un contract consensual, „atunci când învoiala cuprinde un act solemn, tranzacția însăși

¹ Art. 1179 alin. (1) C. civ.

² Trib. Supr., sec. civ., dec. nr. 2002 din 18 noiembrie 1975, în C.D. 1975, p. 238.

³ Art. 144 alin. (2) C. civ.

⁴ I.C.C.J., sec. com., dec. nr. 805/2009, B.C. nr. 3/2009, p. 58.

⁵ C.S.J., sec. civ., dec. nr. 552/1990 în Dreptul nr. 1/1991, p. 70.

⁶ T.S., sec. civ., dec. nr. 566/1989, în Dreptul nr. 1-2/1990, p. 139.

⁷ Î.C.C.J. sec. com., dec. nr. 805/2009.

⁸ I. Leș, *Noul Cod...*, p. 571.

trebuie prezentată în formă autentică”¹. Astfel, o instanță a apreciat că „o tranzacție înscrisă într-un act sub semnătură privată, care cuprinde o donație, deci un contract pentru care legea cere încheierea unui act autentic ad validitatem, nu poate fi promovată de instanță, deoarece s-ar eluda dispoziția legală referitoare la donațiuni”². Potrivit unei alte opinii³, majoritare și la care achiesăm, nu se impune această formă întrucât hotărârea instanței care consfințește tranzacția are natura juridică a unui act autentic. În acest sens, un autor a afirmat că „soluția (de a încheia tranzacția în formă autentică) este eronată, în considerarea următoarelor două aspecte. În primul rând, tranzacția presupune, prin definiție, renunțări la drepturi și concesii reciproce, astfel încât este greșit să se vorbească de o eventuală donație. Actul juridic nu își schimbă natura juridică, rămânând tot o tranzacție, chiar și atunci când, în schimbul bunului asupra căruia poartă litigiul, una dintre părți oferă celeilalte părți un alt bun, care nu formează obiectul judecății. În al doilea rând, soluția respectivă este discutabilă și datorită faptului că nu ține cont de unul din efectele oricărei hotărâri judecătorești, deci și al hotărârii de expedient, anume acela de a avea natura juridică a unui înscris autentic. Așadar, eventuala formă ad validitatem cerută de lege este respectată chiar prin consemnarea învoielii părților în dispozitivul hotărârii”⁴.

4.2. Momentul la care poate să intervină:

De esența tranzacției judiciare este ca aceasta să fie încheiată în cursul unui proces deja pornit. Astfel, potrivit art. 438 alin. (1) C. proc. civ. „părțile se pot înfățișa oricând în cursul judecății pentru a cere să se dea o hotărâre care să consfințească tranzacția lor”. Așadar, contractul de tranzacție poate fi încheiat oricând în cursul judecății, chiar și în căile de atac⁵. Referitor la tranzacția judiciară încheiată pe parcursul soluționării căilor de atac, atât ordinare cât și extraordinare⁶, pentru ca instanța să poată lua act de învoiala acestora, trebuie să desființeze hotărârea atacată, desființare care presupune, mai întâi admiterea căii de atac. Totuși, s-a apreciat că admiterea căii de atac se poate face și doar pentru a se lua act de voința părților⁷. În practica judiciară s-a decis că aceasta este admisibilă „chiar dacă învoiala a intervenit numai între unele dintre părțile procesului, însă prin aceasta nu trebuie să se lezeze drepturile celor care nu au exercitat respectiva cale de atac”⁸. De asemenea, s-a apreciat că „se poate încheia o tranzacție și în cazul judecării unei cereri de ordonanță președințială”⁹, precum și în materia procedurii ordonanței de plată¹⁰. Mai mult, doctrina acordă o interpretare extensivă a articolului 438 alin. (1) C. proc. civ., considerând că încheierea tranzacției se poate realiza și în faza executării silite¹¹.

¹ Trib. Suprem., sec. civ., dec. nr. 334/1973, R.R.D. nr. 9/1973, p. 156.

² Trib. Spr., dec. nr. 334 din 13 februarie 1973, Repertoriu II, nr. 144, p. 377.

³ Durac, *op. cit.*, p. 155.

⁴ Gabriel Boroi, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Vol I, Ed. All Beck, 2001, p. 447. În același sens, dacă o asemenea condiție ar fi necesară, ar avea drept consecință suportarea unei taxe de autentificare și „ar însemna că o taxă similară ar trebui să fie percepută pentru pronunțarea oricărei hotărâri. Pe de altă parte, taxele judiciare de timbru sunt percepute pentru soluționarea procesului civil, indiferent de modalitatea practică de finalizare a activității judiciare”, V.M. Ciobanu, *op. cit.*, vol II, nota nr. 836, p. 244.

⁵ Potrivit art. 462 C. proc. civ. „părțile pot solicita instanței legal învestite cu soluționarea unei căi de atac să ia act de înțelegerea lor cu privire la soluționarea litigiului”.

⁶ Gh. Durac, *op. cit.*, p. 159.

⁷ Gabriel Boroi, *Căile de atac. Prezentare de ansamblu*, în Conferințele NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ, <http://www.inm-lex.ro/NCPC/doc/Brosura%20NCPC.pdf>.

⁸ Trib. Supr., sec. civ., dec. nr. 808/1978.

⁹ Gh. Durac, *op. cit.*, p. 154.

¹⁰ Potrivit art. 1019 alin. (2) C. proc. civ. „când creditorul și debitorul ajung la o înțelegere asupra plății, instanța ia act de acestea, pronunțând o hotărâre de expedient, potrivit art. 438”, „hotărârea de expedient este definitivă și constituie titlu executoriu”.

¹¹ Flavius Băiaș, *Unele considerații referitoare la tranzacție*, R.R.D. nr. 9-12/1989, p. 18-22.

4.3. Consfințirea tranzacției judiciare:

4.3.1. Prezentarea învoielii părților instanței de judecată:

Un moment important în procedura de consfințire a tranzacției este cel al prezentării acordului părților instanței de judecată. Astfel, până în momentul în care contractul este făcut cunoscut instanței, „judecătorul (care nici nu are știință despre ea) nu are nici o obligație în sensul de a ține seama de convenție”¹ iar, în opinia noastră², părțile pot să revină asupra deciziei lor sau asupra conținutului tranzacției. Opinăm în acest, întrucât potrivit principiul simetriei în contracte³, „orice contract, fiind rezultatul acordului de voințe al părților poate fi desfăcut sau revocat, în principiu, numai în același fel”⁴, regula fiind deopotrivă aplicabilă și în privința modificărilor aduse conținutului contractului. Totuși, sunt autori care se exprimă în sens contrar⁵, considerând că părțile nu pot retracta nici înainte de acest moment.

Procedura consfințirii tranzacției este reglementată diferit, după cum părțile se înfățișează la ziua stabilită de judecător, adică la termen, sau într-o altă zi. Referitor la prima situație, potrivit art. 438 alin. (2) C. proc. civ., „dacă părțile se înfățișează la ziua stabilită pentru judecată, cererea pentru darea hotărârii va putea fi primită chiar de un singur judecător”, caz în care părțile vor pune concluzii în fața acestuia. Desigur, cererea ar putea fi primită de un singur judecător numai în ipoteza în care aceasta este făcută în căile de atac, întrucât doar în această situație avem de-a face cu un complet de judecată format din mai mulți judecători, în cazul judecării în primă instanță cererea urmând să fie primită numai de judecătorul care soluționează pricina. Totuși, deși cererea poate fi primită doar de un singur judecător, verificarea și soluționarea cererii se va face de întregul complet.

Cea de-a doua situație are drept premisă situația în care părțile nu se înfățișează la termenul stabilit pentru judecată, ci într-o altă zi, caz în care judecătorul va primi cererea și „va da hotărârea în camera de consiliu”. Deși legiuitorul folosește expresia „instanța va da hotărârea în camera de consiliu”, doar deliberarea va avea loc astfel, pronunțarea hotărârii făcându-se, de regulă, în ședință publică. Astfel, potrivit art. 402 C. proc. civ., afară de situațiile în care instanța amână pronunțarea și președintele stabilește că aceasta se va realiza prin punerea soluției la dispoziția părților prin mijlocirea grefei instanței⁶, pronunțarea hotărârii care confintește învoiala părților se va face în ședință publică.

4.3.2. Rolul instanței de judecată în consfințirea tranzacției:

Instanța de judecată are un rol important în cadrul tranzacției judiciare, prin hotărârea acesteia contractul dobândind forță obligatorie. Astfel, instanța este cea care decide dacă confirmă sau nu învoiala părților în sensul de a pune capăt procesului. Pentru a decide în acest sens, instanța este obligată să verifice legitimitatea contractului, sarcină care rezultă din obligația judecătorului de a avea un rol activ. Astfel, în practica judiciară s-a decis că, în virtutea rolului activ, „instanța este obligată să verifice dacă părțile au capacitatea legală de a tranzacționa, dacă actul este expresia voinței libere și dacă prin tranzacție nu se încalcă o dispoziție imperativă a legii. Dacă aceste cerințe nu sunt întrunite, instanța trebuie să respingă cererea de a se pronunța hotărârea de expedient și să continue judecata”⁷. De asemenea, s-a mai apreciat că aceasta este datoare „să explice părților

¹ Gh. Durac, *op. cit.*, p. 161.

² *Idem*.

³ Principiul simetriei este consacrat și în Codul civil, în art. 1270 alin. (2) „contractul se modifică sau încetează numai prin acordul părților ori din cauza autorizate de lege”.

⁴ L. Pop, *op. cit.*, p. 145.

⁵ M.G. Constantinescu, *op. cit.*, p. 66.

⁶ Art. 369 alin. (2) C. proc. civ.

⁷ Trib. Supr., sec. civ., dec. nr. 1564 din 22 octombrie 1981, în C.D. 1981, p. 230.

consecințele juridice ale actului procesual de dispoziție pe care l-au încheiat¹ și să ia măsurile necesare pentru apărarea și protejarea intereselor părților.

Bineînțeles, instanța trebuie să își exercite rolul activ fără a aduce atingere principiului disponibilității², adică fără a modifica învoiala părților și fără a le determina să încheie un asemenea act procesual, limitându-se doar la „a verifica îndeplinirea cerințelor pentru încheierea valabilă a unui asemenea act juridic, constând în: capacitatea deplină de exercițiu a părților de a încheia acest act de dispoziție, care are ca obiect drepturi de care acestea pot dispune, cauza învoielii să nu fie ilicită sau imorală, legea să nu interzică tranzacția în materia ce face obiectul litigiului, conținutul învoielii să exprime consimțământul părților lipsit de orice vicii”³. Astfel, judecătorul nu are temeii să refuze consfințirea dacă tranzacția este legitimă sau dacă se încalcă o normă dispozitivă, „întrucât de încălcarea unei asemenea norme se poate prevala numai partea în favoarea căreia a fost edictată norma”⁴. În situația în care aceasta refuză consfințirea tranzacției, refuzul trebuie să fie întotdeauna motivat, nefiind însă necesară o asemenea motivare în cazul admiterii cererii părților când nu au existat dezbateri⁵.

Potrivit art. 439 alin. (1) teza finală C. proc. civ., convenția părților va alcătui dispozitivul hotărârii. Astfel, dispozitivul unei hotărâri prin care se consfințește învoiala părților va cuprinde, pe lângă mențiunile arătate în art. 425 alin. (1) lit. c) Cod de procedură civilă, anume „numele, prenumele, codul numeric personal și domiciliul sau reședința părților ori, după caz, denumirea, sediul, codul unic de înregistrare sau codul de indentificare fiscală, numărul de înmatriculare în registrul comerțului ori de înscriere în registrul persoanelor juridice și contul bancar”, și redarea acordului de voințe al părților prin care acestea pun capăt procesului.

4.3.3. Hotărârea de expedient:

Hotărârea de expedient reprezintă „actul de procedură prin care se pune capăt judecății în temeiul tranzacției intervenite între părți”⁶, adică hotărârea judecătorească prin care se consfințește învoiala părților.

Deși Codul de procedură civilă, atât cel din 2013 cât și cel din 1865, nu folosește noțiunea de „hotărâre de expedient”, referindu-se la aceasta prin „hotărâre care consfințește învoiala părților”, această denumire s-a încetățenit în limbajul juridic⁷. Această denumirea este folosită și în doctrina franceză, având însă un înțeles restrictiv, referindu-se doar la situațiile în care „instanța, observând acordul părților, pe baza constatărilor ei și a controlului judiciar săvârșit, pronunță o hotărâre, cuprinzând motivele și dispozitivul, având astfel valoarea unui act jurisdicțional”⁸.

Cu privire la natura juridică a hotărârii de expedient, în doctrină, au fost formulate mai multe opinii, motiv pentru care în literatura de specialitate veche se vorbea despre „perplexitatea” doctrinei

¹ Plenul T.S., dec. de îndrumare nr. 12/1958, pct. 2, Culegere de decizii 1952-1965, p. 318, T.S. col. Civ. dec. nr. 1241/1962, Culegere de decizii 1962, p. 298, cu notă de G. Boroi, op. cit., p. 579: „soluția urmează să fie pusă în acord cu prevederile actualului art 129 (3), deci judecătorul va da îndrumările necesare numai dacă partea nu este asistată sau reprezentată de avocat sau, în condițiile prevăzute de art. 68 (5), de un doctor în drept ori de un licențiat în drept”.

² Mai mult, „instanța trebuie să asigure respectarea principiilor fundamentale ale procesului chiar dacă apreciază că tranzacția nu îndeplinește condițiile pentru consfințire, fiind obligată să acorde cuvântul părților pentru a pune concluzii, pentru respectarea principiului contradictorialității și al dreptului la apărare”, C.A.București, sec. a III-a civilă și pentru cauze cu minori și familie, dec. nr. 2041/2006.

³ C. A. București, sec. a IV-a comercială, dec. nr. 560 din 31 octombrie 2006, definitivă și irevocabilă prin nerecurare.

⁴ G. Boroi, op. cit., p. 379, nr. 6 (notă la decizia civilă nr. 552/1990 a Curții Supreme de Justiție).

⁵ Gh. Durac, op. cit. p. 162.

⁶ M. G. Constantinescu, op. cit., p. 83.

⁷ Noțiunea de hotărâre de expedient a existat în Codul de procedură civilă până în anul 1900.

⁸ I deleanu, *Noul cod...*, p. 923.

și a jurisprudenței asupra naturii juridice a hotărârii de expedient¹ Astfel, unii autori² consideră că „actul instanței este pur și simplu o convenție autenticată de judecător și nu poate fi atacată decât prin acțiunea în nulitate”, întrucât „procesul nu se termină prin dezbateri, ci pe baza consimțământului părților”, instanța limitându-se la a verifica, sub anumite aspecte și sub anumite limite, contractul părților.

Într-o altă opinie³, pe care o îmbrățișăm, hotărârea de expedient, sub aspectul naturii juridice, este considerată un act jurisdicțional, „o adevărată hotărâre, cu autoritate de lucru judecat, susceptibilă de atac prin căile obișnuite, întrucât instanța dă convenției dintre părți, prin intervenția sa, forma și caracterul unei hotărâri judecătorești”. Din acest motiv, în literatura de specialitate, cu titlu de propunere de lege ferenda, s-a argumentat că „ar fi necesar ca într-o viitoare reglementare să se facă distincția ce o găsim în legislația și doctrina belgiană: dacă este vorba de o tranzacție civilă, adică fără intervenția instanței, contractul poate fi atacat pe calea unei acțiuni în anulare, ca și orice alt contract; iar dacă este vorba de o tranzacția judiciară, contractul îmbracă forma unei hotărâri judecătorești, ce nu poate fi atacată pe calea acțiunii în anulare, ci numai prin intermediul căilor de atac, mai exact a recursului”⁴. Un alt argument îl constituie și sediul materiei din Codul de procedură civilă din 2013, aceasta fiind reglementată în Cartea a II-a procedura contencioasă, Titlul I, Procedura în fața primei instanțe, Capitolul IV Hotărâri judecătorești. Rezultă așadar, că actul prin care instanța consfințește tranzacția are toate trăsăturile unei veritabile hotărâri judecătorești, dobândind autoritate de lucru judecat și, pe cale de consecință, putere executorie, fiind susceptibilă de executare silită⁵.

În concluzie, pentru ca învoiala părților în sensul de a stinge litigiul să dobândească forță obligatorie, este necesar ca părțile să încheie contractul în condițiile stabilite de lege, să îl înfățișeze instanței, iar în cazul în care aceasta constată legalitatea tranzacției va lua act, pronunțând hotărârea de expedient. De asemenea, dispozițiile art. 438-441 C. proc. civ., se aplică în mod corespunzător și în cazul în care învoiala acestora este consecința medierii, potrivit art. 63 alin. (1) din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator⁶.

5. Căile de atac:

Potrivit art. 440 C. proc. civ. „hotărârea care consfințește tranzacția intervenită între părți poate fi atacată, pentru motive procedurale, numai cu recurs la instanța ierarhic superioară”. Așadar, legiuitorul din 2013, a renunțat la formularea laconică a art. 274 din Codul de procedură civilă de la 1865, potrivit căruia hotărârea de expedient se dă fără drept de apel, și a prevăzut expres că aceasta este supusă numai căii de atac a recursului, răspunzând astfel propunerilor de lege ferenda⁷ formulate de doctrina procesual civilă. Mențiunea făcută de legiuitor, cu privire la soluționarea recursului de instanța ierarhic superioară, se impune, întrucât în Noul Cod de procedură civilă recursul, în lipsa unei dispoziții contrare, va fi soluționat de Înalta Curte de Casație și Justiție⁸.

Referitor la persoanele îndreptățite să declare recurs împotriva hotărârii de expedient, acestea sunt în primul rând părțile, iar, în situațiile expres prevăzute de lege, procurorul, pentru îndeplinirea

¹ L. Boyer, *op. cit.*, p. 470 și urm.

² I. Deleanu, *op. cit.*, p. 287-289.

³ Gh. Durac, *op. cit.*, p. 163, V. M. Ciobanu, *op. cit.*, p. 245.

⁴ Idem.

⁵ *Per a contrario* „tranzacția neconsemnată într-o hotărâre judecătorească de expedient sau într-un act autentic susceptibil de executare silită, nu constituie titlu executoriu și nu poate fi investită cu formulă executorie” C.S.J, s. com., dec. nr. 662 din 18 februarie 1999, în B.J.C.D. 1999, p. 393.

⁶ Legea nr. 192/2006 din 16/05/2006 Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 441 din 22/05/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator.

⁷ V.M.Ciobanu, *op. cit.*, p. 244.

⁸ Potrivit art. art 438 alin. (3) C. proc. civ..

sarcinilor sale de organ care veghează la respectarea legii în activitatea instanțelor judecătorești. Recursul se exercită de acesta din urmă, potrivit art. 92 alin. (4) C. proc. civ., atunci când „este necesar pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale minorilor, ale persoanelor puse sub interdicție și ale dispăruților, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege”.

Întrucât recursul are o sferă de acțiune redusă, putând să privească numai neregularități procedurale¹, cele privitoare la învoiala părților urmează să fie atacate prin acțiunea în anulare, fiind astfel aplicabile și regulile generale privind desființarea convențiilor. Astfel, art. 2278 alin. (1) C. civ. „tranzacția care, punând capăt unui proces început, este constatată printr-o hotărâre judecătorească poate fi desființată prin acțiune în nulitate sau acțiune în rezoluțiune ori reziliere², precum orice alt contract. Ea poate fi, de asemenea, atacată cu acțiune revocatorie³ sau cu acțiunea în declararea simulației⁴”. Similar s-a decis și în practica judiciară, considerându-se că „hotărârile care consfințesc învoiala părților – adică dispozitivul lor – reprezintă de fapt o transpunere a convenției părților, ceea ce nu echivalează cu o judecată întemeiată pe probe și finalizată pe convingerile instanței. Ca urmare, convenția părților în sine, indiferent că este consacrată printr-o hotărâre judecătorească, este susceptibilă, ca orice contract, de a fi anulată pe calea acțiunii în anulare pentru motivele limitativ prevăzute de lege⁵”.

Referitor la motivele de nulitate, potrivit art. 2273 C. civ., tranzacția poate fi afectată de aceleași cauze de nulitate ca orice alt contract, cu excepția erorii de drept referitoare la chestiunile care constituie obiectul neînțelegerii părților și a leziunii. Codul civil mai consacră, în această materie, o serie de cazuri de nulitate precum: tranzacția încheiată pentru executarea unui act juridic lovit de nulitate absolută, este nulă, în afară de cazul în care părțile au tranzacționat expres asupra nulității⁶; descoperirea ulterioară de părți a unor înscrisuri necunoscute și care ar fi putut afecta conținutul tranzacției este nulă dacă acestea au fost ascunse de către una dintre părți sau de un terț, cu știința ei, precum și în situația în care tranzacția a fost încheiată pe baza unor înscrisuri care au fost dovedite ulterior a fiind false⁷; tranzacția este nulă și dacă din înscrisurile descoperite rezultă că părțile, sau numai una din ele, nu avea nici un drept asupra căruia să poată tranzacționa⁸; atunci când s-a încheiat o tranzacție asupra unui proces terminat, iar una din părți nu cunoștea că litigiul fusese soluționat printr-o hotărâre definitivă, se poate anula la cererea părții care nu a cunoscut această împrejurare⁹. De asemenea, se poate introduce acțiunea în nulitate și în cazul în care actul este lovit de nulitate relativă, dar aceasta poate fi introdusă numai de partea care, la data încheierii contractului, nu cunoștea cauza de anulabilitate. În situația în care una dintre părți înțelege să invoce

¹ Așadar, vor putea fi invocate pe calea recursului doar viciile în legătură cu procedura prin care instanța a luat act de tranzacție, Ion Dragne, *Motivele de casare și soluțiile posibile în recurs*, în Conferințele NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ, <http://www.inm-lex.ro/NCPC/doc/Brosura%20NCPC.pdf>.

² În ipoteza în care cel puțin una dintre părți și-ar asuma obligații noi, pe care nu le execută, cealaltă parte ar putea cere rezoluțiunea contractului. Aceasta este inadmisibilă însă în cazul concesiilor întrucât este de neconcepț neexecutarea acestora, întrucât instanța va respinge acțiunea prin care s-ar încerca valorificarea dreptului care a făcut obiectul concesiiei”. Fr. Deak, *op. cit.*, p. 162, nota 2.

³ În practica judiciară s-a apreciat că „nu se poate tranzacționa în scopul eludării legii sau al lezării intereselor unor terțe persoane. În cazul în care intervine o asemenea convenție între părți, fiind întemeiată pe o cauză ilicită, va putea fi revocată pe calea acțiunii pauliene”, în Fl. Baiaș, *op. cit.*, Dreptul, nr. 9-12/1989, p. 18-26.

⁴ O instanță a decis că „este nelegală hotărârea prin care, luându-se act de învoiala părților, s-a recunoscut de către proprietarii unui bun imobil un drept de proprietate asupra aceluiași imobil și în favoare altei părți din proces, fără ca instanța să fi verificat dacă această învoială nu ascunde în realitate, pe cale simulată, o transmisiune prin acte între vii a unui drept de proprietate imobiliar, care este interzisă de dispozițiile art. 30 din legea nr. 58/1974”, Trib. Supr., dec. nr., 84 din 21 ianuarie 1981, în Repertoriu IV, nr. 96, p. 260.

⁵ C.S.J., sec. civ., dec. nr. 1031 din 29 mai 1992, în D.C.S.J. 1990-1992, p. 265.

⁶ Art. 2274 C. civ.

⁷ Art. 2275 C. civ.

⁸ Art. 2276 C. civ.

⁹ Art. 2277 C. civ.

nulitatea tranzacției, după prezentarea acesteia instanței și până la pronunțarea hotărârii de expedient, atacând convenția separat, instanța, în temeiul art. 413 alin. (1) pct. 1 C. proc. civ., poate suspenda judecata până când hotărârea pronunțată în cauza care a provocat suspendarea a devenit definitivă.

Referitor la consecințele desființării tranzacției pe calea acțiunii în nulitate, în rezoluțiune, sau în orice alt mod, art. 2278 alin. (2) C. civ. stabilește că „hotărârea prin care s-a desființat tranzacția în cazurile prevăzute la alin. (1) face ca hotărârea judecătorească prin care tranzacția fusese constatată să fie lipsită de orice efect”. În acest sens, o instanța a apreciat că natura juridică a hotărârii de expedient este de act prin care are loc o transpunere a voinței părților și nu o judecată întemeiată pe probe și finalizată pe convingerea instanței, motiv pentru care „cererea de nulitate a hotărârii pe motivul că tranzacția a fost încheiată cu fraudarea legii se consideră vizând implicit și tranzacția respectivă, chiar dacă nu se formulează în mod explicit un capăt de cerere în acest sens¹”

De asemenea, tot cu privire la căile de atac, în doctrina și practica judiciară s-a admis că este admisibilă și atacarea tranzacției judiciare prin contestația în anulare, „în măsura în care motivele prevăzute de lege sunt compatibile cu o astfel de hotărâre”², în timp ce revizuirea este considerată, în principiu, inadmisibilă³.

6. Efecte:

Tranzacția produce, de regulă, efecte extinctive, declarative și relative, efecte care privesc deopotrivă părțile și instanța de judecată.

Tranzacția judiciară produce întotdeauna efecte extinctive întrucât, odată cu darea hotărârii de expedient, procesul se stinge, instanța dezinvestindu-se fără să fi soluționat pricina pe fond. Astfel, hotărârea de expedient este o adevărată hotărâre judecătorească, executorie și cu autoritate de lucru judecat, drept urmare părțile nu mai pot emite pretenții în legătură cu drepturile stinse, recunoscute, constituite sau chiar transferate prin convenția respectivă⁴. În această situație, dacă una dintre părți ar introduce o nouă acțiune i se va opune autoritatea de lucru judecat, afară de cazul acțiunilor introduse pentru îndemnizarea complementară a unui prejudiciu neprevăzut la data încheierii tranzacției⁵.

De regulă, tranzacția produce efecte declarative, întrucât aceasta nu conferă drepturi noi ci, prin concesiile și renunțările reciproce confirmate de instanța de judecată, se consolidează cele existente. Mai mult, tot datorită caracterului declarativ, aceasta operează reoactiv, drepturile fiind recunoscute de la data nașterii lor, iar nu de la momentul pronunțării hotărârii. Se poate întâmpla însă ca părțile să convină stingerea litigiului ca urmare a transferului drepturilor de la una la cealaltă, devenint astfel translativă. De asemenea, atunci când una din părți își asumă obligații care presupun îndeplinirea unor prestații noi, aceasta devine constitutivă.

Tranzacția este relativă întrucât față de terțele persoane aceasta nu produce nici un efect, în temeiul principiului relativității efectelor actelor juridice (*res inter alios acta*). În acest sens, în practica judiciară s-a arătat că „dacă între partea civilă și inculpat a avut loc o tranzacție, care nu a fost pusă în discuție contradictorie cu partea responsabilă civilmente, convenția nu este opozabilă acesteia din urmă”⁶. De asemenea, tot în jurisprudență s-a decis că „încheierea tranzacției fără

¹ C.A.București, sec. a IV-a civilă, dec. nr. 123/2007.

² V. M. Ciobanu, *op. cit.*, p. 244.

³ „deoarece învoiala părților, chiar consemnată într-o hotărâre judecătorească, nu este rezultatul unor dezbateri și nu stabilește o stare de fapt care să fie controlată în raport cu probele administrate sau cu dispozițiile legale în care acea stare de fapt a fost încadrată, Trib. Supr., sec. civ., dec. nr. 750/1981, C.D. 1981, p. 240-242, în același sens: C.A. Craiova, s. civ., dec. civ.nr. 1581 din 19 noiembrie 2004, respingând recursul a statuat că în mod corect judecătoria Novaci a respins cererea de revizuire a unei hotărâri de expedient ca nefondată. În sens contrar, se consideră că revizuirea ar putea exercitată dacă obiectul pricinii nu se află în ființă, dacă reprezentantul incapabilului a fost de recredință, G. Boroi, *op. cit.*, p. 448.

⁴ Gh. Durac, *op. cit.*, p. 169.

⁵ I. Deleanu, *op. cit.*, p. 925.

⁶ Trib. Supr., sec. pen. dec. nr. 772/1976, CD pe anul 1976, p. 410.

chematul în garanție este ineficace. Consecințele tranzacției răsfrângându-se și asupra terțului introdus în proces, el trebuie să fie parte și în tranzacție, nu numai în proces”¹.

7. Concluzii

În concluzie, tranzacția judiciară reprezintă un contract făcut sub auspiciile justiției prin care părțile, pe baza unor concesiuni reciproce, convin să pună capăt unui proces început. Am observat că pentru ca acesta să dobândească forță obligatorie, pe lângă respectarea condițiilor de validitate, este necesară consfințirea de către instanța de judecată, prin intermediul unei hotărâri care, în doctrină, poartă denumirea de hotărâre de expedient.

Tranzacția judiciară prezintă avantajul că reprezintă un mijloc prin intermediul căruia procesul se stinge în condiții care mulțumesc ambele părți, cu economisire de timp, întrucât procesul nu mai parcurge toate fazele sale și cu reducerea cheltuielilor judiciare. Totuși nu trebuie ignorate nici dezavantajele acesteia, dezavantaje determinate de împrejurarea că părțile se pot afla pe poziții diferite, existând astfel dezechilibre, motiv pentru care tranzacția poate deveni lezionarioasă pentru una dintre acestea.

Referințe bibliografice

- Ioan Leș, Comentariile codului de procedura civilă, Vol. I Editura All Beck, 2001.
- Ioan Leș, Noul Cod de procedură civilă: comentariu pe articole. Vol I, Ed. C.H. Beck București, 2011.
- Ion Deleanu, Noul cod de procedură civilă: Tratat de procedură civilă, Vol I, Editura Wolters Kluwer, 2011.
- Ilie Stoenescu, Savelly Zilberstein, Drept procesual civil, Teora generală, Editura pedagogică București, 1977.
- Ion Deleanu, Tratat de procedură civilă, Vol. I, Editura Servo Sat 2007.
- Francisc Deak, Tratat de drept civil, vol III, Editura Universul Juridic, București, 2007.
- Mihaela Tăbărcă, Drept procesual civil, Vol I, Ed. a II-a, Editura Universul Juridic București, 2008.
- Viorel Mihai Ciobanu, Tratat teoretic și practic de procedură civilă, Vol. II, Editura Național București, 1997.
- Gheorghe Durac, Drept procesual civil, Actele de dispoziție ale părților în procesul civil, Editura Collegium, Polirom, 1999.
- Gabriel Boroi, Drept procesual civil, note de curs, vol I, București, 1993.
- Gabriel Boroi, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Vol I, Editura All Beck, 2001.
- Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, Tratat elementar de drept civil, Obligațiile, conform noului Cod civil, Ed. Universul juridic București, 2012.
- Valentin Mitea, Privire asupra contractelor judiciare în procesul civil, Dreptul nr. 3/2001, p. 72-86.
- Dumitru Văduva, Definiția și efectul declarativ al contractului de tranzacție, în Dreptul nr. 3/2002, p. 19.
- Dumitru Văduva, Definiția și efectul declarativ al contractului de tranzacție, Dreptul nr. 3/2002, p. 18-37.
- Flavius Baias, Unele considerații referitoare la tranzacție, R.R.D. nr. 9-12/1989. p. 18-22.
- Francisc. Deak, Stanciu D.. Cărpenaru, Contracte civile și comerciale, Ed. Lumina Lex, 1993.

¹ Î.C.C.J. sec. civ. și de prop. Intellect, dec. nr. 3256/2008.

EFECTELE CONTRACTULUI DE INTERMEDIERE PE PIAȚA DE CAPITAL

Lavinia Elena DÎRLOȘANU*

Abstract:

Prezenta lucrare își propune o altă abordare – din perspectiva practică – a contractului care se încheie pe piața de capital, pentru familiarizarea celor interesați cu principalele sale elemente și implicații. Fiind o trecere în revistă a elementelor sale definitorii, prezentarea contractului de intermediere sau de prestări de servicii de investiții financiare (cum mai este cunoscut și folosit) nu urmărește întru-totul metodologia consacrată în analiza unui astfel de instrument juridic, acest fapt implicând o abordare mult mai generoasă. Doriința autoarei este de a aduce în atenția auditorului câteva aspecte care definesc specificitatea acestui contract, complex prin natura obiectului său, fapt care face ca acesta să se prezinte sub mai multe forme, îmbracând caracteristici specifice altor contracte, fără a se confunda însă cu acestea.

Cuvinte cheie: piața de capital, agent pentru servicii de investiții financiare, S.S.I.F., intermediar, contract

1. Introducere

1.1 Piața de capital și caracteristicile sale

Segment important al economiei unei țări, piața de capital face parte din domeniul financiar, având un puternic impact asupra dezvoltării economice, acolo unde ea este suficient de bine reprezentată, atât în ceea ce privește gospodăriile populației cât și sectorul macro-economic.

Piața de capital reprezintă mediul în care se întâlnește cererea cu oferta de instrumente financiare și de oportunități de finanțare, potențând deopotrivă atât speculațiile cât și investițiile pe diferite orizonturi de timp. Un element caracteristic al acestui segment economic îl poate reprezenta dimensiunea mai puțin cunoscută a riscurilor, modul în care acestea pot fi controlate până la a fi reduse în totalitate, posibilitatea de a finanța activitățile productive și serviciile precum și multe altele.

Din punctul de vedere al principalilor actori care sunt direct și cel mai puternic afectați de orice oscilație semnificativă a unor prețuri sau cotații bursiere, investitorii și societățile comerciale ale caror acțiuni sunt tranzacționate la o bursă de valori sunt cei mai reprezentativi deoarece aceștia speculează sau investesc pe termen mediu sau lung în considerarea unor posibile rezultate financiare și a unor posibile profituri (inclusiv sub formă de dividende) pe care le-ar obține ceilalți.

Pe lângă investitorii și societățile comerciale, cunoscute în limbajul de specialitate ca emitenți¹ de instrumente financiare², trebuie să existe în mod obligatoriu locul fizic de întâlnire a cererii cu

* Studentă, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: gheorghe.lavinia@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist. univ. dr. Dan - Alexandru Sitaru (sitaru.alexandru@yahoo.com).

¹ Emitent = în sensul art. 2 alin. 1 punctul 4 din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, este „entitatea cu sau fără personalitate juridică ce a emis, emite sau intenționează să emită instrumente financiare”

² Instrumente financiare = în sensul OUG nr. 99 din 6 decembrie 2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, Art. 7 punctul (14[^]1) definește următoarele instrumente financiare:

- a) valori mobiliare;
- b) instrumente ale pieței monetare;

oferta de instrumente financiare – *the trading venue* – care este reprezentat de o piață reglementată sau un sistem alternativ de tranzacționare ori o facilitate multilaterală de tranzacționare, fiecare dintre acestea fiind administrate de o entitate cu atribuții specifice în acest sens.

În România, există Bursa de Valori București și Sibex – Bursa de la Sibiu care operează o piață spot (la vedere) pentru acțiuni și alte valori mobiliare precum și o piață de instrumente financiare derivate (de ex. acele instrumente financiare care au la bază, ca activ suport, o acțiune).

Pentru a funcționa, pe lângă aceste structuri – cu rolul de a administra platforme electronice și aplicații specifice desfășurării operațiunilor bursiere fără intervenția umană (care era esențială și singura cale de întâlnire a cererii cu oferta la Bursa newyorkeză la începutul secolului XX), s-au impus și alte entități al căror rol este de a procesa și de a asigura transferul drepturilor și obligațiilor tuturor părților implicate în tranzacțiile cu instrumente financiare. Un rol extrem de important îl are, în acest sens, entitatea care administrează un sistem de decontare și compensare a tranzacțiilor cu instrumente financiare, aceasta putând îmbrăca mai multe forme: depozitar central, contraparte centrală.

1.2 Legislația națională și legislația europeană aplicabilă

Ca orice domeniu de activitate într-o societate modernă, și piața de capital se supune unor reguli scrise, izvorate din legea specifică dar și din alte legi incidente precum și din regulamente, instrucțiuni, dispoziții de masuri, avize emise de autoritatea de supraveghere și reglementare a pieței de capital – Comisia Națională a Valorilor Mobiliare (CNVM), organismul suprem de care depinde, în cea mai mare parte, conduita tuturor celor care activează în acest segment financiar.

Pe lângă cele enunțate mai sus, un rol deosebit de important îl are legislația europeană (regulamentele) cu aplicare directă în România și în țările membre ale Uniunii Europene. În plan european al supravegherii bunului mers al entităților implicate în procesul complex pe care îl reprezintă piața de capital și al reglementării raporturilor juridice care se nasc între diferitele categorii

c) titluri de participare la organismele de plasament colectiv;

d) opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward pe rata dobânzii și orice alte contracte derivate în legătură cu valori mobiliare, valute, rate ale dobânzii sau rentabilității ori alte instrumente derivate, indici financiari sau indicatori financiari, care pot fi decontate fizic ori în fonduri bănești;

e) opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward pe rata dobânzii și orice alte contracte derivate în legătură cu mărfuri care trebuie decontate în fonduri bănești sau pot fi decontate în fonduri bănești la cererea uneia dintre părți (altfel decât în caz de neplată sau de alt incident care conduce la reziliere);

f) opțiuni, contracte futures, swap-uri și alte contracte derivate în legătură cu mărfuri și care pot fi decontate fizic, cu condiția să fie tranzacționate pe o piață reglementată și/sau în cadrul unui sistem alternativ de tranzacționare;

g) opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward și orice alte contracte derivate în legătură cu mărfuri, care pot fi decontate fizic, neincluse în categoria celor de la lit. f) și neavând scopuri comerciale, care au caracteristicile altor instrumente financiare derivate, ținându-se seama, printre altele, dacă sunt compensate și decontate prin intermediul unor case de compensare recunoscute sau sunt subiect al apelurilor în marjă în mod regulat;

h) instrumente derivate pentru transferul riscului de credit;

i) contracte financiare pentru diferențe;

j) opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward pe rata dobânzii și orice alte contracte derivate în legătură cu variabile climatice, navlu, aprobări pentru emisii de substanțe sau rate ale inflației ori alți indicatori economici oficiali, care trebuie decontate în fonduri bănești sau pot fi astfel decontate la cererea uneia dintre părți (altfel decât în caz de neplată sau de alt incident care conduce la reziliere), precum și orice alte contracte derivate în legătură cu active, drepturi, obligații, indici sau indicatori, neincluse în prezenta definiție, care prezintă caracteristicile altor instrumente financiare derivate, ținându-se seama, printre altele, dacă sunt tranzacționate pe o piață reglementată sau în cadrul sistemelor alternative de tranzacționare și sunt compensate și decontate prin intermediul unor case de compensare recunoscute sau fac obiectul unor apeluri în marjă în mod regulat.

și tipuri de participanți, a fost înființată *European Securities and Markets Authority* – ESMA¹, autoritate care a început să funcționeze (cu rezultate remarcabile deja) de la 1 ianuarie 2011. ESMA este parte componentă a unui sistem european de autorități menite să asigure aplicarea unor norme unitare, omogene și egale entităților din statele membre.

ESMA are ca obiectiv creșterea siguranței, transparenței și a gradului de încredere în piața de capital sub toate aspectele sale, inclusiv reglementarea diverselor relații și raporturi juridice care pot apărea atât între persoane fizice cât și între acestea și persoane juridice sau între persoane juridice în mod exclusiv, atât între profesioniști cât și între aceștia și cei neprofesioniști.

Domeniul larg de reglementare pe care îl acoperă atât ESMA cât și omologul sau mai mic și național – CNVM – impune o abordare limitată și fragmentată a ceea ce înseamnă relație și raport juridic între părți.

În acest sens, legislația europeană, reprezentată de *Directive 39/2004 on markets in financial instruments* și *Directive 73/2006 implementing Directive EC/39/2004 as regards organisational requirements and operating conditions for investment firms and defined terms for the purposes of that Directive*, consacră la nivelul statelor membre principalele direcții de dezvoltare și orientare a piețelor de capital naționale, fiind impuse acestora termene și condiții în ceea ce privește revizuirea legislației naționale proprii. În acest demers, Parlamentul României a aprobat Legea nr. 297/2004 privind piața de capital – cel mai important izvor de drepturi și obligații pentru toate categoriile de entități și actori ai acestui domeniu, intrată în vigoare la data de 29 iulie 2004. Ulterior, această lege a suferit modificări și completări, ultimele fiind cele din 2012, aduse de Legea nr. 167/2012 pentru modificarea Legii nr. 297/2004 privind piața de capital.

În aplicarea acesteia, și în exercitarea atribuțiilor pe care le-a primit la învestirea sa, Comisia Națională a Valorilor Mobiliare a emis regulamentele corespunzătoare fiecărui titlu, capital sau secțiune, după caz. Regulamentul CNVM nr. 32/2006 privind serviciile de investiții financiare este cel care va sta la baza analizei din această lucrare, care va încerca să prezinte doar o mică parte a acestor aspecte complexe și complementare, care se întrepătrund astfel încât rezultatul final – pierdere pentru o parte și câștig pentru o altă parte, să fie acceptat ca parte a jocului și să nu determine apariția unor conflicte de natură juridică, posibil de soluționat în fața unei instanțe judecătorești.

În acest context, și în piața de capital, contractul reprezintă unul dintre cele mai importante instrumente în ceea ce privește modalitatea efectivă de gestionare a unei relații de afaceri, indiferent de forma pe care o îmbracă acesta și de obiectul său, părțile fiind cele care decid asupra acceptării sau modificării clauzelor specifice, după caz.

2. Cuprins

2.1 Contractul de servicii de investiții financiare – partile

Pentru a exista piața de capital, și respectiv cerere și oferta de instrumente financiare – pe care le vom numi generic „acțiuni” pentru ușurința exprimării, trebuie să existe interesul manifestat de către investitorii și speculatorii dornici să obțină anumite foloase și câștiguri din deținerea și utilizarea acestor acțiuni.

Dat fiind faptul că acest segment al pieței financiare are reglementări stricte și, deci, toate activitățile sunt reglementate și supravegheate de către o autoritate cu atribuții special desemnate – Comisia Națională a Valorilor Mobiliare (CNVM), reiese că cei interesați (vânzătorii și cumpărătorii de acțiuni) trebuie să folosească mecanismele și instrumentele autorizate și acceptate în acest sens de către aceasta.

¹ REGULATION (EU) No 1095/2010 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC

Pentru a se putea întâlni cererea cu oferta de acțiuni la o bursă de valori este indispensabilă prezenta unui „broker” – ca și entitate intermediară în ecuația „vânzător – cumpărător”. Conform normelor europene aplicabile, broker-ul poate fi o societate de servicii de investiții financiare (S.S.I.F.) sau o instituție de credit (o bancă, autorizată să desfășoare activități pe piața de capital). Numai prin intermediul acestor două tipuri de entități, o persoană (fizică sau juridică) care dorește să vândă sau să cumpere acțiuni va putea avea acces la această operațiune cunoscută sub numele de tranzacție cu instrumente financiare pe piața de capital.

Din cele enunțate mai sus, reiese că, pentru a realiza o tranzacție (un contract de vânzare – cumpărare de instrumente financiare), trebuie să existe în mod obligatoriu un intermediar – broker și un client, care să dorească să vândă sau să cumpere acțiuni, respectiv să încheie o tranzacție. Pe lângă aceștia, mai pot exista și alte categorii de profesioniști care ar putea fi implicați în procesul de tranzacționare, cum ar fi consultații de investiții.

Un aspect esențial al pieței de capital se referă la faptul că, teoretic și practic, cumpărătorii și vânzătorii instrumentelor financiare nu se cunosc (cu foarte mici excepții), astfel că, fără existența S.S.I.F., nu se pune problema încheierii tranzacției.

Cele mai importante părți ale unui contract de servicii de investiții financiare sau contract de intermediere¹ sunt societățile de servicii de investiții financiare (sau o instituție de credit cu autorizație pentru a desfășura activități pe piața de capital) și clienții.

2.1.1 Societățile de servicii de investiții financiare (S.S.I.F.)

Intrarea în vigoare a Directivei 39/2004 MIFID și a Directivei 73/2006 emisă în aplicarea anumitor prevederi MIFID a impus în sarcina țărilor membre ale Uniunii Europene, dar și a celor aflate în procesul de aderare și pre-aderare, să își adapteze, armonizeze și actualizeze legislațiile naționale proprii la normele europene care aveau caracter de recomandare.

În sensul directivei și în scopul aplicării aceluși criterii de evaluare, analiză și supraveghere a activității oricărei instituții sau infrastructuri financiare, autoritățile europene au stabilit că activitățile de brokeraj vor putea fi realizate de către „investment firms” – echivalentul „societăților de servicii de investiții financiare” din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, cărora le-a fost definit și obiectul de activitate exclusiv în strânsă legătură cu cerințele privind capitalul și fondurile proprii. Acesta poate fi prestat în anumite condiții în integralitatea lui sau poate fi realizat limitat la anumite activități, în funcție de nivelul de capital.

Pentru a putea funcționa însă, o astfel de societate trebuie constituită și înregistrată în baza Legii nr. 31/1990R privind societățile comerciale, îmbrăcând în mod obligatoriu forma de societate pe acțiuni al cărei capital social este integral vărsat de acționarii care trebuie să îndeplinească anumite condiții de eligibilitate stabilite de autoritatea de reglementare a pieței de capital. În paralel cu procedura înregistrării societății la Oficiul Național al Registrului Comerțului, legea pieței de capital condiționează începutul activității legale a unei S.S.I.F. de emiterea autorizației de funcționare și înscrierea în Registrul Public al CNVM.

În vederea emiterii acestei autorizații, S.S.I.F. trebuie să îndeplinească și să facă dovada îndeplinirii pe toată durata de existență a cerințelor stabilite în secțiunea II a Capitolului II din Legea nr. 297/2004 și care se referă, printre altele, la calificarea, experiența profesională și integritatea administratorilor, conducătorilor, auditorilor și persoanelor din cadrul compartimentului de control intern corespund prevederilor reglementărilor C.N.V.M.; dovada existenței capitalului inițial minim, subscris și integral vărsat în numerar, în funcție de serviciile de investiții financiare ce vor fi prestate; prezentarea planului de afaceri, descrierea structurii organizatorice și a regulilor de ordine internă; prezentarea contractului încheiat cu un auditor financiar, membru al Camerei Auditorilor Financieri

¹ Codul Civil intrat în vigoare la 1 octombrie 2011 arată, la art. 2096, că: „intermedierea este contractul prin care intermediarul se obligă față de client să îl pună în legătură cu un terț în vederea încheierii unui contract”

din România (CAFR) și care îndeplinește criteriile comune stabilite de C.N.V.M. și Camera Auditorilor Financiar din România.

Astfel, în sensul Legii nr. 297/2004, intermediarii reprezintă acele societăți de servicii de investiții financiare autorizate de C.N.V.M., instituții de credit autorizate de Banca Națională a României, în conformitate cu legislația bancară aplicabilă, precum și entități de natura acestora autorizate în state membre sau nemembre să presteze servicii de investiții financiare de natura celor prevăzute la art. 5 din legea menționată. Prin același act normativ, se stabilește că serviciile de investiții financiare privind instrumentele financiare definite de lege pot fi prestate cu titlu profesional numai de intermediarii astfel definiți.

Intermediarii care prestează servicii de investiții financiare în România vor fi înscrși în registrul ținut de C.N.V.M., după cum urmează:

- a) societățile de servicii de investiții financiare 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.

2.1.2 *Clienții – persoane fizice și juridice*

Clienții, în calitate de principali actori ai operațiilor derulate pe piața de capital, beneficiază de un tratament diferit în funcție de mai multe criterii stabilite astfel de către autoritățile europene și enunțate prima dată în cuprinsul celor două directive transpuse în legislația națională.

Începând cu anul 2007, implementarea în practica europeană a reglementărilor MiFID a adus în prim-plan necesitatea clasificării clienților în primul rând după sfera acestora de activitate și putere financiară. Astfel, termenul generic de client – care poate fi persoana fizică sau juridică sau chiar entitate fără personalitate juridică, cuprinde trei mari categorii care sunt esențiale activităților desfășurate pe piața de capital:

- Clienți de retail
- Clienți profesioniști
- Contrapărți eligibile

De regulă, în categoria clienților de retail sunt incluse persoanele fizice, cei care sunt mai puțin inițiați sau familiarizați cu toate produsele complexe care se pot tranzacționa în acest mediu și care, de regulă, dispun de portofolii speculative sau investionale de valori mici (spre medii) și cu diferite grade de risc (scăzut, mediu sau ridicat), în funcție de preferință sau aversiunea pentru un anumit tip de instrument financiar sau spre un anumit gen de operațiuni.

În cazul cel mai frecvent, clienții de retail preferă să tranzacționeze sume reduse (în România, de ex, până la câteva mii de euro) pe care le speculează pe termen scurt prin plasamente în acțiuni. Uneori, clienții de retail ceva mai sofisticati realizează operațiuni simple pe piața instrumentelor financiare derivate sau operațiuni de headging, tranzacționând produse cu un grad de complexitate redus – contracte futures și contracte cu opțiuni.

Celelalte două categorii de clienți – profesioniști și contrapărțile eligibile sunt reprezentate – de regulă de instituții financiare de tipul fondurilor de investiții administrate de societăți de administrare internaționale, societăți de brokeraj (investment firms) internaționale, bănci de investiții sau alte instituții de credit.

Conform prevederilor MiFID – incluse atât în lege cât și în Regulamentul CNVM nr. 32/2006, clientul profesional este clientul care posedă experiența, cunoștințele și capacitatea de a lua decizia investițională și de a evalua riscurile pe care aceasta le implică. Pentru a fi considerat profesional, clientul trebuie să îndeplinească cerințele precizate anterior și să întrunească una sau mai multe din următoarele condiții:

a) să se încadreze în lista entităților care trebuie autorizate sau reglementate să opereze pe piețe financiare.

Lista care a fost stabilită de MiFID și este aplicabilă fiecărui stat membru include toate entitățile autorizate care desfășoară activități de tipul celor menționate: entități autorizate în România sau într-un stat membru conform unei directive europene, entități autorizate sau reglementate în România sau într-un stat membru care nu intră sub incidența unei directive europene și entități autorizate sau reglementate de un stat nemembru:

1. instituții de credit;
2. societăți de servicii de investiții financiare;
3. alte instituții financiare autorizate sau reglementate;
4. societăți de asigurări;
5. organisme de plasament colectiv și societățile de administrare ale acestora;
6. fonduri de pensii și societățile de administrare ale acestora;
7. traderii;
8. alți investitori instituționali.

b) să fie o entitate de tipul unei societăți comerciale care îndeplinește două din următoarele cerințe:

1. bilanț contabil total: 20 000 000 euro
2. cifra de afaceri netă: 40 000 000 euro
3. fonduri proprii: 2 000 000 euro.

c) să fie una dintre entitățile următoare: Guverne naționale sau regionale, instituții publice care administrează datoria publică, bănci centrale, instituții internaționale și supranaționale, ca de exemplu Banca Mondială, Fondul Monetar Internațional, Banca Centrală Europeană, Banca Europeană de Investiții și alte organizații internaționale similare.

d) să se încadreze în categoria de "Alți investitori instituționali" a căror activitate principală o reprezintă investiția în instrumente financiare, inclusiv entități care se ocupă cu securizarea activelor sau cu alte tranzacții financiare

În sensul aceluși reglementari emise de către CNVM, identice cu cele ale MiFID, sunt considerate contrapărți eligibile următoarele entități:

- a) societățile de servicii de investiții financiare, instituțiile de credit și societățile de asigurare;
- b) organismele de plasament colectiv și societățile lor de administrare;
- c) fondurile de pensii și societățile lor de administrare;
- d) alte instituții financiare autorizate sau reglementate conform legislației comunitare sau legilor naționale ale unui stat membru;
- e) persoanele fizice sau juridice ale căror activități principale constau în tranzacționarea în cont propriu a mărfurilor și/sau a instrumentelor financiare derivate având ca suport mărfurile;
- f) traderii;
- g) guvernele naționale și entitățile publice subordonate acestora, inclusiv autoritățile publice care gestionează datoria publică;
- h) băncile centrale și organizațiile transnaționale

Clasificare prezentată mai sus are un rol deosebit de important în ceea ce privește stabilirea tipului de relație contractuală și de afaceri care se va formaliza cu fiecare client în parte precum și în ceea ce privește gradul de protecție și nivelul de compensare asigurate fiecărei categorii de clienți în cazul în care S.S.I.F. tranzacțiilor este afectat în mod direct de anumite evenimente financiare cu impact semnificativ (insolvența, faliment). Totodată, stabilirea corectă a tipului de client care este parte a unui contract de intermediere atrage după sine răspunderea diferentiată a S.S.I.F. în ceea ce privește executarea contractului de intermediere sau de prestări de servicii de investiții financiare.

Astfel, în vederea protejării activelor clienților de retail, fiecare S.S.I.F. are obligația de a participa la constituirea unui fond de compensare a clienților și de a informa în mod corespunzător

fiecare client cu privire la suma maxima pe care o va putea recupera în cazul apariției unei situații care să pună în pericol activele sale aflate în contul S.S.I.F.

Reglementatorul european și cel național au stabilit că, datorita activitatii specifice pe care o desfașoara, coroborată cu nivelul de specializare și risc asumat precum și nivelul de pregătire avansat în domeniul pieței de capital, clienții profesionali și contrapărțile eligibile nu vor beneficia de același grad de protecție a investițiilor în cazul în care S.S.I.F. prin care sunt realizate este afectat în mod semnificativ.

Datorită acestui fapt, contractele de intermediere sau de prestare a serviciilor de investiții financiare sunt structurate și conțin clauze al căror conținut este diferit de cel al contractelor încheiate cu clienții de retail.

De asemenea, unele clauze contractuale obligatorii în contractele încheiate cu clienții de retail lipsesc în contractele încheiate cu ultimele două categorii de clienți, în cazul în care aceste contracte se încheie, deoarece practica și cadrul legal permite manifestarea consimțământului și acceptarea termenilor și condițiilor de derulare a afacerii fără ca acestea să se formalizeze printr-o semnătură a unui reprezentant legal înainte de începerea operațiunilor de tranzacționare.

Valabilitatea obligațiilor și drepturilor care cad în sarcina părților – S.S.I.F. și client profesional – decurge în mod firesc și fără niciun fel de impediment din simpla manifestare a interesului de a accepta termenii contractuali prin transmiterea unei instrucțiuni de tranzacționare și/sau prin plasarea unei sume în numerar într-unul din conturile indicate de intermediar pentru desfășurarea de tranzacții pe o anumită piață (indiferent de forma sau denumirea acesteia, sub condiția de a fi inclusă în prevederile MiFID).

În acest context, se prezuma ca un client profesional sau contraparte eligibilă are și cunoștințele profesionale necesare în a-și stabili riscul pe care poate să și-l asume și să-l suporte dar are și capacitatea financiară de a gestiona un asemenea risc, pe care îl identifică și îl gestionează utilizând modele profesionale și adecvate fiecărei strategii investitoriale stabilite, fapt care nu se poate regăsi în cazul unui client de retail pe care legiuitorul european, și implicit cel național, a ales să îl protejeze și să îi faciliteze, pe de o parte, accesul la o informație mai largă și cu un nivel de înțelegere accesibil iar pe de altă parte, să impună anumite cerințe și obligații în sarcina intermediarilor (firmelor de investiții) tocmai pentru a se asigura că această categorie de clienți este protejată sub aspectul riscului asumat.

Oricare ar fi tipul de client care intră în relație contractuală cu S.S.I.F., acesta sau reprezentanțul său legal trebuie să aibă capacitate deplină de exercițiu pentru a-și asuma pe deplin conținutul drepturilor și obligațiilor.

2.2 Condiții prealabile contractului de servicii de investiții financiare

Inițierea unei relații de afaceri pe piața de capital implică parcurgerea unor obligații urmare implementării Directivei menționate anterior. În acest sens este foarte important ca cei care se decid, la un moment dat, să realizeze anumite operațiuni prin intermediul unei societăți de servicii de investiții financiare să înțeleagă cât mai mult din riscurile pe care urmează să și le asume precum și drepturile și obligațiile pe care le incumbă o astfel de activitate.

Totodată, parcurgerea cu deplină diligență profesională și cu maximă seriozitate a tuturor etapelor preliminare de către societatea de servicii financiare – prin personalul său autorizat în acest sens – va putea permite acesteia să ofere clienței cele mai bune produse în raport cu posibilitățile reale și cunoștințele pe care viitorii investitori le au. De asemenea, în această etapă, se realizează cunoașterea efectivă a celor care urmează să devină clienți, prin aplicarea unor metode, proceduri și politici specifice cunoscute sub numele „*know you customer policy*”.

Cel mai important moment prealabil încheierii contractului de servicii de investiții financiare este reprezentat de completarea și semnarea de către client, în prezența unui angajat al S.S.I.F., a

cererii de deschidere de cont și a documentului de confirmare a primirii informațiilor despre companie, despre serviciile și produsele pe care aceasta le oferă, despre riscurile asociate fiecărui serviciu și produs, despre politica de executare a ordinelor de tranzacționare precum și alte avertismente importante pentru client.

2.2.1. Cererea de deschidere de cont

Reglementată atât de directivele MiFID cât și de Regulamentul CNVM nr. 32/2006, cererea de deschidere de cont reprezintă primul document pe care îl semnează clientul în relația cu S.S.I.F., și cuprinde în mod obligatoriu următoarele elemente:

- a) datele de identificare a clientului persoană fizică sau juridică, după caz;
- b) informații privind profilul clientului, care se vor referi la: încadrarea sau nu în categoria clienților profesioniști, pregătirea profesională, estimarea valorii investiției, nivelul riscului pe care dorește să și-l asume (ridicat, mediu, scăzut) și informațiile necesare cu privire la cunoștințele și experiența sa în domeniul investițiilor financiare specifice tipului instrumentului financiar sau serviciului de investiții, situația financiară a acestuia și obiectivele investiționale, astfel încât societatea să fie în măsură să recomande respectivului client sau potențial client serviciile de investiții și instrumentele financiare care sunt potrivite acestuia, atunci când oferă consultanța sau alte servicii de investiții financiare.

În cazul în care S.S.I.F. consideră, pe baza informațiilor primite, că instrumentul financiar și serviciul de investiții financiare solicitat nu sunt potrivite pentru client sau potențialul client, aceasta va avertiza în acest sens respective persoana fizică sau juridică.

Legea stabilește și modalitățile de soluționare în situația în care clientul sau potențialul client refuză furnizarea informațiilor solicitate de S.S.I.F. și menționate anterior sau în cazul în care acesta furnizează informații insuficiente cu privire la cunoștințele și experiența investițională: S.S.I.F. are obligația de a avertiza respectivul client sau potențial client că refuzul acestuia de a furniza informații complete va conduce la imposibilitatea societății de a stabili dacă instrumentul financiar sau serviciul de investiții avut în vedere este adecvat acestuia.

- c) deținerile de valori mobiliare mai mari sau egale cu 5%, valoarea tranzacțiilor cu instrumente financiare și deținerile de poziții deschise prin intermediul altui intermediar, dacă este cazul;
- d) numele și funcția salariatului/agentului cu care clientul va ține legătura;
- e) semnătura clientului, a persoanei autorizate din partea S.S.I.F. și ștampila societății;
- f) împuternicirea pentru persoana care transmite ordine dacă aceasta nu este reprezentantul legal al clientului persoană juridică, după caz;

Ca anexă la documentele încheiate cu clientul, se va atașa în mod obligatoriu copia documentului de identitate sau a certificatului de înregistrare la oficiul registrului comerțului sau la instituția similară din statul de origine, după caz, pentru a realiza identificarea partilor care urmează a încheia contractul.

Textul reglementărilor aplicabile contractului de intermediere a serviciilor pe piața de capital stabilește ca toate documentele care sunt încheiate în sprijinul și în legătura cu prestarea de servicii în acest domeniu trebuie să conțină un minim de informație stabilită prin reglementări și să fie semnate de persoane care au calitatea necesară.

În acest sens, pe lângă reprezentanții legali ai S.S.I.F. – care în reglementările emise de CNVM poartă denumirea de „conducători” și trebuie să îndeplinească mai multe condiții de eligibilitate pentru a fi validați în această calitate (ei fiind în fapt directorul general și directorul general adjunct sau executiv, care asigură continuitatea zilnică a activităților societății așa cum prevede cerințele legale) – un rol important în relația cu clienții îl au agenții de servicii de investiții

financiare așa cum sunt reglementați de Regulamentul CNVM nr. 32/2006, cu ultimele modificări aplicabile acestei categorii de personal angajat al S.S.I.F., emise de autoritate în decembrie 2012¹. Aceștia, deși nu au calitatea de a reprezenta S.S.I.F. în relația cu terții în ceea ce privește asumarea de obligații și de drepturi în sarcina acesteia, pot reprezenta interesele acesteia în relația expresă cu clientii cărora le „procesează” documentele necesare deschiderii unui cont de tranzacționare, în vederea operationalizării și eficientizării relației ulterioare cu aceștia precum și în scopul promovării serviciilor și produselor societății, fără însă a furniza servicii de consultanță de investiții.

Ca regulă, agenții pentru servicii de investiții financiare (A.S.I.F.) sunt persoane fizice care își desfășoară activitatea exclusiv în numele S.S.I.F. ai cărui angajați sunt și nu pot presta servicii de investiții financiare în nume propriu. În vederea exercitării atribuțiilor și sarcinilor de serviciu, ei trebuie autorizați de către CNVM, ulterior începerii raporturilor de muncă cu o S.S.I.F. – angajatoare, pe baza unor criterii și cerințe expres precizate în cuprinsul reglementărilor aplicabile.

Încetarea raporturilor contractuale sau schimbarea încadrării în muncă atrage după sine retragerea autorizației de către CNVM la cererea S.S.I.F., într-un termen expres prevăzut de lege cu îndeplinirea formalităților legale. Retragerea autorizației unui A.S.I.F. se poate realiza și ca sancțiune aplicată de către CNVM, complementară altor sancțiuni contravenționale constatate de autoritatea pieței de capital.

În temeiul aceluși reglementari, agenții de servicii de investiții financiare au capacitatea legală de a semna în numele societății anumite documente care însă nu reglementează anumite raporturi juridice și nu implică asumarea de către societate a unor obligații ei, mai degrabă, fac dovada că societatea, prin intermediul lor, și-a îndeplinit o anumită obligație formală care rezultă din aplicarea directă a legii.

Raportat la cele precizate mai sus, semnatura A.S.I.F. pe formularul cererii de deschidere de cont nu are valoare juridică intrinsecă ci atestă faptul că respectivul formular a fost întocmit în fața (sau cu știința) unui angajat al respectivei S.S.I.F. care, teoretic, va menține ulterior legătura cu respectivul client² (dat fiind faptul că un exemplar al întregii documentații de deschidere de cont va fi remis acestuia). Totodată, este o dovadă a faptului că identificarea clientului a fost realizată de către o persoană care are calitatea necesară.

Pe lângă indicarea numelui persoanei care va asigura relaționarea ulterioară cu respectivul client, cererea de deschidere de cont va purta și semnatura persoanei autorizate din partea S.S.I.F. precum și ștampila societății dar și semnatura, numele și prenumele clientului în cauză. Persoana autorizată din partea societății poate fi atât reprezentantul legal al acesteia sau oricare angajat dacă acestuia i s-a delegat anumite competențe în acest sens de către Consiliul de Administrație sau de către conducerea executivă.

Un caz mai special în această fază preliminară a stabilirii raportului juridic între client și S.S.I.F. îl reprezintă situația în care clientul care dorește deschiderea unui cont de tranzacționare nu se prezintă personal ci prin împuternicit. În această ipoteză, se impune precizarea că numai în cazul persoanelor juridice este permisă această posibilitate, respectiv numai reprezentantul legal poate să încheie acte care să atragă răspunderea legală unei entități cu sau fără personalitate juridică, de drept privat (de cele mai multe ori) sau de drept public.

În acest caz, reprezentantul legal al entității – client persoana juridică – va face atât dovada calității sale în ceea ce privește dreptul de reprezentare a entității respective cât și dovada identității sale ca persoană fizică.

Calitatea de reprezentant legal – în relația cu S.S.I.F. – se probează prin prezentarea în fața ASIF și reținerea în copie de către S.S.I.F. a unui extras emis de Oficiului Național al Registrului

¹ Dispunerea de măsuri a CNVM nr. 21/2012 referitoare la agenții pentru servicii de investiții financiare și agenții delegați, persoane fizice

² Cerința este menționată în mod expres în Regulamentul CNVM nr. 32/2006, la art. 113 alin. 1 lit. e.

Comertului care sa ateste informatiile respective precum si o copie a actului de identitate corespunzator. In cazul entităților fara personalitate juridica, se impune prezentarea in original si in copie (conforma cu originalul) a actelor constitutive si a ultimelor hotărâri ale organelor statutare care confera drept de reprezentare acelei persoane juridice.

Exista, însă, si situatia in care reprezentantul legal al unei persoane juridice să nu se poata prezenta personal să incheie si sa semneze toate documentele necesare deschiderii contului de tranzactionare astfel că va desemna o alta persoana care sa aibe acest drept. Mandatul pe care il primeste o alta persoana – de a reprezenta interesele unei entități cu personalitate juridica – imbraca forma unui mandat cu reprezentare si stabilește in mod expres intinderea si tipul activitatilor pe care mandatarul are dreptul sa le realizeze in numele mandantului, unde cel din urma reprezinta inșeși persoana juridica. Aceste mandate trebuie sa imbrace in mod obligatoriu forma ceruta de lege pentru validitate si vor cuprinde inclusiv mentiuni cu privire la împuternicirea pentru persoana care transmite ordine, dacă aceasta nu este reprezentantul legal al clientului persoană juridică. Înscrișul care constata mandatul cu reprezentare se prezinta sub forma unei procuri în forma autentica.

In cazul in care entitatea reprezentata are o altă nationalitate decat cea româna, sau sediul legal al acesteia se afla intr-o alta jurisdictie decat Romania, va prezenta documentele care sa ateste identitatea reprezentantului legal si/sau al imputernicitului acestuia in forma ceruta de autoritatile române¹, respectiv va retine in copie (certificata, daca este cazul) documentele prezentate de clientul persoană juridică sau entitate fără personalitate juridică și prevăzute de Regulamentul CNVM nr. 32/2006 coroborat cu Regulamentul CNVM nr. 5/2008 privind instituirea măsurilor de prevenire și combatere a spălării banilor și a finanțării actelor de terorism prin intermediul pieței de capital, ambele cu modificările și completările ulterioare.

In considerarea prevederilor referitoare la prevenirea și combaterea spălării banilor, S.S.I.F. va lua măsuri de identificare a persoanele fizice care intenționează să acționeze în numele clientului, persoană juridică sau entitate fără personalitate juridică, potrivit reglementarilor referitoare la identificarea persoanelor fizice și va analiza documentele în baza cărora persoanele sunt mandatate să acționeze în numele persoanei juridice.

Documentele, prezentate de clientul persoană juridică sau entitate fără personalitate juridică, vor include traducerea legalizată în limba română în cazul în care documentele originale sunt întocmite în altă limbă.

2.2.2. Informarea clientelei cu privire la riscurile asumate si serviciile oferite

Un element foarte important in relatia cu clientii, si indeosebi cu cei de retail, este reprezentat de nivelul riscului pe care acestia sunt dispusi să si-l asume. Un risc mai ridicat atrage dupa sine șanse de câștig mai mari dar, in acelasi timp, si șanse de pierdere la fel de mari.

Cerintele MiFID in ceea ce priveste protectia clientilor de retail stabileste ca un intermediar – o firma de investitii sau institutie de credit – are obligatia de a informa in prealabil fiecare client cu privire la riscurile specifice si riscurile generale care sunt asociate sectorului de activitate in care acesta se decide sa investească.

Informarea clientului cu privire la aceste riscuri scade potentială răspundere viitoare a S.S.I.F. in cazul in care portofoliul clientului va fi afectat de pierdere. Legislația și practica europeană au stabilit ca toate instructiunile emanand de la client vor cuprinde toate (sau cel putin cele mai importante si semnificative) informatiile necesare executarii unei operatiuni fara a implica vreo decizie din partea intermdiarului, diminuând in acest fel raspunderea acestuia in ceea ce priveste modalitatea efectiva de realizare a obiectului contractului.

¹ Regulamentul CNVM nr. 5/2008 privind spalarea banilor cu modificiarile si completarile ulterioare

În stabilirea inclinației spre risc a clientului, fiecare intermediar are obligația de a realiza anumite profile investitoriale, cu acordul și cooperarea clientului, acesta din urmă având obligația de a răspunde unor chestionare cu un conținut specific și dedicat sectorului financiar.

În cazul în care clientul refuză să răspundă la aceste chestionare sau răspunsurile oferite nu sunt în concordanță cu realitatea, acesta poartă întreaga răspundere care ar putea rezulta din realizarea defectuoasă a contractului în sensul în care, apreciind în mod eronat profilul clientului, S.S.I.F. ar putea recomanda acestuia produse și servicii pe care clientul să nu le poată înțelege și gestiona în mod corespunzător.

Această etapă preliminară stabilește în fapt una dintre modalitățile prin care S.S.I.F. este exonerată de răspundere în cazul în care clientul realizează operațiuni (mai complexe și) care determină pierderea în portofoliul propriu.

În aceste condiții, se poate aprecia faptul că, în lipsa unei informații complete sau corecte (din culpa S.S.I.F.), clientul poate fi indus în eroare în momentul semnării contractului de intermediere, acesta putând invoca în favoarea sa viciul de consimțământ, respectiv eroarea sau dolul, după caz.

2.2.3. Documentul de prezentare

Un document cu totul aparte în relația dintre un potențial client și S.S.I.F. îl reprezintă „documentul de prezentare” al cărui conținut, deși nu creează drepturi și obligații în sarcina niciunei părți, cuprinde în linii mari elementele unui posibil viitor contract.

ESMA și CNVM au ales să stabilească în sarcina S.S.I.F. obligația de a prezenta clientului de retail acest document cu rol informativ pentru a-l familiariza cu domeniul în care urmează să activeze, pentru a cunoaște legea aplicabilă acestuia (în sens larg) dar și specificitățile, riscurile și implicațiile pe care o decizie financiară la poate avea (în sens restrâns), tocmai pentru a nu se putea invoca necunoșterea legii sau a caracterului prea complex și prea specializat al acesteia.

Documentul de prezentare cuprinde, pe lângă datele care identifică fiecare S.S.I.F., numele și calitatea persoanelor care sunt autorizate în numele acestei societăți de către CNVM – deoarece numai acestea vor putea să ducă la îndeplinire contractul și numai acestea vor fi răspunzătoare (cel puțin în prima fază) de modul de executare a acestuia. O astfel de cerință este prevăzută și în Codul Civil, dacă avem în vedere faptul că ne aflăm în prezența unui contract de intermediere. Astfel, art. 2100 prevede obligația de informare a clientului cu privire la „avantajele și oportunitatea încheierii contractului intermedial”.

Trebuie precizat că, pe lângă „conducători” S.S.I.F., mai există și alte categorii de angajați care pot să răspundă pentru anumite activități realizate în relațiile cu terții – clienți, cum ar fi agenții delegați sau reprezentanții compartimentului de control intern, însă un rol deosebit de important îl au agenții de servicii de investiții financiare – A.S.I.F. – persoane autorizate de CNVM conform unor cerințe specifice privind pregătirea profesională și nivelul de educație școlară.

2.3 Contractul de servicii de investiții financiare – obiectul

Serviciile de investiții financiare care pot fi prestate de o societate de investiții financiare, conform Legii 297/2004 privind piața de capital, cu modificările și completările ulterioare sunt:

1. servicii și activități de investiții:

- a) preluarea și transmiterea ordinelor privind unul sau mai multe instrumente financiare;
- b) executarea ordinelor în numele clienților;
- c) tranzacționarea pe cont propriu;
- d) administrarea portofoliilor;
- e) consultanță de investiții;

f) subscrierea de instrumente financiare și/sau plasamentul de instrumente financiare în baza unui angajament ferm;

- g) plasamentul de instrumente financiare fără un angajament ferm;
- h) administrarea unui sistem alternativ de tranzacționare;

2. servicii conexe:

a) păstrarea în siguranță și administrarea instrumentelor financiare în contul clienților, inclusiv custodia și servicii în legătură cu acestea, cum ar fi administrarea fondurilor sau garanțiilor;

b) acordarea de credite sau împrumuturi unui investitor, pentru a-i permite acestuia efectuarea unei tranzacții cu unul sau mai multe instrumente financiare, în cazul în care firma care acordă creditul sau împrumutul este implicată în tranzacție;

c) consultanță acordată entităților cu privire la structura capitalului, strategia industrială și aspectele conexe acesteia, precum și consultanță și servicii privind fuziunile și achizițiile unor entități;

d) servicii de schimb valutar în legătură cu activitățile de servicii de investiții prestate;

e) cercetare pentru investiții și analiză financiară sau alte forme de recomandare generală referitoare la tranzacțiile cu instrumente financiare;

f) servicii în legătură cu subscrierea în baza unui angajament ferm;

g) serviciile și activitățile de investiții, precum și serviciile conexe de tipul celor prevăzute la pct.1 și 2 lit. a) - f) legate de activul suport al următoarelor instrumente derivate, în cazul în care acestea sunt în legătură cu prevederile privind serviciile de investiții și conexe:

g¹) opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward pe rata dobânzii și orice alte contracte derivate în legătură cu mărfuri care trebuie decontate în fonduri bănești sau pot fi decontate în fonduri bănești la cererea uneia dintre părți (altfel decât în caz de neplată sau de alt incident care conduce la reziliere);

g²) opțiuni, contracte futures, swap-uri și alte contracte derivate în legătură cu mărfuri și care pot fi decontate fizic, cu condiția să fie tranzacționate pe o piață reglementată și/sau în cadrul unui sistem alternativ de tranzacționare;

g³) opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward și orice alte contracte derivate în legătură cu mărfuri, care pot fi decontate fizic, neincluse în categoria celor de la lit. g²) și neavând scopuri comerciale, care au caracteristicile altor instrumente financiare derivate, ținându-se seama, printre altele, dacă sunt compensate și decontate prin intermediul unor case de compensare recunoscute sau sunt subiect al apelurilor în marjă în mod regulat;

g⁴) opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward pe rata dobânzii și orice alte contracte derivate în legătură cu variabile climatice, navlu, aprobări pentru emisii de substanțe sau rate ale inflației ori alți indicatori economici oficiali, care trebuie decontate în fonduri bănești sau pot fi astfel decontate la cererea uneia dintre părți (altfel decât în caz de neplată sau de alt incident care conduce la reziliere), precum și orice alte contracte derivate în legătură cu active, drepturi, obligații, indici sau indicatori, neincluse în prezenta definiție, care prezintă caracteristicile altor instrumente financiare derivate, ținându-se seama, printre altele, dacă sunt tranzacționate pe o piață reglementată sau în cadrul sistemelor alternative de tranzacționare și sunt compensate și decontate prin intermediul unor case de compensare recunoscute sau fac obiectul unor apeluri în marjă în mod regulat.

Pentru a putea desfășura tot obiectul de activitate, S.S.I.F. trebuie în mod obligatoriu să dețină suficiente resurse financiare și o structură organizatorică adecvată cu natura și întinderea activității curente, complexitatea acestor activități determinând necesitatea implementării unor măsuri potrivite de managementul riscurilor specifice dar și a celor operaționale.

Limita minimă a capitalului inițial detinut de o S.S.I.F. este de 50.000 de euro, suma care este actualizată permanent în concordanță cu reglementările privind adecvarea capitalului la riscuri, emise de către CNVM în comun cu Banca Națională a României în aplicarea directivelor specifice (*CRD – capital requirements directives*) și trebuie menținută pe întreaga durată de funcționare a societății. În cazul în care, din diferite motive, aceasta scade sub plafonul stabilit de legiuitor, societatea are obligația de a-și schimba obiectul de activitate, încheind practic funcționarea pe piața de capital, sau de a se lichida.

În baza acestui capital de 50.000 de euro (care în fapt este o însumare a capitalului social, a fondurilor proprii precum și a altor elemente de activ, ponderate în funcție de anumite riscuri care le afectează în mod inerent valoarea), S.S.I.F. poate desfășura doar următoarele activități:

- a) preluarea și transmiterea ordinelor privind unul sau mai multe instrumente financiare;
- b) executarea ordinelor în numele clienților
- c) administrarea portofoliilor;

Totodată, S.S.I.F. nu poate deține fondurile și/sau instrumentele financiare aparținând investitorilor, nu poate să tranzacționeze instrumente financiare pe cont propriu și nu poate subscrie în cadrul emisiunilor de valori mobiliare în baza unui angajament ferm.

O limită intermediară este situată la valoarea de 125.000 euro, care permite S.S.I.F. o ușoară diversificare a activităților prestate în sensul că va putea realiza operațiuni de custodie a instrumentelor financiare și acordare de împrumuturi pentru tranzacționarea acestora însă nu va putea tranzacționa instrumente financiare pe cont propriu și nu va putea subscrie în cadrul emisiunilor de valori mobiliare în baza unui angajament ferm.

În vederea oferirii unei game complete de servicii și produse clienților interesați, indiferent de mărimea și complexitatea acestora, S.S.I.F. trebuie să dețină un capital de cel puțin 730.000 euro¹.

Condiția îndeplinirii cerințelor privind resursele financiare este îndeaproape secondată de cea privind necesitatea existenței unei soluții alternative viabile pentru cazul în care acest capital scade sub valoarea stabilită prin lege. Astfel, în cazul în care S.S.I.F. nu mai deține suficiente resurse financiare, autoritatea de supraveghere – CNVM – pe baza monitorizărilor periodice și continue, poate impune măsuri de reducere a activității, de suspendare a acesteia sau poate acorda o „*perioada de gratie*” societății în vederea majorării capitalului, conform legii.

Importanța prezentării clasificării obiectului de activitate autorizat pentru fiecare nivel al capitalului inițial al S.S.I.F. (și nu neapărat capital social) rezidă în faptul că exclusiv în funcție de aceste criterii se poate stabili și obiectul fiecărui contract de intermediere încheiat de fiecare S.S.I.F. cu clienții săi. În cazul în care o societate de servicii de investiții financiare desfășoară activități care exced obiectului de activitate autorizat, va putea fi sancționată de către CNVM, sancțiunea putând ajunge până la retragerea autorizației de funcționare pe piața de capital și interzicerea unor drepturi persoanelor care se fac responsabile de aceste fapte. Serviciile oferite – și implicit obiectul contractului, drepturile și obligațiile părților – sunt mult mai diversificate și mai complexe pe măsura ce capitalul inițial al S.S.I.F. este mai mare, fapt care influențează și tipul clienților – retail sau profesioniști și contrapărți eligibile.

Pe lângă respectarea cu strictețe a cerințelor privind capitalul inițial, pentru ducerea la îndeplinire a obiectului de activitate, S.S.I.F. este obligată să dețină diferite calități, pe baza îndeplinirii unor cerințe și condiții prestabilite – care să îi permită realizarea în fapt a respectivelor activități. Astfel, la rândul său S.S.I.F. devine parte a unor contracte specializate prin care își asumă obligații specifice și exclusiv în legătură cu serviciile furnizate clienților – de cele mai multe ori. În acest sens, de exemplu, S.S.I.F. trebuie să fie autorizată ca:

a) membru compensator individual în cadrul unei case de compensare/contraparte centrală², pentru a realiza următoarele activități:

-negocierea cererilor și a ofertelor și încheierea tranzacțiilor în legătură cu instrumentele financiare derivate;

¹ echivalentul în lei la cursul BNR în fiecare luna de raportare la CNVM a situației privind capitalul

² **Casa de compensare** este o entitate responsabilă de calcularea pozițiilor nete ale intermediarilor, ale unei posibile contrapărți centrale și/sau ale unui posibil agent de decontare. (Legea nr. 297/2004 art. 157 alin. 2)

Contrapartea centrală este o entitate care se interpune între intermediarii din sistem și care acționează ca o contraparte exclusivă a acestora, în ceea ce privește ordinele lor de transfer. (Legea nr. 297/2004 art. 157 alin. 2)

-gestiunea sumelor, valorilor și bunurilor depuse pentru garantarea tranzacțiilor încheiate și plata obligațiilor.

b) ca agent custode – participant la sistemul de compensare decontare și registru al unui depozitar central pentru a putea presta următoarele activități :

- deschiderea și administrarea conturilor de instrumente financiare și/sau numerar
- pastrarea în custodie a instrumentelor financiare
- tinerea evidentei instrumentelor financiare din portofoliu în conformitate cu instrucțiunile primite de la client;
- transferul de instrumente financiare fără schimbarea proprietății;
- înregistrarea transferului dreptului de proprietate asupra instrumentelor financiare ca urmare a decontării tranzacțiilor
- compensarea și decontarea tranzacțiilor cu Instrumente financiare
- executarea/operarea evenimentelor corporative pentru clienți
- alte operațiuni în legătură cu activitatea de custodie.

Toate aceste operațiuni pe care le realizează o societate de servicii de investiții financiare determină drepturi și obligații și în sarcina clienților, altele decât cele prevăzute în mod explicit de reglementările aplicabile în mod direct. În aceste cazuri, devin surse de drepturi și obligații pentru clienții unei S.S.I.F. înseși contractele pe care aceasta le încheie cu alte entități reglementate, impunând la rândul lor clauze specifice în contractele de intermediere, asociate activităților mai sus rubricate.

2.4 Contractul de servicii de investiții financiare – clauze specifice și obligatorii

Ne vom referi în cele ce urmează la relația dintre S.S.I.F. și clienții de retail deoarece legiuitorul a dorit să reglementeze foarte exact acest raport juridic, date fiind consecințele deosebite care decurg sau care ar putea să apară din executarea lui, din executarea necorespunzătoare sau din încălcarea vreunei prevederi contractuale. Contractul de intermediere sau de prestări de servicii de investiții financiare – cele mai des utilizate denumiri – este încheiat pe baza următoarelor premise:

- clientul este identificat la momentul deschiderii contului (fie personal, fie împuternicitul/reprezentantul acestuia)
- executarea contractului, respectiv a tranzacțiilor cu instrumente financiare, se efectuează de către S.S.I.F. prin intermediul unui agent de servicii de investiții financiare, caz în care acesta preia instrucțiunile de la client și le direcționează spre o platformă de tranzacționare în vederea executării ordinului și nu sunt plasate de către client direct spre o astfel de platformă (acest tip de tranzacționare presupune colaborarea și intervenția ASIF în procesul de executare a unui ordin)
- instrucțiunile de tranzacționare sunt transmise S.S.I.F. fie în mod direct – la sediul S.S.I.F. și, fie prin telefon – caz în care respectivele convorbiri vor fi înregistrate, fie prin intermediul e-mailului, care se vor supune unor condiții speciale prevăzute în legislație

Pentru executarea oricărui contract sau oricărui fel de înțelegere între părți, respectiv pentru transmiterea și plasarea spre executie a instrucțiunilor primite de la clienți, o „societate de servicii de investiții financiare va presta servicii de investiții financiare în numele și pe contul clienților numai în baza unui contract în formă scrisă, pe suport de hârtie sau pe alt suport durabil”, care va conține drepturile și obligațiile S.S.I.F. și ale clientului și care se va referi la cel puțin următoarele:

i. serviciile de investiții financiare ce vor fi prestate și tipul instrumentelor financiare ce vor fi tranzacționate;

În ceea ce privește serviciile care pot fi prestate, S.S.I.F. este obligată să indice foarte clar care sunt acele activități pentru care este autorizată de către CNVM și pe care le poate realiza în limita capitalului inițial.

Astfel, S.S.I.F. prestează în beneficiul clientului servicii de investiții financiare constând în preluarea și executarea ordinelor și instrucțiunilor primite de la acesta, în legătura cu valorile mobiliare/instrumentele financiare tranzactionate pe piete reglementate din România (Bursa de Valori București, Sibex etc.) și/sau piete reglementate/sisteme alternative de tranzactionare din țări membre ale Uniunii Europene sau alte state, precum și alte servicii principale și conexe pe care S.S.I.F. este autorizat să le presteze, inclusiv dar fără a se limita la păstrarea în siguranță și administrarea instrumentelor financiare în contul clienților, cuprinzând custodia precum și alte servicii în legătură cu acestea, servicii de schimb valutar în legătură cu activitățile de servicii de investiții prestate, servicii și activități de investiții principale și conexe legate de activul suport al instrumentelor derivate, definite și reglementate conform legislației în vigoare.

Înca din conținutul obiectului contractului se pune accentul pe pietele pe care se pot executa ordinele și instrucțiunile clientului precum și pe tipurile de instrumente financiare pentru care se pot primi aceste instrucțiuni pentru că, în cazul în care acest lucru nu este precizat în mod expres și, prin autorizația sau posibilitățile tehnice și operationale, S.S.I.F. nu are acces la *trading venues* adecvate, poate induce clientul în eroare cu privire la posibilitățile de tranzactionare și serviciile oferite de intermediar, fiind în dezacord cu practicile și cerințele legate de „best execution policy” – politica celei mai bune execuții.

La fel se întâmplă și în cazul în care, deși are acces la mai multe locuri de tranzactionare, S.S.I.F. nu precizează care sunt cele pe care le oferă spre accesibilitate clientului, asumându-și obligația de a asigura cea mai bună execuție a ordinelor și instrucțiunilor primite de la fiecare client, de fiecare dată. Răspunderea alegerii unui loc de tranzactionare – și implicit a prețurilor și costurilor asociate fiecărei tranzacții – revine în acest caz S.S.I.F. și nu clientului.

ii. durata contractului, modul în care contractul poate fi reînnoit, modificat și/sau reziliat;

De regulă, contractele de prestări de servicii de investiții financiare intra în vigoare la data semnării lor în original de către ambele părți și se încheie pe perioadă nedeterminată dar nu mai puțin de 30 zile. Un caz special îl reprezintă contractul la distanță, încheiat tot cu clienții de retail, care cuprinde anumite clauze specifice și neaplicabile unui contract normal.

iii. drepturile și obligațiile părților, precum și alți termeni în care societatea va furniza clientului servicii de investiții financiare. Drepturile și obligațiile părților contractului pot fi inserate prin referire la alte documente sau texte legale;

Conform practicii de piață românească, toate drepturile și obligațiile S.S.I.F. sunt prevăzute în contractul de intermediere astfel încât clientul este pus în fața unui document cuprinzând termeni și expresii străine de pregătire sau profesională. De cele mai multe ori (ca regulă) acesta nu este supus negocierii astfel că nu pot fi modificate, introduse sau eliminate anumite clauze, obligații sau alte prevederi care determină raporturi juridice între părți. În acest sens, se poate aprecia că acest tip de contract de intermediere îmbracă forma unui contract de adeziune.

Pe de altă parte, pentru a nu pune în fața clientului un document mult prea complex și cu o întindere prea mare, legiuitorul a dat posibilitatea S.S.I.F. să cuprindă anumite drepturi și obligații în alte documente - atunci când respectivele drepturi și obligații nu au un impact major asupra derulării efective a contractului, sub condiția de a face referire în contract la respectivele documente.

Drepturile și obligațiile pe care le are un S.S.I.F. în executarea contractului încheiat cu un client se referă, în general, la următoarele:

1. Obligația de alimentare a contului de numerar al clientului cu sumele care i se cuvin acestuia și dreptul de retragere din contul clientului a sumelor necesare efectuării plăților datorate de către client, în condițiile prevăzute fie în contract (la alte articole sau în cuprinsul aceluiași articol fie în alte documente care completează contractual și la care se poate face referire).

2. Obligația de informarea/notificarea clientului în forma convenită de părți asupra confirmării executării ordinului de tranzactionare cel mai târziu în ziua următoare executării acestuia.

În cazul în care Clientul folosește un custode, aceasta va trimite atât clientului cât și custodelui o confirmare a executării ordinului de tranzacționare.

3. Obligația de remitere/transmitere Clientului, în prima săptămână a fiecărei luni calendaristice, a "Extrasului de cont" cuprinzând situația detaliată a contului de numerar, respectiv a contului de instrumente financiare, urmare a tranzacțiilor efectuate în luna precedentă.

În plus și în funcție de tipul serviciilor financiare prestate acestuia, S.S.I.F. mai are obligația de a furniza clientului rapoarte adecvate cu privire la serviciile prestate și, acolo unde se aplică, costurile asociate tranzacțiilor și serviciilor efectuate în numele clientului, într-un termen rezonabil (de regulă, în aprox. 15 zile lucrătoare) după încheierea perioadei de raportare.

4. Dreptul S.S.I.F. de a presta servicii de schimb valutar sub condiția ca clientul (mai rar se presupune invers) să suporte taxele și comisioanele plătite de S.S.I.F. în legătură cu acest schimb valutar. Clientul poate solicita ca schimbul valutar să fie efectuat la un anumit curs, prin indicarea denumirii instituției de credit/operatorului de schimb valutar agreeat.

5. Obligația S.S.I.F. - în calitate de agent custode, de a păstra în custodie, în numele și în contul individual al clientului, toate instrumentele financiare și alte active ale acestuia, într-o modalitate în care să poată fi ușor identificate, evidențiate, supravegheate și controlate în scopul unei bune gestionări a acestora.

6. În situația în care clientul nu face dovada transferului fondurilor necesare acoperirii soldului până în ziua decontării, S.S.I.F. are dreptul fie de a anula toate ordinele de cumpărare existente deja în piață, ordonând vânzarea din contul clientului până la stingerea debitului, fie de a achita obligația de plată a clientului din surse proprii, având drept de retenție asupra instrumentelor financiare ale clientului, cu obligarea acestuia la plată unor penalități¹ pentru fiecare zi de întârziere, până la achitarea integrală a debitului. În cazul în care clientul nu va plăti în cel mult un anumit număr de zile lucrătoare, S.S.I.F. va bloca la depozitarul central instrumentele financiare aflate în contul clientului și/sau va dispune vânzarea lor.

7. S.S.I.F. își rezervă dreptul de a refuza efectuarea ordinelor și instrucțiunilor dispuse de client, de a înceta relațiile cu clientul în cazul unor declarații false sau dacă are suspiciuni cu privire la realitatea celor declarate de client.

Unele dintre obligații au caracter imperativ, fiind executate fie de către S.S.I.F., fie de către client (după caz) cu o anumită frecvență și într-un anumit mod, altele sunt condiționate și/sau optionale și dau S.S.I.F. posibilitatea de a le realiza în urma acordului clientului sau într-un anumit context, urmare producerii unui eveniment.

Totodată, se constată că unele obligații acordă S.S.I.F. unele drepturi de a acționa asupra patrimoniului (portofoliului) de active mobile ale clientului fără a avea nevoie de consimțământul sau acordul prealabil al acestuia din urmă, caz în care se consideră că acesta este dat și implicit acceptat de către client încă de la momentul semnării contractului, cînd își asumă posibilitatea ca, în cazul neonorării obligațiilor de plată, S.S.I.F. să poată dispune în mod liber de bunurile achiziționate prin societate, în contul său.

Un astfel de acord poate să îmbrace forma unei clauze care să precizeze că instrumentele financiare aflate în contul clientului la S.S.I.F., nu sunt și nu vor deveni proprietate a S.S.I.F. dar, cu toate acestea, în cazul neîndeplinirii de către client a obligațiilor sale, precum și a obligațiilor clientului rezultând din contracte încheiate și/sau ce vor fi încheiate cu S.S.I.F., aceasta va avea dreptul să compenseze orice speze, cheltuieli și posibile venituri din comisioane datorate de către client cu instrumentele financiare aflate în contul clientului.

¹ Cuantumul penalităților poate să fie negociat, fie este stabilit pentru toți clienții dintr-o categorie la același nivel.

În acest sens, S.S.I.F. va avea un drept de gaj general asupra bunurilor prezente sau viitoare ale clientului, în conformitate cu articolul 2324 din Codul Civil¹ și un drept de compensare a creanțelor sale asupra fondurilor deținute în contul clientului, până la satisfacerea tuturor debitelor și obligațiilor clientului față de intermediar.

În absența plății sau achitării de către client la data scadență a oricărei sume datorate, S.S.I.F. va avea dreptul, la orice dată sau date ulterioare, fără înștiințarea prealabilă a clientului, fără consimțământul acestuia și fără a aduce atingere nici unui alt drept sau remediu pe care aceasta îl poate avea, să rețină fonduri din aceste conturi ale clientului și să aloce aceste fonduri pentru plata sau achitarea oricărei astfel de sume datorate S.S.I.F. De asemenea, S.S.I.F. va avea dreptul de a reține instrumente financiare ale clientului, în limita sumelor necesare pentru îndeplinirea completă a obligațiilor acestuia.

Drepturile și obligațiile clientului pot fi inserate atât în contractul de intermediere cât și într-un alt document care să îl completeze și la care se va face referire în mod expres și au în vedere cel puțin următoarele:

1. Dreptul clientului de a primi și de a fi de acord cu primirea rapoartelor aferente tranzacțiilor efectuate, a extraselor de cont precum și a altor documente transmise de S.S.I.F., prin intermediul corespondentei electronice, prin remiterea acestora pe adresa de e-mail indicată de client în formularul de deschidere de cont, sau prin orice alt mijloc de comunicare la distanță, admis de lege.

În cazul în care clientul declară că este de acord ca instrucțiunile, confirmările instrucțiunilor, precum și rapoartele, extrasele de cont sau orice alte documente provenind de la Client și/sau S.S.I.F. în baza contractului să fie înregistrate pe suport electronic și stocate de S.S.I.F., în vederea arhivării, acesta este de acord ca toate înregistrările să rămână proprietatea exclusivă a S.S.I.F., putând fi utilizate de acesta ca probă a modului de îndeplinire a indicațiilor și instrucțiunilor primite de la client.

2. Obligatia clientului de a alimenta contul de numerar deschis la S.S.I.F. și de a face dovada transferului fondurilor necesare acoperirii soldului debitor până în ziua decontării tranzacțiilor cu instrumente financiare efectuate în contul acestuia.

3. Obligatia clientului de a dispune de numerar suficient în contul sau deschis la intermediar sau de a avea în proprietate suficiente instrumente financiare pentru executarea de către intermediar a ordinelor de tranzacționare. În situația în care clientul utilizează un (alt) custode decât S.S.I.F. la care are cont deschis, iar acesta garantează numai parțial pentru fondurile clientului, S.S.I.F. va executa ordinul numai în limita fondurilor garantate.

4. Obligatia clientului de a se fi informat în prealabil și de a se fi familiarizat și acceptat informațiile furnizate de S.S.I.F. în documentul de prezentare, respectiv că a primit și are cunoștința de toate informațiile referitoare la intermediar și la serviciile de investiții financiare prestate de acesta, necesar a fi aduse la cunoștința clientului conform reglementărilor aplicabile, incluzând, fără limitare: informațiile de identificare și prezentare a S.S.I.F., informațiile referitoare la autorizarea S.S.I.F. de a presta servicii de investiții financiare; informațiile ce privesc serviciile de investiții financiare care urmează să fie prestate de Intermediar în temeiul contractului și informații ce privesc produsele de investiții financiare și riscurile specifice pe care le implică acestea.

5. Dreptul clientului de a alege ca instrucțiunile și confirmările instrucțiunilor, transmise de acesta în baza contractului, să poată fi transmise și/sau primite prin telefon, fax, e-mail, ca mijloc de comunicare. În acest caz, clientul are dreptul de a opta și de a indica S.S.I.F. care va fi mijlocul de comunicare utilizabil în relația cu acesta.

6. Obligatia clientului de a plăti S.S.I.F. comisioanele negociate și taxele specificate în contract (de regulă, sunt menționate într-o anexă la acesta). Totodată, clientul este obligat la

¹ Legea nr. 287/2009

rambursarea integrala a oricaror cheltuieli efectuate in legatura cu contul lui, cu conditia ca aceste cheltuieli sa nu fie datorate neglijentei sau actiunilor premeditate ale S.S.I.F..

iv. consimțământul expres al clientului pentru înregistrarea și stocarea de către S.S.I.F. a instrucțiunilor/confirmărilor acestuia transmise telefonic, după caz. În cazul în care clientul nu este de acord cu înregistrarea și stocarea, ordinele nu vor fi preluate telefonic;

Asa cum am precizat mai sus, una dintre premisele pe care se bazeaza executarea contractului are in vedere modalitatea efectiva prin care una dintre parti – clientul – isi duce la indeplinire dreptul de a transmite ordinele si instructiunile catre S.S.I.F., respectiv catre agentul de servicii in investitii financiare care va prelua si plasa instructiunea spre executare.

În perioada de început a pietei de capital, pînă în anul 2007 (al intrării în vigoare și al implementării MiFID) majoritatea instrucțiunilor de tranzacționare erau transmise de client direct la sediul societății de servicii de investiții financiare prin completarea unui formular cu un conținut standard – formularul de ordin, reglementat ca atare de către autoritatea competentă. Și în prezent, conținutul acestui formular este standardizat, forma acestuia fiind la latitudinea S.S.I.F.

Fiecare instrucțiune (ordin de tranzacționare) era precizată pe un astfel de formular, semnat de client și de către A.S.I.F., stampilat de acesta și cuprinzând un anumit număr de elemente de identificare cît mai exactă a operațiunii care se va realiza pe numele și pe contul clientului.

Pietele de capital mai evaluate în ceea ce privește mijloacele tehnologice utilizate precum și sistemele de colectare, preluare și direcționare a informațiilor, cu sau fără intervenție umană, asociate acestora, au condus la necesitatea acceptării și a altor posibilități de comunicare în relația dintre client și broker. Una dintre cele mai facile modalități de comunicare o reprezintă telefonica, sub condiția ca informațiile vehiculate prin telefon să poată fi înregistrate pe un suport care să poată fi arhivat și stocat, în vederea realizării mijloacelor de probă ale executării contractului.

Scopul acestei măsuri este de a permite oricând S.S.I.F. să arate clientului care a fost instrucțiunea primită de la acesta, de a face dovada în fața autorității că a executat întocmai instrucțiunea clientului, că au fost respectate toate cerințele legale în ceea ce privește procedura și politica de executare a unei tranzacții, care au la bază atât aspecte procedurale cât și unele aspecte tehnice menite să asigure diligența profesională maximă a S.S.I.F. în executarea prestațiilor contractuale.

Opozabilitatea unei astfel de înregistrări este condiționată de acordul clientului de a fi captată fiecare conversație și de a fi ulterior stocată, putând fi utilizată chiar și în relația dintre parti pentru a demonstra modul de îndeplinire/neîndeplinire a contractului.

Legiuitorul a lăsat clientului posibilitatea de a nu accepta ca respectiva conversație telefonică să fie înregistrată, caz în care clientul va trebui să precizeze în mod expres acest lucru, având în vedere practica generală și curenta conform căreia marea majoritate a instrucțiunilor de tranzacționare sunt preluate de la clienți prin intermediul telefoniei.

În acest caz, instrucțiunile se vor transmite fie la sediul S.S.I.F. fie prin alte mijloace de comunicare agreeate între parti însă cu respectarea cerințelor legale impuse de către CNVM. În acest sens, putem menționa e-mailul (corespondența electronică) sau prin internet - în fapt o interfată între client și sistemul de tranzacționare utilizat de S.S.I.F. pentru colectarea și plasarea instrucțiunilor în platforma de tranzacționare.

v. declarația clientului prin care menționează că înțelege termenii și își asumă riscul ce decurge din tranzacțiile cu instrumente financiare;

Indiferent de forma pe care o îmbracă această cerință transpusă în contractul de intermediere, are un foarte important impact cel puțin sub două aspecte: pe de o parte, clientul nu poate invoca necunoașterea legii, respectiv a riscurilor care decurg din acceptarea de a participa ca actor pe o piață relativ simplă în aparență dar cu un înalt grad de specializare iar, pe de alta parte, nu va putea pretinde S.S.I.F., în cazul în care înregistrează pierderi în contul și în portofoliul său, să fie despăgubit sau să se îndrepte împotriva acestuia pentru recuperarea pierderii din tranzacțiile realizate, dacă acestea au fost efectuate întocmai cu instrucțiunile sale.

În cazul în care, odată asumate toate particularitățile și cerințele prevăzute de lege ca necesar a fi cunoscute de client înainte de inițierea oricărei operațiuni pe piața de capital, acesta apreciază ca informațiile primite nu sunt suficient de clare sau de complete, poate solicita S.S.I.F. detalii, fie în scris fie prin alte mijloace de comunicare agreate de parti tocmai pentru a le fi opozabile ulterior.

În această categorie de declarații care asumă răspunderea clientului se încadrează cea mai des întâlnită în practică prin care aceste declară că înțelege termenii și își asumă riscurile specifice tranzacțiilor cu valori mobiliare/instrumente financiare, incluzând, fără ca enumerarea să fie limitativă, fluctuația preturilor pieței, incertitudinea dividendelor, a randamentelor și/sau profiturilor, fluctuația cursului de schimb, fluctuația pietelor financiare asupra cărora S.S.I.F. nu are influență. În acest context, clientul este pus în situația de a declara că are cunoștințele necesare și înțelege că poate să piardă întreaga sumă investită.

Pe lângă aceste declarații, un alt mijloc de exonerare a răspunderii S.S.I.F., mascat de altfel și permis de legislație în scopul de a proteja și societatea împotriva abuzurilor din partea clienților necunoscători, îl reprezintă asumarea de către client a conținutului politicii de executare a ordinelor¹, faptul că acestea pot fi executate pe piețele reglementate, în afara piețelor reglementate sau a unui sistem alternativ de tranzacționare precum și pe piețe externe din state membre sau nemembre ale UE, și declararea acordului cu aceste prevederi.

În ceea ce privește relaționarea efectivă între parti în vederea executării presatțiilor contractuale, este foarte important ca, pentru fiecare instrucțiune pe care o dă, clientul să precizeze informațiile solicitate de S.S.I.F. și care se referă cel puțin la: Nume/Prenume; Clientul pentru care acesta este împuternicit să dea ordinul (dacă este cazul); Tipul ordinului (vanzare sau cumpărare); Simbolul; Cantitatea; Pretul (piața/limita exprimat în lei/alta monedă/actiune); Termen valabilitate (zi sau deschis – până la executare); Dacă ordinul a fost plasat la inițiativa Clientului sau la recomandarea agentului; Locul unde este executată tranzacția (piața reglementată, ATS etc.); Deținerile Clientului privind respectivul instrument financiar (dacă este cazul).

vi. orice alte clauze privind prestarea serviciilor de investiții financiare convenite de părți;

În această categorie de clauze pot fi incluse și clauzele compromisorii care sunt exclusiv în favoarea S.S.I.F. (cel puțin așa reiese din practică) și, de cele mai multe ori, au rolul de a îngreuna sau de a zadarnici/descuraja orice potențial demers al clientului în cazul în care acesta constată că nu au fost respectate întocmai și integral toate prevederile contactule sau legale incidente.

Un exemplu de astfel de clauza poate fi cea referitoare la instanța îndreptățită să se pronunțe asupra modului de executare a obligațiilor contractuale, respectiv introducerea unei curți arbitrale ca prima instanță de judecată, fapt care descurajează accesul la justiție al clientului prin taxele și tarifele mari asociate unei astfel de proceduri mai ales în cazul în care se pune în discuție și o posibilă pierdere cauzată portofoliului clientului, rezultată din administrarea acestuia în mod discreționar.

De asemenea, Legea nr. 677 din 21 noiembrie 2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, cu modificările și completările ulterioare, instituie în sarcina S.S.I.F. anumite obligații cu privire la modul de colectare și utilizare a datelor personale ale clienților. În acest context, S.S.I.F. solicită clientului să declare că este de acord cu prelucrarea de către societate a datelor proprii și cu caracter personal în scopul furnizării de către aceasta de servicii de investiții financiare în temeiul contractului dintre parti și în concordanță cu reglementările în vigoare, cu obiectul de activitate al societății și cu prevederile oricărui alt document care completează în mod direct cadrul juridic aplicabil.

vii. regimul dobânzii aferente sumelor depuse de clienți în conturile curente;

S.S.I.F. este obligată să informeze clientul cu privire la faptul că sumele tinute pentru acesta într-un cont bancar sunt bonificate cu dobânda pe care o colectează societatea. În acest caz, clientul beneficiază de dreptul de a-și exprima consimțământul expres cu privire la cedarea în favoarea

¹ Best execution policy

S.S.I.F.-ului a dobânzii aferente fondurilor sale depuse de către S.S.I.F. la una dintre entitățile prevăzute de reglementările aplicabile segregării activelor și reducerii riscurilor, în conformitate cu legislația în vigoare.

viii. cursul de schimb valutar și condițiile în care clientul poate refuza acest curs;

În vederea realizării unor operațiuni de tranzacționare în alte valute decât moneda națională, clientul poate alege ca la decontarea instrumentelor financiare să utilizeze resurse financiare într-o altă monedă aflată în mod obligatoriu într-un cont deschis în acest sens la S.S.I.F. În cazul în care este necesar să se realizeze o plată care presupune conversia unei valute în alta valută (de exemplu, o tranzacție încheiată la Londra se va deconta în lire iar clientul dispune dar de lei sau euro în contul său de la intermediar) S.S.I.F. poate realiza acest lucru dacă îndeplinește două condiții:

- să fie autorizată în acest sens de către Banca Națională a României, pentru cazul în care va oferi un curs de schimb valutar urmând prestării serviciilor de schimb valutar.

- Să aibă acceptul scris al clientului cu privire la condițiile în care se va desfășura acest schimb valutar.

În cazul în care clientul nu este de acord cu facilitățile și serviciile oferite de către S.S.I.F., acesta va indica în mod obligatoriu modalitățile și condițiile în care se va realiza această operațiune de către S.S.I.F. – în baza contractului de prestări de servicii de investiții financiare sau va indica în clar refuzul sau cu privire la acceptarea acestor servicii. În ambele situații este foarte important de stabilit care va fi conduita exactă a partilor întrucât îndeplinirea obligației de realizare a schimbului valutar este prima etapă în finalizarea procesului de decontare și respectiv a încheierii unei tranzacții prin stingerea obligațiilor de plată și înregistrarea dreptului de proprietate asupra acțiunilor (sau instrumentelor financiare).

ix. semnătura clientului, a persoanei autorizate din partea S.S.I.F. și ștampila societății.

Condiția de valabilitate a contractului este îndeplinită, printre altele, de existența semnăturii partilor, de calitatea celor care reprezintă interesele comerciantului profesionist și de ștampila societății. Toate aceste elemente sunt esențiale pentru forma contractului și lipsa lor atrage răspunderea și sancționarea S.S.I.F. de către CNVM.

În afara celor enunțate mai sus, legislația specifică mai conține și alte asemenea prevederi obligatorii fără de care nu se poate vorbi de respectarea formei contractului de intermediere.

2.5 Contractul de servicii de investiții financiare – clauze specifice și facultative

Pe lângă clauzele cerute în mod expres de legislație, contractul de intermediere poate cuprinde și alte clauze a căror existență este reglementată de legiuitor însă nu este impusă pentru toate tipurile și speciile de raporturi juridice care se pot stabili între părți. Dintre acestea, menționăm:

a) posibilitatea clientului de a revoca unilateral mandatul dat unei S.S.I.F. în baza unui contract de administrare a portofoliului sau de a-și retrage, parțial sau integral, în orice moment, fondurile libere de sarcini, fără ca acest fapt să inducă plata unor despăgubiri. Clientul are obligația de a acoperi eventualele pierderi rezultate din tranzacțiile efectuate în contul său;

Asa cum se poate constata din formularea reglementării specifice, contractul prin care se realizează operațiunile de tranzacționare pe piața de capital este poate îmbrăca și forma unui contract de mandat cu reprezentare a cărui întindere este foarte clar și precis determinată în cazul în care acesta are în vedere realizarea unor acte și fapte de administrare a portofoliului clientului.

Revocarea mandatului, ca sancțiune la adresa modului defectuos de îndeplinire a mandatului dat S.S.I.F. poate atrage, în subsidiar și plata unor daune și/sau sancționarea S.S.I.F. de către CNVM, în cazul în care se constată încălcarea cerințelor legale aplicabile.

b) În cazul în care instrucțiunile/confirmările clientului sunt transmise prin e-mail, consimțământul expres al acestuia privind transmiterea instrucțiunilor/confirmărilor prin e-mail și specificațiile semnăturii electronice;

c) În cazul în care clientul mandatează S.S.I.F. să solicite și să obțină extrasele de cont aferente tranzacțiilor executate, consimțământul expres al acestuia privind mandatul acordat S.S.I.F. de a solicita și de a obține extrasele de cont aferente tranzacțiilor executate. Contractul care conține clauza menționată anterior trebuie să fie încheiat în formă autentică sau să poarte atestare avocațială ori legalizare emisă de secretarul primăriilor unde nu există cabinete notariale.

Unul dintre serviciile oferite de către S.S.I.F. clienților săi este reprezentat de eliberarea de extrase de cont¹ - documente eliberate la solicitarea proprietarilor/deținătorilor de valori mobiliare, în scopul atestării dreptului lor de proprietate asupra respectivelor valori mobiliare la o anumită dată.

2.6 Executarea contractului

În ceea ce privește executarea contractului de prestări de servicii de investiții financiare sau de intermediere, trebuie să remarcăm faptul că, în funcție de mai multe elemente concrete prezente în activitatea S.S.I.F., obiectul acestuia diferă, de la cele mai simple activități – de preluare și executare a intrucțiunilor primite de la clienți, respectiv de punere în legătură a unui client cu „un terț” pe care acesta de fapt nu îl cunoaște, pentru realizarea unei tranzacții, până la unele activități având un grad de complexitate ridicat, care atrag și riscuri pe măsură.

Contractul de intermediere se poate aprecia ca fiind cu executare succesivă, deși prestațiile în cadrul acestuia sunt formate din activități de sine stătătoare și relativ independente – fiecare ordin reprezintă în fapt o tranzacție, dacă se execută – însă toate sunt indisolubil legate de obiectul relației juridice stabilite între părți, respectiv mijlocirea tranzacției.

Pe lângă elementul de bază reprezentat de fiecare tranzacție executată în virtutea contractului, o serie de alte activități derivând din aceasta execuție pot fi realizate de către părți, generând drepturi și obligații în egală măsură.

Pentru acest serviciu de intermediere, clientul datorează S.S.I.F. un comision, calculat prin aplicarea unui procent la valoarea fiecărei tranzacții realizate, la care se pot adăuga și alte costuri și tarife, cu obligația în sarcina S.S.I.F. de a informa clientul cu privire la cuantumul și originea lor.

2.7 Incetarea contractului. Intinderea răspunderii partilor

Contractul de servicii de investiții financiare poate să înceteze în temeiul regulilor de drept civil, astfel:

- a) prin acordul partilor;
- b) prin denunțare unilaterală de către orice parte;

Partea interesată are obligația de a notifica în scris cealaltă parte cu cel puțin un anumit număr de zile lucrătoare apreciat ca rezonabil (de regulă, 15) înainte de data la care încetarea urmează să-i producă efectele.

- c) de drept, fără intervenția instanțelor:

- în cazul neîndeplinirii obligațiilor contractuale de oricare dintre părți;

- în cazul în care una dintre părți își încetează activitatea sau este supusă unei proceduri de faliment,

- insolvență, reorganizare, lichidare.

Rezilierea de drept poate interveni și în situația în care clientul nu acceptă modificarea comisioanelor și taxelor intervenite pe parcursul derulării contractului. În acest caz S.S.I.F. nu datorează daune – interese.

¹ Regulamentul nr. 13/2005 privind autorizarea și funcționarea depozitarului central, caselor de compensare și contrapărților centrale, cu modificările și completările ulterioare stabilește cadrul de funcționare a depozitarilor centrali și a activităților acestora

Clientul poate denunța unilateral¹ contractul în termen de 14 zile de la data încheierii acestuia fără a-i fi percepute comisioane penalizatoare și fără a-și motiva decizia. Incetarea contractului nu exonerează partile de răspunderea cu privire la îndeplinirea obligațiilor și achitarea de către client a datoriilor care sunt deja scadente la data respectivei încetări.

Incetarea contractului intervine și va produce efecte de la data notificării în scris de către partea interesată, cu respectarea termenului de notificare și fără nicio altă formalitate sau intervenție a instanței de judecată.

S.S.I.F. nu va fi răspunzător pentru pierderile sau daunele suferite, în mod direct/indirect de către client sau de orice altă persoană/entitate, ca urmare a:

- a) încălcării de către client a obligațiilor sale contractuale;
- b) accesării sistemului de tranzacționare online de către o persoană neautorizată de către S.S.I.F.;
- c) întreruperii rețelei de comunicații sau interferențelor, din cauze aflate în afara controlului S.S.I.F. inclusiv ca urmare a funcționării defectuoase a serviciului de internet.

De regulă, S.S.I.F. nu va răspunde pentru prejudiciile suferite de client în legătură cu derularea contractului încheiat cu acesta, decât în cazul în care acestea sunt cauzate de intenția sau neglijența gravă din partea sa. S.S.I.F. nu va răspunde de îndeplinirea altor îndatoriri decât cele expres asumate prin contract.

S.S.I.F. nu va răspunde cu privire la titlul de proprietate, validitatea sau realitatea oricăroră dintre valorile mobiliare/instrumentele financiare tranzacționate sau cu privire la dovada titlului de proprietate asupra acestora primite de aceasta conform contractului încheiat cu clientul, decât în măsura în care S.S.I.F. ar fi trebuit să cunoască deficiența relevantă.

S.S.I.F. nu va răspunde față de client cu privire la îndeplinirea, inclusiv dar fără limitare, a ordinelor furnizate de persoanele despre care S.S.I.F. consideră că sunt clientul sau un reprezentant autorizat și, poate în mod categoric să se bazeze fără a răspunde pentru vreo pagubă rezultată din aceasta, pe orice înștiințare, solicitare, consimțământ, certificat sau alt înscris pe care îl(o) consideră, cu bună-credință, ca fiind autentic(ă) și semnat(ă) și furnizat(ă) de partea sau părțile corespunzătoare.

S.S.I.F. nu va răspunde față de client pentru pierderile cauzate prin sau ca urmare a următoarelor:

- a) întârzierii în primirea efectivă a înștiințării de către intermediar privind orice plată, stingere a unei datorii sau întârzierii în primirea efectivă a plății respective sau realizarea efectivă a stingerii datoriei sau a tranzacției privind instrumentele financiare ale clientului cu privire la care S.S.I.F. a fost de acord să acționeze conform celor prevăzute în contractul încheiat cu clientul;
- b) pierderii, deteriorării sau furtului oricăror active ale clientului deținute de societate, cu condiția ca S.S.I.F. să fi depus diligența corespunzătoare cu privire la păstrarea acestor active;
- c) oricărui eveniment de forță majoră, inclusiv dar fără a se limita la naționalizare, expropriere, restricții valutare, măsuri luate de orice agenție, organism statal, CNVM sau de către BNR, tulburări cauzate de conflicte de muncă la nivelul personalului S.S.I.F. sau al oricărei alte entități implicate în tranzacțiile de pe piața de capital, ale cărei servicii sunt folosite de S.S.I.F., căderi ale pieței, defectarea oricărui sistem de tranzacționare sau înregistrare a instrumentelor financiare, boicoturi, pene de curent sau întreruperi ale legăturilor sau echipamentelor de comunicații ale S.S.I.F., conflicte internaționale, acțiuni violente sau armate, acte de terorism, insurecții, revoluții, fuziune, fisiune sau radiație nucleară ori calamități naturale.

¹ Se aplica în cazul contractului de prestări de servicii financiare prin internet. Dreptul de a rezilia unilateral un astfel de contract nu se va aplica serviciilor de investiții financiare al căror preț depinde de fluctuațiile de pe piețele financiare care pot apărea în timpul perioadei de retragere din contract și sunt independente de prestatorii de servicii de investiții financiare

S.S.I.F. are obligația să comunice clientului producerea cazului de forța majoră în maxim 24 ore de la data constatării apariției evenimentului, prin publicarea unui anunț pe pagina de internet proprie sau printr-un comunicat de presă, urmând ca în termen citeva zile (convenite între părți, dar de regulă nu mai mult de 5 zile) calendaristice să notifice în scris clientului cu privire la producerea acestuia și să prezinte, dacă este cazul, un certificat eliberat de către autoritățile competente în acest sens. S.S.I.F. va ajuta clientul cât mai mult posibil în scopul evitării, minimizării sau reparării prejudiciilor create clientului ca urmare a ivirii oricăror astfel de acte sau evenimente menționate în prezentul paragraf.

Clientul va despăgubi S.S.I.F. și îl va apăra de răspundere pentru toate obligațiile, pierderile, pagubele, costurile și cheltuielile (inclusiv dar fără a se limita la comisioane și consilieri) suportate de S.S.I.F., pentru care societatea în sine nu este răspunzătoare, conform contractului încheiat și invite din orice acțiune întreprinsă sau inacțiune a S.S.I.F. conform acestui contract sau oricarui ordin, inclusiv dar fără a se limita la răspunderi, pierderi, pagube, costuri și cheltuieli invite urmare a:

- i. oricăror taxe sau alte impozite statale și oricăror alte cheltuieli aferente, care pot fi impuse sau suportate de Societate cu privire la efectuarea tranzacțiilor (inclusiv a tranzacțiilor în marja), și
- ii. calității S.S.I.F. de deținător prin înregistrare în registru, cu privire la fonduri ale clientului sau valori mobiliare și/sau drepturile corespunzătoare acestora dar excluzând acele obligații, pierderi, pagube, costuri și cheltuieli invite ca urmare a neglijenței grave sau intenției S.S.I.F.

Modalitățile de comunicare a încetării raporturilor contractuale au în vedere îndeplinirea regulilor aplicabile în dreptul comun. Astfel, orice înștiințare de încetare din partea clientului va fi valabilă numai dacă acesta menționează numele persoanelor cărora S.S.I.F. – în calitate de agent custode – le va preda, transfera sau furniza în alt mod, după caz, toate drepturile deținute și obligațiile asumate pentru client, împreună cu dovada că persoanele respective acceptă toate obligațiile asumate pentru client cu privire la acestea.

Dacă înștiințarea de încetare este emisă de S.S.I.F., de regulă în termen de treizeci de zile de la primirea acestei înștiințări, clientul se obligă să transmită către aceasta instrucțiunile menționate în paragraful precedent.

Dacă în termenul precizat anterior aceasta nu primește de la client instrucțiunile solicitate, S.S.I.F. poate continua să rețină (percepând toate costurile aferente păstrării în custodie a instrumentelor financiare) instrumentele financiare ale clientului până la recepționarea de către intermediar a instrucțiunii scrise și/sau să pună în executare garanțiile sale reale mobiliare sau alte garanții asupra instrumentelor financiare, cu scopul de a recupera în totalitate costurile datorate acesteia de client (inclusiv, dar fără a se limita la costurile pentru păstrarea în custodie a instrumentelor financiare, ulterior încetării contractului).

Orice stingere a raporturilor contractuale între părți conduce în mod inevitabil la drepturi și obligații din partea acestora care se realizează în afara obiectului de bază și stabilit al contractului dar care derivă în mod direct sau indirect din executarea acestuia. Aceste drepturi și obligații sunt imperative pentru părți, produc efecte în ambele direcții și nerespectarea lor atrage răspunderea individuală și contractuală a partilor.

Astfel, la încetarea contractului, S.S.I.F. nu va fi obligat să predea, să transfere sau să furnizeze în alt fel instrumentele financiare ale clientului către persoanele indicate de acesta, până la momentul plății tuturor sumelor pe care S.S.I.F. stabilește că i le datorează clientul conform contractului și, asumării de către persoanele respective, a obligațiilor S.S.I.F., care au decurs din derularea activităților de custodie efectuate în numele clientului.

De asemenea, S.S.I.F. are dreptul să primească comisioanele stabilite în contract și anexele sale (după caz) până la momentul predării sau transferului efectiv al instrumentelor financiare ale clientului și al drepturilor și obligațiilor aferente acestora către un alt custode.

Clientul este de acord că, în conformitate cu legea română, în cazul în care S.S.I.F. este radiată din Registrul CNVM, prin voința sa ori ca urmare a unei acțiuni întreprinse de o autoritate

relevantă (de ex. retragerea autorizării de către CNVM etc.), aceasta va notifica clientul și va încerca să ajungă la o înțelegere privind custodele sau depozitarul central căruia îi vor fi transferate activele. În cazul în care clientul nu alege el acest terț custode sau depozitar central, S.S.I.F. va avea dreptul să aleagă entitatea căreia îi va transfera activele.

Transferul activelor va avea loc în mod gratuit și fără a aduce atingere obligațiilor asumate conform contractului inițial încheiat între S.S.I.F. și client. Activele transferate vor rămâne temporar în custodia noii entități până la data la care clientul decide să încheie un contract cu entitatea respectivă sau cu alt agent custode.

Concluzii

Contractul de servicii de investiții financiare, așa cum a fost descris mai sus pe baza informațiilor desprinse din practica de specialitate și în considerarea prevederilor legale aplicabile, poate fi apreciat ca fiind un contract de intermediere a unei afaceri, în acest caz a unei tranzacții – a încheierii unui contract de vânzare – cumpărare de instrumente financiare, prin facilitarea accesului unei terțe părți la o formă organizată de piață unde există cele mai mari probabilități de a se întâlni contra-oferta.

Pe lângă activitatea de intermediere cuprinsă, contractul de prestări de servicii financiare se prezintă și sub forma unui contract de adeziune dat fiind faptul că, în general, clauzele sale nu sunt supuse niciunei negocieri, cuprinzând totodată și elementele cele mai importante ale unui contract de mandat.

În funcție de complexitatea serviciilor prestate, se pot adauga caracteristici specifice contractului de custodie, dacă avem în vedere calitatea specială a S.S.I.F. de agent custode precum și ale contractului de comision.

Fiind un contract complex, care precede încheierea în fapt a tranzacției (de vânzare - cumpărare), contractul de intermediere este un contract sinalagmatic, cu titlu oneros, putând avea fie caracter comutativ fie aleatoriu, în funcție de riscurile pe care și le asumă clientul și de strategia investițională stabilită de acesta.

Totodată, din cele menționate mai sus, reiese că poate fi un contract solemn când cuprinde anumite clauze care determină formalități specifice de validitate.

Referințe bibliografice

- Legea nr. 297/2004 privind piața de capital
- Regulamentul CNVM nr. 32/2006 privind serviciile de investiții financiare
- Regulamentul CNVM nr. 5/2008 privind spălarea banilor cu modificările și completările ulterioare
- Legea nr. 287/2009 privind Codul Civil
- OUG nr. 99 din 6 decembrie 2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului
- Directive 39/2004 on markets in financial instruments
- Directive 73/2006 implementing Directive EC/39/2004 as regards organisational requirements and operating conditions for investment firms and defined terms for the purposes of that Directive
- REGULATION (EU) No 1095/2010 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC

ACȚIUNEA ÎN REVENDICARE IMOBILIARĂ- ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE

Delia Diana LEPĂDATU¹

Abstract:

Lucrarea își propune analiza acțiunii în revendicare în general, identificând aspectele teoretice și practice întâlnite în aplicarea ei.

Individualitatea lucrării constă în tratarea concretă și succintă a noțiunilor aflate în dezbateră în doctrină precum și soluționarea câtorva probleme întâlnite în practica judiciară.

Scopul eseului va fi analiza dreptului de proprietate, evidențiind că acțiunea în revendicare este o modalitate de a proteja în instanțe acest drept al proprietarului. Consider că importanța subiectului este dovedită de numărul mare de procese ce implică o astfel de acțiune, aflate pe rolul instanțelor judecătorești de specialitate. Acest lucru demonstrează că este o problemă ce se regăsește în preocupările multor cetățeni. De asemenea lucrarea poate fi văzută și ca un comentariu complet asupra dispozițiilor referitoare la subiect din Noul Cod Civil.

Îmi propun ca lucrarea să aibă o structură clară și concisă, ce va fi bazată pe cercetările realizate până în prezent în doctrina de specialitate.

Cuvinte cheie: *acțiune în revendicare, drept de proprietate, noul cod civil, titlu, posesie*

Introducere:

Studiul își propune analiza dreptului de proprietate în general, axându-se în special pe modalitățile de apărare a acestuia. Importanța subiectului este dovedită de faptul că dreptul de proprietate se bucură de ample reglementări atât în Dreptul Constituțional cât și în alte ramuri de drept. Astfel Constituția României revizuită în 2003 include acest drept în capitolul doi „Drepturi și libertăți fundamentale”. Proprietatea privată a fost consfințită încă din 1866 în prima Constituție propriu-zisă a țării noastre, din păcate acest drept a fost încălcat de multe ori în perioada comunistă, lucru care a determinat numărul foarte mare de revendicări obținute după 1990 de proprietarii imobilelor preluate abuziv de către stat. Ținând cont de aceste aspecte, garantarea dreptului de proprietate a devenit o problemă actuală, pe larg dezbătută în doctrină.

Lucrarea reprezintă un elaborat comentariu asupra celei mai importante modalități de apărare a dreptului de proprietate și anume Acțiunea în revendicare imobiliară. Obiectivele studiului s-ar putea constitui în explicarea noțiunilor teoretice, identificarea și analizarea trăsăturilor esențiale, stabilirea conținutului materiei și prezentarea de exemple din practica judiciară.

Studiul se vrea a fi o analiză asupra temei prezentate, conținând comentarii realizate din perspectivă jurisprudențială și doctrinară asupra dispozițiilor referitoare la materie din Noul Cod Civil. La realizarea lucrării au fost avute în vedere cele mai relevante soluții din practica instanțelor judecătorești, precum și diverse opinii exprimate de teoreticieni și practicieni de renume în literatura de specialitate. Ceea ce a rezultat se dorește a fi un instrument util, clar și accesibil pentru toți cei care doresc să aprofundeze materia Acțiunii în revendicare.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București(lepadatu_delia@yahoo.com), Acest proiect a fost realizat sub coordonarea Prep. Univ. Bogdan Nazat (bogdan.nazat@sinescu-nazat.ro)

Conținutul lucrării

1. Mijloace de drept civil de apărare a drepturilor reale principale

Mijloacele de apărare a drepturilor reale principale sunt *acele acțiuni prin care titularul unor astfel de drepturi dorește să înlăture atingerile aduse dreptului său și să ajungă la restabilirea lui*.¹

Aceste mijloace sunt diverse și numeroase, ele putând fi incluse în două mari categorii:

A) Mijloace juridice nespecifice de apărare a drepturilor reale principale. Acestea se caracterizează prin faptul că acțiunile nu se întemeiază direct pe drepturi reale, ci pe drepturi de creanță. Cu toate acestea, ele ajută în mod indirect la apărarea dreptului de proprietate, înlăturând anumite atingeri aduse unui astfel de drept. În această categorie putem include acțiunile născute din contracte, acțiunea în repararea prejudiciilor, acțiunile în anulare etc.

B) Mijloace juridice specifice de apărare a drepturilor reale principale. Acțiunile din această categorie sunt cele care se întemeiază direct și nemijlocit pe drepturile reale principale, de aceea sunt numite acțiuni reale. Aici putem include acțiunea în revendicare, care ocupă un loc central, acțiunea posesorie, acțiunea confesorie, acțiunea negatorie etc.

2. Definiția acțiunii în revendicare

Acțiunea în revendicare este acea acțiune în justiție prin care reclamantul, care pretinde că este proprietarul unui bun individual determinat cu privire la care a pierdut posesia, solicită obligarea pârâtului, care stăpânește bunul respectiv, să îi recunoască dreptul de proprietate și să îi restituie bunul.²

Într-o formulare ceva mai redusă se spunea că acțiunea în revendicare este acțiunea prin care proprietarul neposesor solicită restituirea bunului de la posesorul neproprietar. Însă această formulare nu este tocmai exactă, deoarece articolul 563, alin. 1 din Codul Civil dispune în mod expres „acțiunea în revendicare poate fi exercitată împotriva posesorului sau a oricărei alte persoane care deține bunul fără drept”. Pornind de la acest articol înțelegem că acțiunea în revendicare ar putea fi intentată și împotriva unui detentor precar. Într-o asemenea situație, dacă acesta din urmă refuză să restituie bunul, atunci proprietarului i se recunoaște dreptul de a-l acționa în justiție fie printr-o acțiune personală, ce izvorăște din contractul încheiat cu detentorul precar, fie se poate folosi de acțiunea în revendicare.

Obiectul acțiunii în revendicare îl pot face numai bunurile corporale, cele care au o existență materială. Mai mult decât atât, bunurile supuse revendicării trebuie să fie individual determinate, reținem astfel că lucrul care a fost transformat încât și-a pierdut individualitatea nu mai poate fi revendicat. Într-o asemenea situație, proprietarul are la îndemână doar o acțiune personală în daune și nu mai poate apela la acțiunea în revendicare.³

3. Caracterele juridice ale acțiunii în revendicare

Acțiunea în revendicare este o acțiune reală deoarece poate fi exercitată împotriva oricui deține bunul. Aceasta apără și se întemeiază în mod direct și nemijlocit pe un drept real, diferențiindu-se astfel de o acțiune contractuală, al cărei temei nu este dreptul de proprietate, ci o simplă obligație de restituire a unui bun ce decurge din încheierea unui contract. De asemenea trebuie

¹ C. Bîrsan „Drept Civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 300

² G. Boroș, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 96

³ I. Adam, „Drept civil. Drepturi reale”, Editura Allbeck, București, 2002, pag. 700

reținut că acțiunea în revendicare este strâns legată de bun, care poate fi urmărit în mâinile oricui s-ar afla.

Acțiunea în revendicare este o acțiune petitorie. Acest caracter reiese din faptul că prin intermediul ei se urmărește apărarea unui drept real¹. Spre deosebire de alte acțiuni, revendicarea stabilește direct existența dreptului de proprietate, iar redobândirea posesiei este doar un efect al admiterii acțiunii.

Acțiunea în revendicare este imprescriptibilă. Această trăsătură decurge din caracterul perpetuu al dreptului de proprietate pe care se întemeiază acțiunea în revendicare. Dreptul de proprietate nu este limitat în timp, de aceea nu se pierde prin neuz, prin înstrăinare sau prin moartea titularului, ci acesta se va regăsi în patrimoniul dobânditorului.

Imprescriptibilitatea acțiunii în revendicare este expres stipulată și de către Codul Civil în articolul 563, alin. 2 „Dreptul la acțiunea în revendicare este imprescriptibil, cu excepția cazurilor prin care legea dispune altfel”.

Excepțiile la care face referire articolul mai sus menționat sunt:

1) Avulsivitatea, reglementată de articolul 572 din Codul Civil, stipulează că proprietarul unui teren smuls „brusc” de o apă curgătoare și alipit la un teren riveran, poate să îl revendice în termen de un an de la data alipirii.

2) Acțiunea în revendicare a unui imobil dobândit prin adjudecare la licitație publică în cadrul procedurii de urmărire silită imobiliară, se prescrie în termen de trei ani de la data înscrierii actului în cartea funciară².

În condițiile prevăzute de lege, posesorul unui bun poate dobândi dreptul de proprietate asupra acestuia. Astfel, deși acțiunea în revendicare este imprescriptibilă extinctiv, din punct de vedere achizitiv, aceasta poate fi respinsă prin invocarea uzucapiunii de către părât.

4. Calitatea procesuală

Acțiunea în revendicare poate fi exercitată de către titularul dreptului de proprietate, care posedă calitate procesuală activă. Acesta trebuie să facă dovada că este adevăratul proprietar al bunului. În caz contrar, posesorul, care are calitate procesuală pasivă, nu va putea fi obligat să-și probeze dreptul de proprietate, în favoarea sa operând o prezumție simplă de proprietate.

Pentru ca acțiunea în revendicare să fie admisă, este necesar ca la data intentării ei să fie introdusă de o persoană care posedă calitate procesuală activă. Rezultă că revendicarea va fi respinsă dacă dreptul de proprietate a ieșit din patrimoniul reclamantului anterior introducerii acțiunii. Este necesar ca acesta din urmă să fi pierdut numai posesia bunului.

Cu privire la persoanele împotriva cărora poate fi exercitată acțiunea în revendicare, aceasta se poate îndrepta contra oricui deține bunul în materialitatea sa.

În baza articolului 1560 din Codul Civil, acțiunea în revendicare poate fi exercitată și de către creditorii proprietarului pe calea acțiunii oblice.

În vechea reglementare, se admitea ca legitimarea procesuală activă aparținea tuturor titularilor dreptului de proprietate, iar acțiunea în revendicare a unui bun proprietate comună deținut de o terță persoană trebuia introdusă de toți coproprietarii³. Însă această practică a fost pusă în discuție de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului prin Hotărârea din 14 decembrie 2006, pronunțată în cauza Lupaș și alții c. României. Instanța europeană a considerat că o asemenea

¹ G. Boroș, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 96

² C. Bîrsan „Drept Civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 302

³ G. Boroș, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 74

jurisprudență încălca dreptul reclamantului la un proces echitabil, garantat de articolul 6 paragraf 1 din Convenție sub aspectul accesului la justiție¹.

În prezent articolul 643 din Codul Civil prevede că acțiunea în revendicare poate fi introdusă doar de către un singur coproprietar. De reținut este că articolul 643 alin. 2 din Codul Civil stipulează că numai hotărârile judecătorești pronunțate în folosul coproprietății profită tuturor coproprietarilor, însă cele potrivnice unui coproprietar nu sunt opozabile și celorlalți coproprietari².

5. Proba dreptului de proprietate

5.1 Precizări introductive

Regula generală instituită de Codul Civil în articolul 565 este aceea că proba dreptului de proprietate asupra imobilelor înscrise în cartea funciară se va face cu extrasul de carte funciară³. Însă această regulă întâmpină câteva dificultăți. În primul rând, articolul 565 va putea fi aplicat numai după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială.

În doctrina de specialitate și în jurisprudență s-a impus ideea conform căreia dacă dreptul de proprietate asupra imobilului revendicat a intrat în patrimoniul reclamantului printr-un mod originar de dobândire (uzucapiunea, accesiunea naturală) se consideră că proba existenței acestui drept are un caracter cert, absolut.

Dacă însă dreptul de proprietate a fost dobândit printr-un mod derivat, cum ar fi un act juridic translativ de proprietate, dovada acestui drept implică producerea înscrisului constatator al actului juridic respectiv, iar proba dreptului de proprietate nu mai are un caracter cert, absolut⁴.

Această situație din urmă ridică unele probleme de ordin material deoarece în multe cazuri, mai ales în trecut nu s-au redactat înscrisuri doveditoare ale transmisiunii dreptului de proprietate, ori dacă au fost redactate acestea nu erau însoțite de planuri topografice. Astfel s-ar putea ajunge la concluzia că din punct de vedere juridic, probarea dreptului de proprietate dobândit printr-un mod derivat s-ar putea face numai în condițiile dovedirii împrejurării că persoana care a transmis dreptul către reclamant avea calitatea de adevărat proprietar, care la rândul său l-ar fi dobândit de la adevăratul proprietar și așa mai departe. Cu alte cuvinte actul juridic translativ de proprietate ar avea un caracter absolut numai când reclamantul ar putea să probeze că toate înscrisurile prin care imobilul a fost transmis de-a lungul timpului proveneau întotdeauna de la adevărații proprietari. Numai că o astfel de probă este practic imposibil de făcut, aceasta fiind o adevărată *probatio diabolica*.

Din cele prezentate mai sus rezultă că un mod originar de dobândire a dreptului de proprietate este întotdeauna de preferat în locul celui derivat pentru a face proba adevăratului proprietar în cazul acțiunii în revendicare.

5.2 Noțiunea de titlu

*Prin titlu se înțelege actul juridic, actul jurisdicțional sau actul administrativ translativ, constitutiv, ori declarativ de proprietate, care generează o prezumție de proprietate în favoarea persoanei care îl invocă.*⁵

¹ C. Bîrsan „Drept Civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 303

² G. Boroi, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 103

³ G. Boroi, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 201, pag. 104

⁴ G. Boroi, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 105

⁵ C. Bîrsan „Drept Civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 313

Efectul ce i se atribuie titlului este acela de a realiza o prezumție simplă în legătură cu calitatea de proprietar a persoanei care îl invocă, acesta nefăcând dovada absolută a dreptului de proprietate. Această prezumție poate fi răsturnată prin proba contrară.

5.3 Situații posibile

Înainte de a prezenta situațiile frecvent întâlnite în materia acțiunii în revendicare este necesar să facem câteva precizări.

În primul rând nu este întotdeauna obligatoriu ca în acțiunea în revendicare să se ajungă la compararea de titluri. Revendicarea poate fi introdusă și împotriva unui detentor precar sau împotriva unei alte persoane care nu pretinde vreun drept real asupra bunului revendicat. În acest caz reclamantul trebuie să dovedească doar modul de dobândire a proprietății pe care o invocă¹.

De asemenea, un mod originar de dobândire a proprietății este întotdeauna de preferat în fața unui mod derivat, în materia acțiunii în revendicare.

În ultimul rând compararea de titluri va fi necesară atât în situația în care ambele titluri sunt valabile cât și atunci când partea nu este îndreptățită să invoce nulitatea titlului aflat în discuție. Dacă însă se invocă și se dovedește nulitatea titlului uneia dintre părți atunci se va ajunge în situația acțiunii în revendicare în care numai una dintre părți are titlu.

Ambele părți dețin titlu:

1) Dacă ambele titluri provin de la același autor, dar niciuna dintre părți nu și-a înscris titlul în cartea funciară atunci va avea câștig de cauză cea a cărei titlu are data mai veche. Această soluție derivă din principiul *nemo dat quod non habet*.

2) Dacă ambele titluri provin de la același autor, dar una dintre părți și-a înscris titlul în cartea funciară atunci aceasta va avea câștig de cauză.

3) Dacă ambele titluri provin de la același autor, iar ambele părți și-au înscris titlurile în cartea funciară, atunci va avea câștig de cauză cel care și-a înscris mai întâi titlul, chiar dacă actul înscris primul a fost încheiat ulterior celuilalt act.

4) Dacă cele două titluri provin de la autori diferiți urmează a se compara modurile de dobândire, dându-se câștig de cauză părții care are un drept preferabil.

Numai una dintre părți are titlu:

În această situație trebuie să deosebim în funcție de calitatea procesuală activă sau pasivă a părții care deține titlul.

Dacă reclamantul face proba unui titlu atunci acțiunea în revendicare se va admite. Dacă pârâțul este cel care are titlu atunci va exista concordanță între dreptul de proprietate și posesie, iar acțiunea în revendicare va fi respinsă.

Niciuna dintre părți nu are titlu:

În situația în care niciuna dintre părțile aflate în litigiu nu fac dovada unui titlu și nici nu invocă un mod originar de dobândire a proprietății atunci acțiunea în revendicare va fi respinsă deoarece în favoarea posesorului (pârâțul) operează prezumția de proprietate.

6. Efectele admiterii acțiunii în revendicare

Efectul principal al admiterii acțiunii în revendicare este recunoașterea dreptului de proprietate asupra bunului aflat în litigiu. Codul Civil însă reglementează și alte efecte, acestea reprezentând consecințe ale admiterii revendicării.

6.1 Restituirea bunului

În cazul recunoașterii dreptului de proprietate a reclamantului ca urmare a admiterii acțiunii în revendicare, pârâțul va fi obligat să restituie bunul. Astfel bunul va fi readus în patrimoniul

¹ G. Boroș, C. A. Anghelescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 108

proprietarului liber de sarcinile cu care fusese grevat de proprietarul neposesor¹, pe principiul că acesta din urmă nu avea în realitate în patrimoniul său un drept real pe care să-l greveze cu sarcini.

Restituirea bunului se face de regulă în natură, urmărindu-se astfel o reparare efectivă și integrală a prejudiciului suferit de către reclamant, conform principiului fundamental în dreptul civil *restitutio in integrum*. În cazul în care înapoierea bunului nu mai este posibilă datorită pieririi lucrului din vina pârâtului, atunci obligația de restituire va fi înlocuită cu o obligație de dezdăunare, conform articolului 566 din Codul Civil. Astfel instanța îl va obliga pe pârât la plata unei sume de bani cu titlu de despăgubire, evaluată în raport cu momentul restituirii bunului².

În cazul în care bunul revendicat a pierit fortuit și era asigurat, pârâtul va fi obligat fie să restituie indemnizația de asigurare pe care a încasat-o, fie să cedeze dreptul de a încasa indemnizația. Dacă bunul pierit fortuit nu era asigurat, atunci trebuie să facem diferența între posesorul de bună-credință și cel de rea-credință. În cazul celui dintâi, acesta nu va fi obligat la plata unor despăgubiri, deoarece riscul pieririi fortuite a bunului este suportat de către proprietar, conform articolului 558 din Codul Civil. În schimb posesorul de rea-credință va fi obligat să restituie contravaloarea lucrului, în afara cazului în care poate dovedi că bunul ar fi pierit și dacă se afla în posesia proprietarului³.

Dacă bunul a fost expropriat pentru cauză de utilitate publică, atunci pârâtul va fi obligat să restituie despăgubirea primită ca urmare a exproprierii.

6.2 Restituirea fructelor și a produselor

În urma admiterii acțiunii în revendicare și numai la cererea expresă a reclamantului, pârâtul va fi obligat la restituirea accesoriilor bunului. Prin accesorii înțelegem fructele și produsele.

În conformitate cu articolul 549 din Codul Civil produsele sunt „produsele obținute dintr-un bun cu consumarea sau diminuarea substanței acestuia, precum copacii unei păduri, piatra dintr-o carieră și altele asemenea”. În legătură cu produsele, trebuie subliniat că pârâtul, indiferent dacă a fost de bună-credință sau nu, va fi obligat la restituirea acestora în natură, sau dacă acest lucru nu mai este posibil, să plătească echivalentul valoric al produselor, care se stabilește în raport cu momentul restituirii.

Articolul 548 menționează că fructele sunt acele produse care derivă din folosirea unui bun, fără a diminua substanța acestuia. Fructele sunt naturale, industriale și civile.

În ceea ce privește restituirea fructelor produse de bunul revendicat în perioada în care nu s-a aflat în posesia adevăratului proprietar, trebuie să facem distincția între posesorul de bună-credință și cel de rea-credință.

În condițiile prevăzute de articolul 948, alin. 1 din Codul Civil, posesorul de bună-credință culege în proprietate fructele produse de bunul revendicat, pe tot intervalul de timp cât a durat buna sa credință. Reținem că buna-credință a posesorului poate înceta, cel mai târziu, la data introducerii acțiunii în revendicare.

În cazul posesorului de rea-credință sau a detentorului precar, lucrurile stau diferit. Aceștia din urmă vor fi obligați în baza articolului 566, alin. 2, să restituie în natură toate fructele produse de bun până la revendicarea acestuia, sau, în funcție de situație, să plătească echivalentul valoric al fructelor. Din dispozițiile articolului menționat, putem deduce că pârâtul va trebui să restituie și acele fructe produse de bun între momentul pronunțării hotărârii judecătorești prin care s-a admis acțiunea în revendicare și momentul înapoierii efective a lucrului⁴. De asemenea, în temeiul articolului 948,

¹ G. Boroș, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 125

² G. Boroș, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 126

³ G. Boroș, M.M. Pivniceru, T.V. Rădulescu, C.A. Angheliescu, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 82

⁴ C. Bîrsan „Drept Civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 322

alin. 5 din Codul Civil, posesorul de rea-credință poate fi obligat și la plata echivalentului valoric a fructelor pe care a omis să le perceapă.

Cererea prin care proprietarul solicită restituirea în natură a fructelor naturale și industriale este imprescriptibilă extinctiv, însă cererea prin care solicită restituirea fructelor civile sau echivalentul fructelor naturale și industriale este supusă prescripției extinctive¹.

Spre deosebire de vechea reglementare, Codul Civil, prin articolul 566, alin. 6, recunoaște pârâtului un drept de retenție asupra produselor până la restituirea de către proprietar a cheltuielilor făcute pentru producerea și culegerea fructelor, cu excepția cazului în care proprietarul furnizează pârâtului o garanție îndestulătoare.

Articolul 566, alin. 7 vine însă cu o completare și anume situațiile în care pârâtul nu poate exercita dreptul de retenție, acestea fiind: dacă bunul în legătură cu care s-au efectuat cheltuielile necesare sau utile este un bun frugifer, dacă intrarea în stăpânirea bunului s-a făcut prin violență sau fraudă, dacă produsele asupra cărora s-ar exercita retenția sunt bunuri perisabile ori sunt supuse, ca urmare a trecerii unei scurte perioade de timp, unei scăderi semnificative a valorii lor.

6.3 Restituirea cheltuielilor făcute de către posesor

În ceea ce privește situația cheltuielilor făcute de posesor în legătură cu bunul revendicat, trebuie făcută distincția între: cheltuieli necesare, cheltuieli utile și cheltuieli voluptuare.

Codul Civil dispune în articolul 566, alin. 3 „proprietarul poate fi obligat, la cerere, să restituie posesorului cheltuielile necesare pe care acesta le-a făcut”. Acest tip de cheltuieli, făcute pentru conservarea bunului, se vor restitui integral indiferent dacă pârâtul din acțiunea în revendicare a fost sau nu de bună-credință, posesorul având posibilitatea să introducă fie o cerere reconvențională, fie un proces distinct.

Tot în baza articolului 566, alin. 4 din Codul Civil, proprietarul va fi obligat să suporte și cheltuielile utile, adică acelea care, fără a fi necesare, sporesc valoarea bunului. Însă proprietarul va trebui să restituie numai sporul de valoare adus lucrului, calculat în momentul restituirii².

Dispozițiile Codului Civil privind cheltuielile necesare și utile se aplică numai în situația în care aceste cheltuieli nu se concretizează într-o lucrare nouă. În caz contrar urmează a se aplica dispozițiile corespunzătoare accesii imobiliare artificiale.

Trebuie subliniat că restituirea acestor cheltuieli are la bază necesitatea de a evita o îmbogățire fără justă cauză a proprietarului în detrimentul posesorului. De asemenea, Codul Civil recunoaște posesorului de bună-credință un drept de retenție asupra bunului revendicat până la data la care proprietarul îi va plăti cheltuielile. Observăm că acest drept de retenție nu poate fi invocat și de către posesorul de rea-credință pentru plata cheltuielilor, ci acesta din urmă poate reține bunul revendicat doar pentru cheltuielile făcute pentru producerea și culegerea fructelor³.

Proprietarul nu va fi obligat să suporte și cheltuielile voluptuare, adică acelea făcute de către posesor doar pentru simpla lui plăcere, fără a spori valoarea bunului. În măsura în care lucrările sau amenajările făcute lucrului ca urmare a unor asemenea cheltuieli, se pot detașa de bun fără ca acesta să se deterioreze, atunci posesorul are dreptul să le ridice.

7. Revendicarea de către foștii proprietari a imobilelor preluate abuziv de stat în perioada 1945-1989 prin prisma jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului

Deși au trecut mai bine de douăzeci de ani de la căderea regimului comunist, adică două decenii de democrație care ar fi trebuit să aibă ca prioritate restituirea proprietăților preluate abuziv

¹G. Boroi, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 127

²G. Boroi, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 128

³G. Boroi, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013, pag. 129

sau repararea prejudiciilor într-un mod echitabil, soluționarea problemelor în acest domeniu pare a fi încă departe. Deși a existat o succesiune de legi reparatorii adoptate în materie, prin acestea s-a încercat doar o soluționare punctuală a problemei, în locul uneia de ansamblu, ceea ce a generat multe controverse care au avut ca rezultat amânarea finalizării procedurii restituirilor.

Foștii proprietari ai imobilelor preluate abuziv și ulterior foștii chiriași care și-au văzut desființate contractele de vânzare încheiate în mod legal cu statul român, au fost nevoiți să apeleze la Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru a-și face dreptate, în condițiile în care o rezolvare din partea statului întârzia să apară. Astfel instanța de la Strasbourg s-a văzut sufocată de numărul foarte mare de plângeri care vizau problema imobilelor preluate abuziv. Pasivitatea sau lipsa de voință a statului român a fost dur sancționată de către Curtea Europeană prin intermediul a mii de hotărâri de condamnare, culminând cu adoptarea primei hotărâri pilot care obliga autoritățile române să ia atitudine în rezolvarea acestei probleme. Astfel o simplă privire către statele vecine nouă, care se confruntaseră cu aceeași situație, ar fi fost suficient pentru a constata că nu mecanismul de restituire a reprezentat cheia reușitei, ci rapiditatea cu care a fost adoptat. Numărul infim de condamnări cu care s-au confruntat celelalte state foste comuniste în materia restituirii proprietății, ar fi trebuit să servească drept exemplu de urmat.

Potrivit jurisprudenței Curții, hotărârea pilot impune statelor o obligație generală de a lua măsurile necesare soluționării unor probleme identice care afectează un număr nedeterminat de persoane din același stat, indiferent dacă acestea au depus plângere în fața Curții sau nu, dar fără a viza în mod direct situația reclamantului.

Având în vedere numărul mare de hotărâri pilot ce au existat, putem stabili care ar fi domeniul de incidență al acestor hotărâri. În primul rând, este necesar ca măsura contrară Convenției să aducă atingere unui număr mare de persoane, fără a fi stabilită vreo limită minimă în acest sens. De asemenea, este necesar ca pe rolul Curții să se afle sau să existe posibilitatea de a se afla un număr mare de plângeri care vizează aceeași problemă, precum și faptul că statul nu a luat măsurile necesare pentru a rezolva problema.

Cauza Viașu contra România¹ - prima hotărâre pilot pronunțată împotriva României

La 9 decembrie 2008, în baza articolului 46 din Convenție, Curtea a pronunțat prima hotărâre pilot în cauza Gheorghe State Viașu c. României împotriva statului român, prin care se institua în sarcina acestuia, obligația de a lua anumite măsuri legislative și administrative. În speță, reclamantul a fost proprietarul unui teren agricol. În cadrul politicii de cooperativizare a agriculturii, finalizată în 1962, acesta a fost nevoit să cedeze terenul CAP-ului din localitate. În anii '80, o parte din teren a fost pus la dispoziția unei exploatare miniere. În anul 1991, în baza Legii fondului funciar numărul 18/1991, reclamantul a solicitat restituirea în natură a terenului de care fusese privat în urma cooperativizării. Cererea i-a fost admisă parțial, în sensul că i-a fost restituită doar o mică parte din teren. Cu privire la cealaltă parte, anterior intrării în vigoare a Legii numărul 1/2000, reclamantul nu obținuse restituirea în natură a terenului. Având în vedere pierderea din valoare a terenului datorită exploatareii miniere, reclamantul a solicitat acordarea unui alt teren ori restituirea prin echivalent bănesc. În iunie 2000, cererea de restituire a fost admisă, cu precizarea că restituirea în natură nu era posibilă, urmând să primescă o indemnizație, devenind astfel titularul unui drept de creanță împotriva statului.

Pe parcursul unei lungi perioade de timp, dreptul domnului Viașu de a-i fi acordate despăgubiri a fost recunoscut fără îndoială de toate autoritățile statului, fără a obține însă sumele de bani datorate. La începutul anului 2007, reclamantul a fost informat că terenul urma să-i fie restituit în natură, dreptul său de creanță împotriva statului devenind neexistabil. Însă, până la data hotărârii

¹ CEDO, hotărârea Viașu c. România din 9 decembrie 2008, publicată în M. Of. nr. 361 din 29 mai 2009

Curții Europene, nicio despăgubire nu fusese plătită reclamantului și nici terenul nu i-a fost restituit în natură.

Curtea a concluzionat că reclamantul avea un interes patrimonial suficient de bine stabilit în dreptul intern, cert, irevocabil și exigibil, datorită faptului că dreptul său de a obține despăgubiri pentru bunul preluat abuziv a fost stabilit printr-o decizie administrativă necontestată vreun moment, acest drept fiind calificat ca un „bun” protejat de articolul 1 din Protocolul numărul 1. Refuzul îndelungat de a executa o creanță a cărei existență a fost recunoscută de stat, coroborat cu refuzul de a adopta acte normative necesare pentru achitarea sumei de bani, au condus la constatarea încălcării dreptului de proprietate al reclamantului de către statul român.

Justificările formulate de către guvernul român referitoare la dificultățile legate de organizarea administrativă a activității de restituire a imobilelor preluate abuziv, a cărei amploare nu era deloc neglijabilă, nu pot scuza eșecul reclamantului de a obține indemnizația la care avea dreptul. Dificultățile au fost create de însuși statul român prin multiplele modificări legislative, care în opinia Curții, s-au dovedit lipsite de efect în plan practic și ca surse ale unui climat de incertitudine juridică.

Concluzii

În concluzie, consider că lucrarea este consacrată prezentării și examinării Acțiunii în revendicare imobiliară într-o manieră sintetică și explicită. Subiectul ales a fost unul de maximă importanță în cadrul studiului drepturilor reale principale, având în vedere că revendicarea este un mijloc esențial de apărare a dreptului de proprietate și totodată ținând cont că aceasta a primit o reglementare proprie în Noul Cod Civil.

Am încercat să îndeplinesc obiectivele stabilite în incipitul studiului, abordând subiectul, în principal, dintr-o perspectivă doctrinară, bazată pe cercetări ample realizate de mari practicieni și teoreticieni. Cu toate acestea, am considerat că doar o abordare teoretică a tematicii nu va oferi o perspectivă completă, tocmai de aceea am adus soluții practice asupra unor probleme des întâlnite în activitatea judiciară, dublate de specificarea articolelor din Codul Civil care își găsesc aplicarea în fiecare situație în parte.

Sper că ceea ce a rezultat să vină în sprijinul celor interesați să aprofundeze tematica. Consider că cercetarea în domeniul acțiunii în revendicare nu va fi niciodată completă având în vedere profunzimea și vastitatea subiectului. De aceea interesul meu privind revendicarea mă va determina să urmăresc cu atenție noile cercetări realizate în domeniu.

Referințe bibliografice:

1. G. Boroș, C. A. Angheliescu, B. Nazat „Curs de drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2013
2. C. Bîrsan „Drept Civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil”, editura Hamangiu, București, 2013
3. G. Boroș, M. M. Pivniceru, T. V. Radulescu, C. A. Angheliescu, „Drept civil. Drepturi reale principale”, editura Hamangiu, București, 2011
4. I. Adam, „Drept civil. Drepturi reale”, Editura Allbeck, București, 2002
5. V. Terzea, “Noul Cod Civil adnotat cu doctrină și jurisprudență” vol. I, editura Universul Juridic, București, 2011
6. E. T. Popa, “Acțiunea în revendicare”, editura Lumina Lex, București, 1998
7. C. Bîrsan, „Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole”, vol. I Drepturi și libertăți, editura All Beck, București, 2005

COMPARAȚIE PRIVIND SISTEMELE DE ADMINISTRARE ALE S.A.

¹Mihai Iulian BĂICOIANU

²Dănuț TITE

Abstract

Prin legea nr. 31/1990, în forma modificată și completată prin legea nr. 441/2006, a fost consacrată o nouă concepție privind administrarea și conducerea societății pe acțiuni. Noua reglementare materializează principiile guvernării corporative și asigură armonizarea cu reglementările din țările Uniunii Europene. Potrivit art. 137 din lege, societatea pe acțiuni este administrată de unul sau mai mulți administratori. Când există mai mulți administratori, ei constituie un consiliu de administrație. Conform art. 143 din lege Consiliul de Administrație poate delega conducerea societății unuia sau mai multor directori, numind pe unul dintre aceștia Director General.

Tot astfel articolul 153 dispune că prin actul constitutiv se poate stipula că societatea pe acțiuni este administrată de un directorat și un consiliu de supraveghere.

Din dispozițiile legale de mai sus reiese faptul că administrarea și conducerea societății pe acțiuni se realizează fie prin Consiliul de Administrație și Directorii Societății (sistemul unitar), fie prin Directorat și Consiliul de Supraveghere (sistemul dualist). În cele ce urmează vom analiza principalele caracteristici ale celor doua sisteme de administrare ale S.A.-urilor.³

Cuvinte cheie: *administrare S.A., societate pe acțiuni, sistem unitar, sistem dualist, consiliul de administrație.*

1. Introducere

⁴Societatea pe Acțiuni (S.A.) este una din formele de societate comercială cu o largă reglementare și implementare pe plan internațional. Aceasta este o societate de capitaluri, asociații răspund pentru pierderile societății doar în limita acțiunilor deținute. Astfel spus, asociații nu pot pierde mai mult decât au investit. Societatea pe acțiuni era denumită în legislația mai veche din România societate anonimă.

Legiuitorul a reglementat modul de conducere și administrare a societăților comerciale pe baza a două sisteme, respectiv sistemul unitar, specific dreptului francez, în care administrarea societăților comerciale, mai cu seamă, a societăților pe acțiuni, revine unui consiliu de administrație, și respectiv sistemul dualist, structură ce provine din dreptul german, sistem care se bazează pe două structuri diferite de conducere și administrare și anume: directoratul și consiliul de supraveghere.

⁵3 Administrarea societăților pe acțiuni de către un directorat și un consiliu de supraveghere răspunde distincției fundamentale între funcțiile de conducere (direcției) și cele de control ale directorilor. Prin reglementarea celor două sisteme de administrare a societăților comerciale pe acțiuni, legiuitorul creează posibilitatea pentru asociații să opteze încă din momentul constituirii societății, fie pentru sistemul unitar de administrare, fie pentru sistemul dualist. De altfel, potrivit art.294 din Legea nr. 441/2006 și art. IV din O.U.G. nr. 82/2007, societățile pe acțiuni înregistrate în

¹ Mihai Iulian BĂICOIANU, student, an III, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu", lucrare coordonată de Conf. Univ. Dr. Vasile Nemeș și Asist. Univ. Dr. Dan-Alexandru Sitaru

² Dănuț TITE, student, an III, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu", lucrare coordonată de Conf. Univ. Dr. Vasile Nemeș și Asist. Univ. Dr. Dan-Alexandru Sitaru

³ 1 Vasile Nemeș, Drept Comercial, (Ed. Hamangiu 2012, p. 213)

⁴ 2 St. D. Cârpenaru, Tratat Drept Comercial (Ed. Universul Juridic 2012, p. 347-348)

⁵ 3 S. Popa, Drept comercial. Teorie și practică judiciară, (Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 222)

registruul comerțului la data intrării în vigoare a acestor reglementări trebuie să opteze pentru unul din sistemele de administrare prevăzute de lege în termen de 6 luni, iar până la finalizarea demersurilor, societatea va putea funcționa cu structura de administrare existentă la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 82/2007.

2. Conținutul lucrării

2.1 SISTEMUL UNITAR, COMPONENTĂ ȘI CARACTERISTICI

În cadrul sistemului unitar de administrarea a societății pe acțiuni administrarea este realizată de către un singur organ de administrare și anume de către consiliul de administrație. Principalele caracteristici ale sistemului unitar sunt după cum urmează :

A. Consiliul de administrație

Conform art. 137 din Legea nr. 31/1990, în societățile comerciale în care sunt numiți mai mulți administratori, aceștia vor forma un consiliu de administrație.

În acest caz, numărul administratorilor trebuie să fie impar.

Primii membri ai consiliului de administrație sunt numiți prin **actul constitutiv**. Ulterior, administratorii vor fi nominalizați de către membrii consiliului de administrație sau de către acționari și vor fi desemnați de către adunarea generală ordinară a acționarilor.

O nouate adusă de legiuitor prin **Legea nr. 441/2006** o constituie **modificarea raportului dintre administrator și societate**. Astfel, în noua reglementare, **administratorul nu mai poate încheia cu societatea un contract de muncă, relația dintre aceștia fiind reglementată conform regulilor contractului de mandat**.

În situația în care, la momentul numirii în funcție, administratorul are încheiat cu societatea un contract de muncă, acesta se va suspenda pe durata mandatului, conform art. 137¹ alin. 3 din Legea nr. 31/1990. Prin actul constitutiv sau printr-o hotărâre a adunării generale a asociaților poate fi stabilit un număr al membrilor consiliului de administrație ce trebuie să fie independenți. Consiliul de administrație alege dintre membrii săi un președinte, în situația în care, prin actul constitutiv, nu se prevede că acesta este ales de adunarea generală ordinară. Mandatul președintelui nu poate depăși durata mandatului său de administrator.

Președintele poate fi revocat din funcție numai de organul care l-a numit.

Președintele veghează la buna funcționare a societății, coordonează activitatea consiliului și raportează cu privire la aceasta adunării generale a acționarilor.

În situația în care președintele se află în imposibilitate temporară de a-și exercita funcția, consiliul va desemna un alt administrator care să îndeplinească funcția de președinte pe durata respectivă.

Consiliul de administrație poate crea comitete consultative, formate din cel puțin doi membri ai consiliului și însărcinate cu efectuarea de investigații și recomandări pe diferite domenii de activitate, precum auditul, remunerarea personalului sau nominalizarea de candidați pentru diferite posturi.

În situația în care societatea face obiectul unei obligații legale de auditare, crearea unui comitet de audit este obligatorie.

Comitetele vor înainta consiliului de administrație, în mod regulat, rapoarte ale activității lor.

Consiliul de administrație se întrunește cel puțin o dată la trei luni. Președintele este cel care convoacă consiliul, stabilește ordinea de zi și prezidează întrunirea.

Consiliul poate fi, de asemenea, convocat la cererea motivată a cel puțin doi membri ai săi sau a directorului general. În acest caz ordinea de zi va fi stabilită de către autorii cererii.

Convocarea pentru întrunirea consiliului va fi transmisă administratorilor cu suficient timp înainte de data întâlnirii și va cuprinde data, locul unde se va ține sedința și ordinea de zi.

Dacă sunt chemați, directorii, cenzorii sau auditorii interni sunt obligați să participe la orice întrunire a consiliului. Ei nu au drept de vot, cu excepția directorilor care sunt și administratori.

Consiliul de administrație decide prin votul majorității membrilor prezenți, excepție făcând decizia de numire sau revocare a președintelui consiliului care se ia cu majoritatea membrilor.

Președintele consiliului de administrație are votul decisiv în caz de paritate de voturi, dacă nu este altfel stabilit prin actul constitutiv. Președintele consiliului, care este în același timp și director al societății, nu va putea avea drept de vot decisiv.

Dacă președintele se află în imposibilitate de a participa la vot, consiliul va alege un președinte de ședința care va avea aceleași drepturi ca și președintele.

În caz de paritate de voturi, dacă președintele nu beneficiază de vot decisiv, propunerea supusă votului va fi respinsă.

În cazuri excepționale, justificate de urgența situației, deciziile consiliului de administrație pot fi luate prin votul unanim exprimat în scris, fără a mai fi necesară întrunirea consiliului. Sunt exceptate de la această procedură deciziile referitoare la situațiile financiare anuale ori la capitalul autorizat.

Participarea la reuniunile consiliului poate avea loc și prin intermediul mijloacelor de comunicare, dacă această procedură este acceptată prin actul constitutiv. Tot prin actul constitutiv, pot fi limitate deciziile care pot fi luate în astfel de condiții sau poate fi prevăzut dreptul unui număr determinat de membri de a se opune acestei proceduri.

Un administrator are obligația de a se abține de la vot în situația în care este interesat, direct sau indirect, într-o operațiune supusă deliberării, sau sunt interesate soțul, rudele sau afinii până la gradul IV inclusiv.

Această interdicție este înlăturată în situația în care obiectul votului îl constituie oferirea spre subscriere către soțul, ruda sau afinul au până la gradul IV inclusiv de acțiuni sau obligațiuni ale societății, ori acordarea unui împrumut sau constituirea unei garanții în favoarea societății.

În caz de vacanță a unui sau a mai multor posturi de administrator, dacă prin actul constitutiv nu se dispune altfel, consiliul de administrație procedează la numirea unor administratori provizorii, până la întrunirea adunării generale ordinare a acționarilor.

În cazul în care administratorii nu își îndeplinesc obligația de a convoca adunarea generală, orice parte interesată se poate adresa instanței pentru a desemna persoana însărcinată cu convocarea adunării generale ordinare a acționarilor, care să facă numirile necesare.

Pentru această situație, de fapt, constatăm două aspecte de noutate stabilite de legiuitori. Astfel, constatăm că, în caz de vacanță a administratorilor, numirea administratorilor provizorii cade în competența exclusivă a consiliului de administrație, fără a mai fi necesară și prezența cenzorilor, așa cum cereau imperativ dispozițiile art. 156 alin. 1 din Legea nr. 31/1990.

Considerăm că se impunea o asemenea prevedere, în practică existând mai multe probleme cu privire la participarea cenzorilor la ședința de numire a administratorilor provizorii.

După opinia noastră, este oportun ca administratorii, care se pot întruni într-un mod mai operativ și care cunosc mai bine calitățile profesionale ale persoanelor din cadrul societății care pot îndeplini funcția de administrator, să decidă cu privire la numirea unui administrator provizoriu; și aceasta, cu atât mai mult cu cât, oricum, din dispozițiile legale citate, cenzorii nu aveau un drept de vot la aceste ședințe (ei pot însă cere instanței desemnarea persoanei însărcinate cu convocarea adunării generale, potrivit celor expuse mai jos).

A doua noutate foarte importantă constă în posibilitatea pe care o acordă legea oricărei persoane interesate de a iniția convocarea adunării generale pentru completarea consiliului de administrație în caz de vacanță, atunci când administratorii nu o fac.

Trebuie precizat însă că, doar instanța, la cererea persoanei interesate, poate desemna o persoană pe care să o însărcineze cu convocarea adunării generale ordinare a acționarilor, care să facă numirile necesare și, totodată, să propună și administratorul care va ocupa locul vacant în consiliu.

Apoi, observăm că sesizarea instanței în acest sens o poate face doar persoana interesată, astfel că, pentru a putea fi admisă o altfel de cerere, trebuie făcută dovada interesului.

În lumina reglementărilor actuale, **consiliul de administrație reprezintă societatea în raporturile cu terții și în justiție.** În lipsa altor precizări în actul constitutiv, **președintele consiliului este cel care reprezintă societatea.** Însă prin actul constitutiv, pe lângă președinte mai pot fi numiți unul sau mai mulți administratori care să reprezinte societatea, împreună sau în mod individual. Această clauză va fi opozabilă terților.

În situația în care puterea de conducere a societății este delegată directorilor, atunci directorul general va reprezenta societatea.

În toate aceste cazuri, legea impune publicitatea numelor persoanelor împuternicite să reprezinte societatea și a felului în care acționează (împreună sau separat) prin înregistrarea acestora la registrul comerțului.

Administratorii pot fi revocați oricând de către adunarea generală ordinară a acționarilor, însă dacă revocarea a fost făcută fără justa cauză, aceștia vor fi îndreptățiți la plata unor daune-interese.

Vechea reglementare excludea în mod expres dreptul administratorilor de a ataca hotărârea adunării generale referitoare la revocarea lor din funcție (art.132, alin. 4 din Legea nr. 31/1990), astfel că, în lipsa unor prevederi derogatorii speciale, administratorul nu putea solicita instanței nici anularea hotărârii, dar nici pretinderea unor daune pentru o revocare fără justa cauză.

Imposibilitatea atacării hotărârii care are ca obiect revocarea din funcție a administratorului este menținută și de noua reglementare însă legea prevede, în prezent, că administratorul este îndreptățit la plata unor daune-interese în cazul revocării sale din funcție fără justa cauză, daune-interese care pot fi obținute în urma unei negocieri directe cu societatea sau, în cazul în care societatea refuză plata de bună voie a acestora, doar pe cale judecătorească.

Legiuitorul a reglementat astfel calitatea procesuală activă a administratorului în formularea unei cereri introductive având ca obiect pretinderea de daune-interese pentru revocarea sa fără justa cauză, rămânând însă să dovedească producerea prejudiciului care să-l îndreptățească la primirea sumelor de bani cu titlu de daune-interese, precum și întinderea acestuia, potrivit regulilor generale consfințite prin art. 1169 C. Civil.

Putem constata astfel o serie de caracteristici ce aparțin administrării societății comerciale în sistem unitar :

- O prima caracteristică este reprezentată de către separația dintre funcția neexecutivă, funcția de control (administrator neexecutiv) și cea executivă (directori) – această separație este obligatorie în cazul societăților pe acțiuni ale căror situații financiare anuale fac obiectul unei obligații legale de audit;

- A doua însușire a sistemului unitar este reprezentată de competențele de bază pe care consiliul de administrație le are, care pe de o parte, nu îi pot fi retrase prin actul constitutiv sau prin hotărâre a adunării generale a acționarilor și pe care, pe de altă parte, consiliul nu le poate delega directorilor societății;

- A treia caracteristică cade asupra posibilității delegării funcției executive către directori, în timp ce administratorii neexecutivi constituie majoritatea în Consiliul de administrație conform art. 1381;

- A patra însușire o reprezintă noțiunea de director, acesta fiind un concept nou ce reprezintă administratorul sau persoana din afara Consiliului de administrație căreia i-au fost delegate din partea Consiliului de administrație atribuții de conducere a societății. Potrivit noii legi se urmărește înlocuirea comitetului de direcție (ce este un organ colegial, cu reguli stricte, reguli rigide de întrunire și luare a deciziei) cu directorii (activitate și răspundere individuală, nu colegială.)

- A cincea caracteristică o reprezintă numărul minim de administratori (în cazul societăților pe acțiuni ale căror situații financiare anuale fac obiectul unei obligații legale de auditare) – art. 137 alin. (2); -prin actul constitutiv sau prin hotărâre a adunării generale a acționarilor se poate prevedea că unul sau mai mulți membri ai consiliului de administrație trebuie să fie independenți (legea prevede, cu titlu exemplificativ, criterii de evaluare a independenței administratorilor) – art. 138

- A șasea însușire este reprezentată de posibilitatea de a crea comitete consultative în cadrul consiliului de administrație (ex. comitet de audit, comitet de remunerație)

- A șaptea caracteristică este reprezentată de obligativitatea existenței comitetului de audit pentru societățile supuse auditării; comitetul de audit include un administrator independent conform art. 140

- O ultimă însușire este reprezentată de raporturile dintre societate și administratori (directori sau administratori neexecutivi) care sunt guvernate de regulile mandatului, neputându-se încheia pentru îndeplinirea acestui mandat un contract de muncă.

2.2 SISTEMUL DUALIST, COMPONENTĂ ȘI CARACTERISTICI

În cadrul sistemul dualist administrarea societății este realizată de Directorat și de către Consiliul de Supraveghere. Principalele caracteristici ale sistemului dualist sunt după cum urmează :

a. Caracteristicile Directoratului

- O primă caracteristică a sistemului dualist este reprezentată de aptitudinea membrilor directoratului de a fi numiți de către consiliul de supraveghere, aceștia neputând fi concomitent și membri ai consiliului de supraveghere, putem găsi această regulă prevăzută la art. 153;

- O a doua caracteristică este aceea că membrii directoratului pot fi revocați oricând de către consiliul de supraveghere, sau dacă se prevede astfel în actul constitutiv, și de către adunarea generală a acționarilor;

- O a treia însușire o reprezintă aptitudinea directoratului de a asigura, în exclusivitate, conducerea societății pe acțiuni , astfel reieșind din prevederile art. 153 alin. (1), cât și aptitudinea directoratului de a exercita funcția de reprezentare legală.

În cazul societăților care optează pentru sistemul dualist, conducerea acesteia revine în exclusivitate directoratului, care trebuie să încheie actele necesare și utile realizării obiectului de activitate al societăților, cu excepția celor care, potrivit voinței asociaților sau care, potrivit legii, sunt un atribut al consiliului de supraveghere sau al adunării generale a acționarilor.

Ca și în cazul consiliului de administrație, în sistemul unic de administrare, directoratul poate fi format din unul sau mai mulți membri, numărul acestora fiind totdeauna impar. În ipoteza în care, directoratul este constituit dintr-un singur membru, acesta poartă denumirea de director general unic.

Desemnarea unui singur membru al directoratului este interzisă în cazul societăților pe acțiuni ale căror situații financiare anuale fac obiectul unei obligații legale de auditare, pentru care, legiuitorul, în art.1531 alin.5 din legea nr.31/1990, republicată și modificată, prevede că directoratul trebuie să fie format din cel puțin trei membri. Comparând dispozițiile cuprinse în art.153 alin.3, art.1531 alin.5 și art.1601 din lege, observăm că, pe de o parte, legiuitorul prevede obligativitatea efectuării auditului financiar în toate societățile pe acțiuni care optează pentru sistemul dualist iar pe de altă parte, numărul membrilor directoratului poate fi, după caz, unul sau minim 3, după cum societățile sunt supuse obligației legale de auditare, indiferent că optează pentru sistemul unitar sau dualist de administrare sau că această obligație de auditare este o consecință a faptului că au optat pentru sistemul dualist.

Având în vedere conducerea și administrarea societății pe baza a două structuri cu rol diferit, directorat și consiliu de supraveghere, membrii directoratului nu pot fi în același timp membri ai consiliului de supraveghere, sistem care, și prin această trăsătură, se deosebeste de sistemul unitar, în care directorii pot fi numiți chiar dintre membrii consiliului de administrație. Consiliul de supraveghere este îndreptățit, potrivit legii, să desemneze componența membrilor directoratului, atribuind unuia dintre ei, funcția de presedinte.

Totodată, revocarea membrilor directoratului se realizează tot de către consiliul de supraveghere, potrivit principiului simetriei. Cu toate acestea, actul constitutiv poate să prevadă, că

revocarea membrilor directoratului se poate face prin hotărârea adunării generale ordinare a acționarilor.

Dacă legiuitorul prevede în art. 15312 alin 4, posibilitatea revocării membrilor directoratului pe baza hotărârii adunării generale ordinare, este posibil ca acest lucru să se hotărască și în cadrul unei adunări generale extraordinare, prin aplicarea regulii „cine poate mai mult, poate și mai puțin”, mai cu seamă că, în discuție se pune problema modificării actului constitutiv, modificare care este de competența adunărilor generale extraordinare. Cu privire la revocarea abuzivă sau „fără justa cauză”, membrii directoratului sunt îndreptățiți să solicite obligarea societății la plata daune– interese. În nici un caz membrii directoratului revocați din funcție, chiar abuziv, nu pot ataca hotărârea Adunării Generale a Acționarilor sau decizia Consiliului de supraveghere privind revocarea lor din funcție.

Rațiunea pentru care legiuitorul a prevăzut în art. 132 imposibilitatea solicitării anulării AGA de către administratori sau directori este legată de natura raporturilor juridice care există între administratori (directorat) pe de o parte, și societatea comercială pe de altă parte, raporturi întemeiate pe contractul de mandat, a cărui trăsătură esențială este caracterul „intuitu personae”, încrederea pe care o are societatea, respectiv asociații, în persoana sau persoanele desemnate să conducă și să administreze patrimoniul societății. În măsura în care această încredere a dispărut, evident că, membrii directoratului pot fi revocați prin voința unilaterală a consiliului de supraveghere sau a Adunării Generale a Acționarilor.

Drepturile și obligațiile membrilor directoratului sunt aceleași ca și pentru membrii consiliului de administrație. Dintre obligațiile principale ale membrilor directoratului sunt: obligația de loialitate, obligația de confidențialitate, obligația de prudență și obligația diligență, de profesionalism (manager) și, ca noutate a Legii nr.441/2006, obligația de asigurare profesională .

Totodată, membrii directoratului ca, de altfel, administratorii societăților pe acțiuni nu pot avea calitatea de salariat (angajat) al societății pe perioada executării mandatului și dacă au avut acest statut, de salariat, până în momentul desemnării și acceptării funcției respective, contractul de muncă încetează (art.1371 alin 3 din Legea nr.441/2006, coroborat cu O.U.G. nr. 82/2007).

Directoratul reprezintă societatea în relațiile cu terțele persoane și în justiție, acționând de regulă, împreună, existând posibilitatea ca, prin acordul unanim al membrilor, unul dintre acestia să fie împuternicit să încheie anumite operațiuni sau tipuri de operațiuni. Membrii directoratului nu pot fi decât persoane fizice, persoanele juridice neavând aceasta capacitate.

b. Caracteristicile Consiliului de Supraveghere:

- membrii consiliului de supraveghere sunt numiți de către adunarea generală a acționarilor - art. 1566 alin. (1);

- numărul membrilor consiliului de supraveghere este stabilit prin actul constitutiv, ne putând fi mai mic de 3 și nici mai mare de 11 - art. 1566 alin. (3);

-membrii consiliului de supraveghere pot fi revocați oricând de adunarea generală a acționarilor - art.1566 alin. (4);

-membrii consiliului de supraveghere nu pot fi concomitent membri ai directoratului-art. 1538 alin. (1);

În cadrul consiliului de supraveghere pot fi create comitete consultative (ex.: audit, remunerare, nominalizare); în cazul societăților pe acțiuni ale căror situații financiare anuale fac obiectul unei obligații legale de auditare financiară, crearea unui comitet de audit în cadrul consiliului de supraveghere este obligatorie.

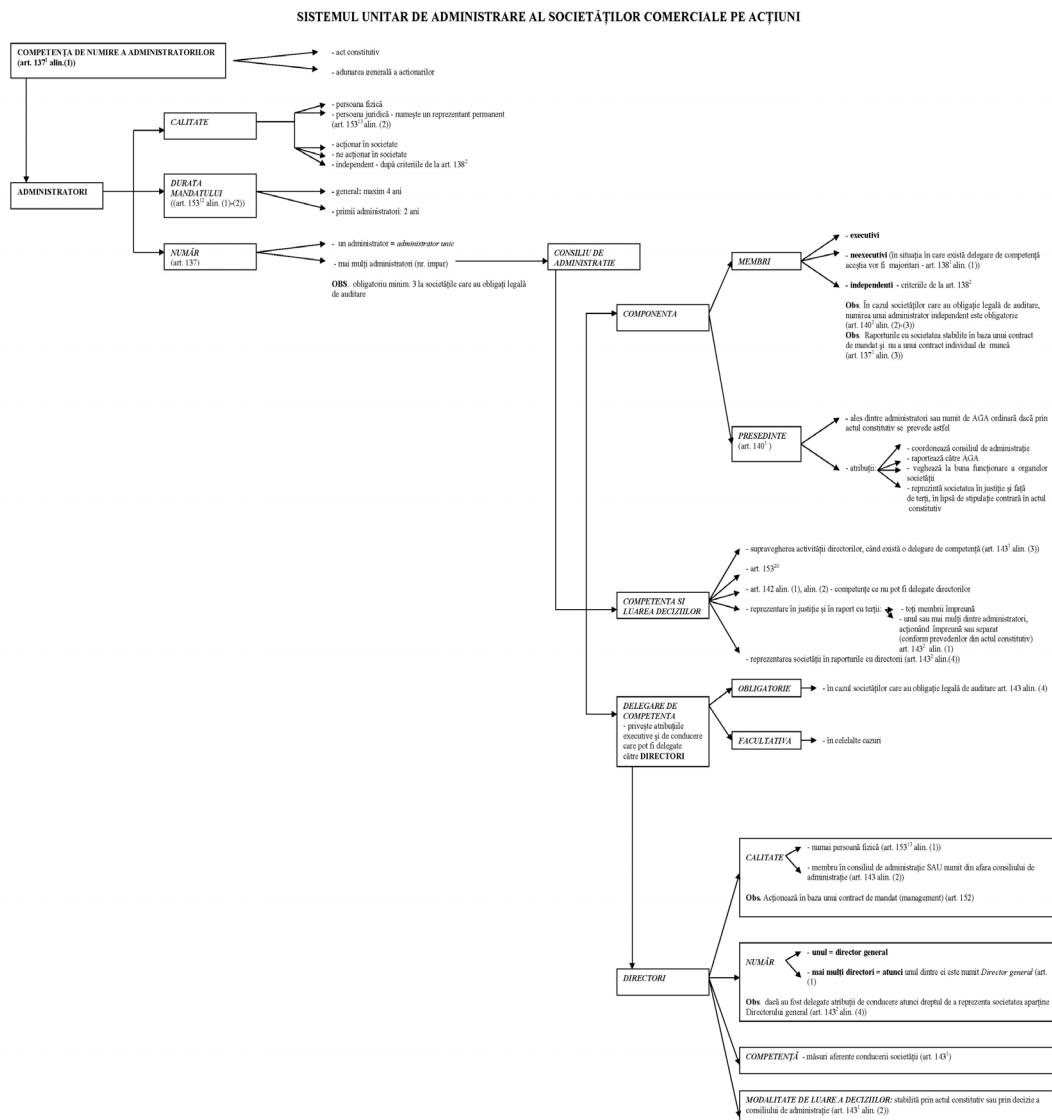
Consiliul de supraveghere execută controlul activității de conducere a societății de către directorat, raportând adunării generale a acționarilor, cel puțin o dată pe an, cu privire la activitatea de supraveghere desfășurată.

Componența Consiliului de supraveghere este stabilită prin actul constitutiv al societății sau, ulterior, de către Adunarea Generală a Acționarilor.

Dacă în privința directoratului, membrii nu pot fi decât persoane fizice, în schimb, în structura Consiliului de supraveghere pot fi atât persoane fizice cât și juridice.

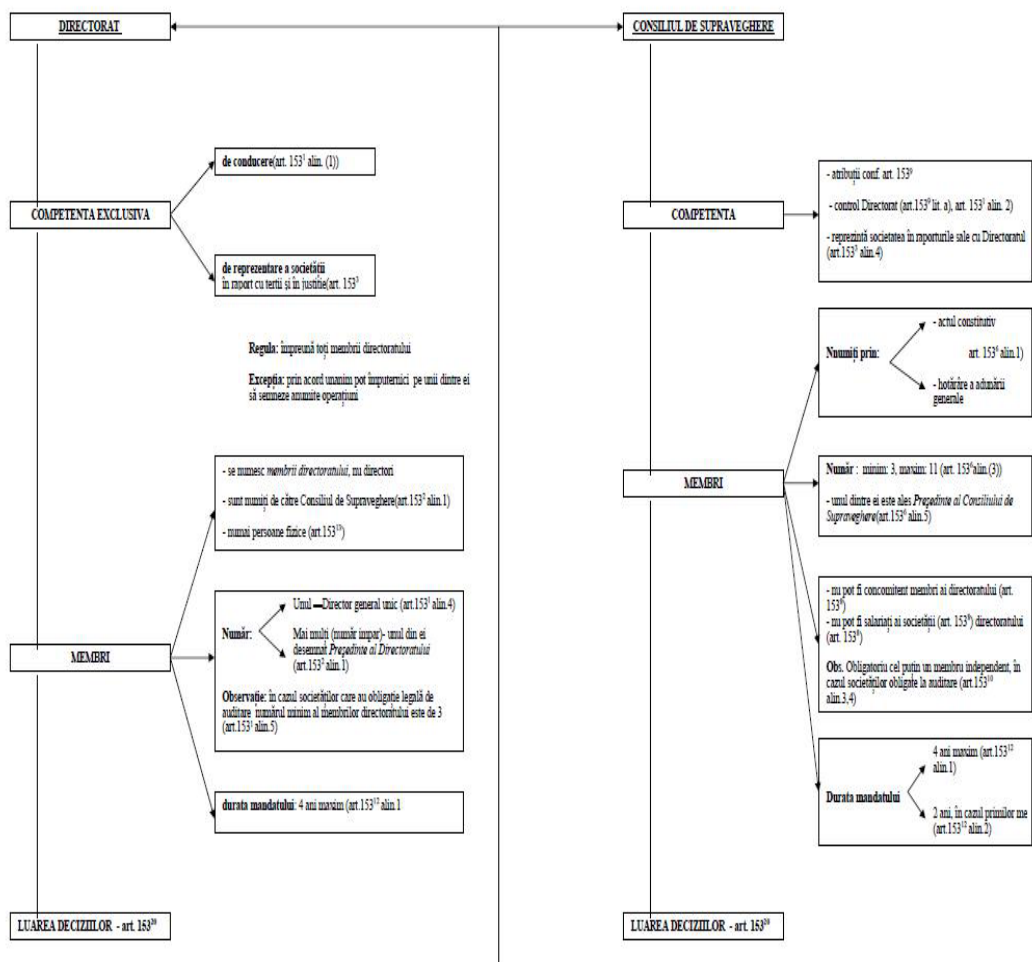
Numărul membrilor Consiliului de supraveghere poate fi de minim 3 până la 11 membrii, fiind condus de un presedinte, ales de Consiliu, dintre membrii săi.

Atât la nivelul Consiliului de Supraveghere cât și la nivelul Consiliului de administrație (în sistemul unitar de administrare) pot fi constituite diferite Comitete consultative, în domenii cum ar fi: auditul, remunerarea membrilor directoratului și ai consiliului de supraveghere și a personalului, sau nominalizarea de candidați pentru diferitele posturi de conducere.



¹ Conform <http://www.onrc.ro/documente/presa/sistemul.pdf>

SISTEMUL DE ADMINISTRARE DUALIST AL SOCIETĂȚILOR COMERCIALE PE ACȚIUNI



11

3. Concluzii

Găsim întemeiată afirmația conform căreia sistemul dualist nu este cel mai convenabil sistem de administrare a Societății pe Acțiuni din cauza caracterului colegial pe care îl reprezintă directoratul, dificil de împăcat cu ideea de unitate în privința deciziilor, iar pe de altă parte datorită formalismului impus de existența a două categorii de organe de administrare. De asemenea sistemul dualist de conducere și administrare reprezintă o aplicare a principiilor guvernării corporatiste a întreprinderilor uneori cu avantaje pe plan financiar, iar alteori nu.

Ca teză finală putem afirma că avantajele sistemului dualist de conducere și administrare, în dreptul românesc, pot fi cele ce urmează: În primul rând este un sistem modern, care are în vedere

¹¹ Conform <http://www.onrc.ro/documente/presa/sistemul.pdf>

separarea funcțiilor de direcție de către cele de control, de asemenea el asigură securitatea și stabilitatea funcțiilor membrilor directoratului care, în alte sisteme de drept, precum cel francez, unde membrii directoratului nu pot încheia un contract de muncă cu societatea. Un alt avantaj al sistemului dualist de conducere îl reprezintă imposibilitatea revocării membrilor directoratului decât de către adunarea generală a acționarilor, iar membrii directoratului pot fi aleși din afara acționariatului. Un ultim avantaj îl reprezintă situația răspunderii membrilor consiliului de supraveghere care este serios atenuată deoarece, în acest sistem principala răspundere aparține membrilor directoratului. De asemenea este interesant modul în care evoluează subiectul supus studiului și anume, administrarea societăților comerciale și cum legiuitorul lasă particularului la îndemână să aleagă după bunul său plac modelul după care acesta poate să-și administreze societatea comercială.

Referințe bibliografice

- Vasile Nemeș, *Drept Comercial*,(Ed. Hamangiu 2012)
- St. D. Cărpenaru, *Tratat Drept Comercial*(Ed. Universul Juridic 2012)
- S. Popa, *Drept comercial. Teorie și practică judiciară*,(Ed. Universul Juridic, București, 2009)
- Schiau, *Drept comercial*,(Ed. Hamangiu, București, 2009)
- Turcu, *Tratat teoretic și practic de drept comercial*,(vol. IV, Ed. C.H. Beck, București, 2009)
- Adam, C.N. Savu, *Legea societăților comerciale*,(Ed. C.H. Beck, București, 2009)
- Bîrsan, V. Dobrinou, Al. Țiclea, M. Toma, *Societăți comerciale*,(Casa de editură Șansa, București, 1993)

MONARH SAU PREȘEDINTE?

Ciprian-Ștefan IGNAT¹
Adelina-Elena MODIGA

Abstract

Scopul urmărit prin elaborarea acestei lucrări constă în stabilirea și analiza factorilor istorici, politici, juridici, sociali, economici atât din trecut cât și din prezent care au determinat alegerea formei de guvernământ a statelor, a modalităților în care este exercitată puterea de stat și a persoanei care deține această putere: președintele – ales al poporului prin renunțarea la interesele individuale de acaparare a conducerii statului și încredințarea guvernării în mâinile unui om și monarhul – simbol al continuității și legăturii cu trecutul istoric.

Astfel spus, un punct de vedere se referă la trecut, la evoluția și declinul monarhiilor și apariția republicilor (o verticală istorie), iar un alt punct de vedere se referă la prezent (orizontală geografică), unde vom analiza situația din prezent a statelor, făcând trimitere la relațiile dintre guvernanți și guvernați, limitele puterii politice, scopul guvernării, legitimitatea conducătorilor și a măsurilor luate, exercitarea autorităților etc. .

Cuvinte cheie: *stat, președinte, monarh, popor, legitimitate*

3. Introducere

Confruntarea dintre monarh și președinte a stârnit o adevărată polemică de-a lungul timpului atrăgând diferiți susținători, fiecare prezentând avantaje și dezavantaje pe care le aduce fiecare din aceste două insituții. N. Machiavelli considera că puterea nu depinde de niciun drept care să o fondeze, ci de abilitatea principelui de a conduce, în timp ce teoreticienii contractului social (Th. Hobbes, J. Lock, J.J. Rousseau) vor înlocui dreptul divin cu înțelegerea, fundamentând autoritatea statului pe un nou principiu: voința poporului.

4. Conținutul propriu-zis al lucrării

Lucrarea este structurată astfel cu o vom prezenta în cele ce urmează, astfel:

a. Considerații asupra monarhiei – monarhia reprezintă cea mai veche formă de guvernământ și constă în concentrarea puterii unui singur om; în ziua de azi există un număr de 44 de monarhii, 16 state din Commonwealth recunoscând ca monarh pe Regina Elisabeta a II-a a Marii Britanii.

b. Considerații asupra republicii – În republică, președintele este cel care dispune de considerabile atribuții. Acesta este ales direct de către popor, dar puterea sa este contracarată, de aceea a forumului legislativ pe care nu îl poate dizolva.

c. Controverse doctrinare – În prezent, o serie de reproșuri s-au adus monarhiilor, datorită atribuțiilor restrânse și al absentismului din viața politică a statelor, a exercitării unor prerogative care nu mai sunt în conformitate cu realitățile economice, politice și sociale ale secolului XXI. Persoana monarhului fiind inviolabilă, o scutește pe aceasta de orice răspundere.

Un prim avantaj al republicii este reprezentat de faptul că președintele poate fi tras la răspundere. Ziarul britanic “The Republic” identifică existența familiei regale și a nobililor englezi cu lipsa egalității în fața legii. O problemă deosebită o constituie legitimitatea șefului statului atât în cadrul monarhiei cât și în cadrul republicii. Alegerea prin vot a președintelui reprezintă adevărata

¹ Ciprian-Ștefan Ignat, Adelina-Elena Modiga, Facultatea de Drept European și Internațional, Facultatea de Drept, Universitatea Nicolae Titulescu București, email: ignatciprianstefan1@gmail.com, ade_modiga@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. dr. Elena Ștefan, (email: stefanelena@gmail.com).

voință a poporului, fiecare cetățean având posibilitatea de a candida pentru acest post, iar în ceea ce privește legitimitatea monarhului, Louise Christian, avocat britanic specializat pe drepturile omului, afirmă: “Poziția este moștenită, ceea ce înseamnă că orice persoană care este ne bună, tirană sau o risipă totală de bani a plătitorilor de taxe poate deveni rege sau regină”.

Potrivit unei axiome a dreptului public, devenită aproape dogmă, statul nu poate fi conceput fără un șef, oricât de simbolic ar fi rolul acestuia în unele sisteme politice.

Insituiția șefului de stat își are obârșia în chiar istoria lumii, a sistemelor statale. Colectivitățile umane organizate au avut dintotdeauna un șef, recunoscut sau impus în contextul împrejurărilor istorice, insituiție care a cunoscut și cunoaște în permanență evoluție privind formele, structurile, împuternicirile, protocoalele.

În dreptul public modern, ideea șefului de stat este șlegată de guvernământ, concept prin care, de regulă, s-a răspuns la întrebarea cine exercită puterea în stat: o singură persoană (monocrație), un grup de persoane (oligarhie) sau poporul în mod direct (democrație)? După forma de guvernământ, statele se clasifică, de regulă, în două categorii: monarhii, în care șeful statului este desemnat pe baze ereditare sau pe viață și republici, în care șeful statului, numit cel mai adesea președinte, este ales pe o perioadă determinată, fie de popor, prin vot direct sau indirect (republică prezidențială sau republică semi-prezidențială), fie de Parlament (republică parlamentare).¹

În concepția lui Robert Filmer (Patriarcha, The Natural Power of Kings) autoritatea monarhului este absolută, aceasta provine de la Dumnezeu, iar obligația oamenilor de a se supune acestuia, nu este doar o obligație politică, ci și una religioasă, unii teoreticieni politici afirmând că doar în cadrul unei republici pot fi respectate drepturile, libertățile și interesele oamenilor, deoarece existența unui monarh ar implica existența și a unor clase sociale privilegiate (Jean Jaques Rousseau), iar alții acceptă atât monarhia, dar și republica, fiind o soluție pentru iesirea din „starea naturală” a oamenilor, stare în care nu există o forță de constrângere care să protejeze valorile fundamentale ale societății (Th.Hobbes).²

Filosoful englez John Locke, în lucrarea „Șchițe privind guvernarea civilă”, a militat împotriva încredințării puterii în mâna unei singure persoane și a separației puterilor în stat.³

Colectivitățile umane au avut și au căutat să aibă mereu conducător, iar cele statale un șef de stat. Teoria separației puterilor statului încadrează șeful statului, de regulă, în puterea executivă, putând fi chiar el titularul puterii executive (SUA), un arbitru între puterile statului, deținând unele prerogative ce aparțin puterii executive (Franța) sau poate să reprezinte un simbol al statului, o emanație a puterii legiuitoare, responsabil față de aceasta (Germania și Italia)⁴, însă în cadrul monarhiilor apar unele nuanțări, șeful statului putând face parte din legislativ, executiv sau chiar din autoritatea judecătorească, chiar și în această situație monarhul este considerat șeful statului.

Deși toate statele au început ca monarhii, de-a lungul timpului acestea fie au suferit schimbări, devenind din monarhii absolute – monarhii electivă sau monarhii constituționale, unele devenind chiar republici. Una din cele mai importante schimbări a reprezentat schimbarea formei de guvernământ a Romei în republică în 509 î.Hr. sau a Atenei în 500 î.Hr..

Un prim eveniment ce a marcat declinul monarhiilor a fost alungarea lui Tarquinius Superbus din Roma, urmat de războiul civil din Anglia, Declarația de independență a Statelor Unite ale Americii, Revoluția franceză.

Deși de numele unor monarhi sunt legate anumite evenimente istorice ce au marcat evoluția omenirii până în prezent, victorii militare și nașterea unor legende (Regele Arthur), astăzi rolul lor în

¹ Drept administrativ - Dana Apostol Tofan, vol I, ediția a 2 a, Ed. C.H. Beck, București 2008, pag. 103

² Drept constituțional și instituții politic e- Gheorghe Iancu, ediția a 2 a, Ed. C. H. Beck, București 2010 pag.

³ Drept administrativ - Costel Niculeanu, partea I, Editura Univerisitaria, Craiova, 1999, pag 7

⁴ Drept constituțional european – Prof. univ. dr. Constanța Călinoiu, prof. univ. dr. Victor Duculescu, Ed. Lumina Lex, București 2008 pag. 100

cadrul statelor este unul decorativ cu atribuții restrânse, acestea având mai mult un caracter politic, în special în cadrul reprezentării statului în exterior și ceremonii. Maxima potrivit căreia „Regele domnește, dar nu guvernează” descrie cel mai bine statutul politic și juridic al monarhilor în prezent.

În Marea Britanie, monarhul are un rol politic pur formal, acesta conformându-se fie Guvernului fie unor cutume în favoarea acestuia. Dizolvarea Parlamentului nu se poate efectua fără aviz, respectiv un Ordin al Consiliului privat, condus de lordul prezident și o Proclamație pentru care lordul cancelar își asumă responsabilitățile. Regina este considerată o forță unificatoare, plasându-se deasupra politicii de partide, prin îndeplinirea atribuțiilor ceremoniale, aceasta conferă demnitate și încredere guvernului. Aceasta desemnează în mod obligatoriu ca premier pe liderul partidului care a câștigat alegerile generale, poate numi în înalte funcții publice (miniștri, judecători, ofițeri în forțele armate, diplomați). Prezintă „Mesajul Tronului” la deschiderea fiecărei sesiuni parlamentare, care, de fapt, este o pledoarie în favoarea programului guvernamental al partidului aflat la putere.¹

Prin supremația Parlamentului se înțelege faptul că numai Parlamentul are dreptul să facă legi și acest drept este suprem și nelimitat. Poate să aprobe orice legi dorește și de asemenea, poate anula orice lege pe care el a adoptat-o. Această supremație a Parlamentului face ca guvernul britanic să fie cel mai puternic din lume, fiindcă atâta timp cât are majoritatea în Camera Comunelor, guvernul poate să facă sau să anuleze orice legi dorește. De afacerile externe se ocupă primul-ministru, ministrul de externe și Cabinetul. Judecătorii sunt numiți la recomandarea primului-ministru, care, la rândul lui, este sfătuit de lordul cancelar. Miniștrii sunt numiți tot la recomandarea primului-ministru.²

În Japonia s-a considerat că instituția împăratului este de esență divină, acest fapt a făcut ca acesta să fie aproximativ exclus din viața politică a Japoniei încă din Evul Mediu, shogunii deținând întreaga putere. Pentru o exercitare nelimitată a puterii, aceștia aveau grijă ca împăratul să nu aibă contact cu lumea exterioară pe motiv că nimeni nu este atât de demn de a-l vedea pe acesta.

În Spania, contrar tradițiilor existente în alte monarhii parlamentare, nu Regelui îi revine rolul de a alege pe șeful Guvernului. În relație doar cu Președintele Congresului Deputaților și cu contrasemnătura celui dintâi, monarhul desemnează un candidat care va trebui să obțină încrederea Congresului, cu majoritatea absolută a membrilor săi (sau dacă nu, după un răgaz pentru reflectare de 48 de ore, cu majoritatea simplă) înainte de a fi numit și de a-și putea forma Guvernul. Cealalți membri ai Guvernului sunt numiți și demisi din funcție la propunerea Președintelui Guvernului, de către Rege, în timp ce secretarii de stat sunt numiți direct de către Președintele Guvernului.³

Regele dispune de următoarele atribuții de natură administrativă: emite decrete care au fost aprobate de Consiliul de Miniștri, numește în funcții civile și militare și acordă onoruri și distincții, în condițiile legii. Este informat de treburile Statului și prezidează în acest scop ședințele Consiliului de Miniștri, atunci când consideră necesar, la cererea președintelui Guvernului. Este comandantul suprem al Forțelor Armate și exercită înaltul patronaj al Academiiilor Regale.

În republica SUA, șeful de stat, care dispune de considerabile atribuții, este ales direct de popor, dar puterea sa este contracarată, de aceea a forumului legislativ (Congresul) pe care nu îl poate dizolva. În sistemul american președintele nu are dreptul de inițiativă legislativă, aceasta aparținând în exclusivitate membrilor puterii executive, este obligat să obțină asentimentul Congresului pentru încheierea unor acorduri internaționale și avizul comisiilor sale de specialitate pentru confirmarea unor înalți demnitari. Congresul dispune de posibilitatea de a-l demite pe președinte și de a-l trage la răspundere penală, în cadrul unei proceduri destul de complicate care se numește impeachment. Faptul că un președinte american a putut fi tras la răspundere în 1974 (Nixon în cazul Watergate), iar altul, supus judecății Senatului în 1998 (Bill Clinton) demonstrează forța și vitalitatea democrației

¹ Drept constituțional comparat – Cristian Ionescu, Editura C. H. Beck, București 2008, pag 109-110

² Drept administrativ comparat – Prof. univ. dr. Ioan Alexandru, ediția a 2 a revăzută și adăugită, Ed. Lumina Lex, București 2003, pag. 130-131

³ Institutii administrative europene – Dana Apostol Tofan, București, 2008.

americane în prezent, bazată pe tradiții, pe drepturile omului, dar și pe un sistem eficient de guvernare, care permite șefului de stat să exercite un număr extrem de mare de responsabilități, cu condiția însă de a le folosi corect și în serviciul întregii națiuni.

În Franța se păstrează alegerea președintelui de către popor, dar se conferă președintelui o serie de importante atribuții politice, dispune de drepturi de a lua măsuri excepționale când instituțiile republicii, independența națiunii, integritatea teritoriului sau îndeplinirea angajamentelor sale internaționale sunt amenințate într-un mod grav și imediat. Articolul 9 din Constituția franceză din 1958 menționează că numai președintele conduce ședințele Consiliului de Miniștri, de unde concluzia că această reglementare este obligatorie. În afara acestor atribuții în Franța, președintele ales inițial pe 7 ani, termen ce a fost redus la 5 ani ca urmare a relativ recente reforme constituționale (2001), este comandantul suprem al armatei, are dreptul de grațiere, adresează mesaje celor două Camere ale Parlamentului, desemnează prim-ministrul, emite acte care, cu excepția unor măsuri prin care decretul de aplicare a art.16 necesită semnătura prim-ministrului sau miniștrilor responsabili, produc efecte juridice și nu necesită o contrasemnătură.¹

În România, președintele poate fi tras la răspundere în baza articolelor 95-96² „în cazul săvârșirii unor fapte prin care se încalcă prevederile Constituției” sau pentru „înalta trădare”.³ În baza articolului 21 coroborat cu articolul 52, poate fi tras la răspundere administrativ-patrimonială, ca orice autoritate a administrației publice, în condițiile dreptului comun al contenciosului administrativ. Președintele, pentru orice fapte care nu au o legătură cu misiunile și prerogativele sale, poate răspunde ca orice cetățean în condițiile dreptului comun.⁴

În România, insituiția șefului de stat a cunoscut reglementări diferite în raport cu schimbările intervenite în viața social-politică a țării. Inițial, șeful statului în România a fost monarhul. Deși numai Constituția din 1938 a prevăzut în mod expres că „Regele este capul statului”, din analiza dispozițiilor constituționale anterioare se poate constata ca Regele exercita atribuțiile specifice unui șef de stat, puterea executivă fiind încredințată monarhului. Chiar și în perioada 1940-1944, când președintele Consiliului de Miniștri a fost învestit cu puteri depline în conducerea staului român, Regele a continuat să dețină o serie de prerogative specifice funcției de șef al statului.⁵

Deși, în aparență, republica prezintă mai multe avantaje, aceasta nu este fără defecte, astfel de-a lungul istoriei tranziția de la monarhie la republică s-a făcut prin vărsare de sânge, urmată de nenumărate execuții a foștilor simpatizanți și a posibilelor pericole de restaurare a vechiului regim, cum a fost în cazul Revoluției franceze și a celei din 1917 din Rusia.

Evenimente precum Vânătoarea de elefanți a Regelui Juan Carlos I al Spaniei din Botswana,⁶ lovirea șoferului de către acesta,⁷ jubileul de diamant al Reginei Elisabeta a II-a a Marii Britanii, al cărui cost a fost enorm (3 miliarde de lire sterline doar în Londra),⁸ strângerea unei flote de 1.000 de nave pentru a participa la marea ceremonie, au stârnit furia spaniolilor, respectiv a britanicilor, mai ales pentru faptul că acestea s-au petrecut în timpul crizei financiare.

¹ Drept constituțional comparat – Prof.univ.dr. Victor Duculescu, Prof.univ.dr. Constanta Calinoiu, Georgeta Duculescu, Editura Lumina Lex, Bucuresti 2002, pag 120-122

² Constitutia Romaniei

³ A se vedea și **Elena Emilia Stefan**, *Manual de drept administrativ, Caiet de seminar, Partea I*, Ed.Universul Juridic, Bucuresti, p 83-88

⁴ Drept administrativ, Editia a II-a - Marta Claudia Cliza, Editura “Universul Juridic” 2011, pag 108-109

⁵ Drept administrativ – Dana Apostol Tofan, vol I, ediția a 2 a, Ed. C. H. Beck, București 2008, pag. 103

⁶ <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2131587/Spanish-King-Juan-Carlos-apologizes-Botswana-elephant-hunting-safari.html> accesat la data de 14.12.2012

⁷ <http://www.royaltyinthenews.com/2012/09/02/king-juan-carlos-hits-driver-over-parking/> accesat la data de 14.12.2012

⁸ <http://www.theopinionsite.org/queens-jubilee-costs-3-billion-while-poorest-families-starve/> accesat la data de 14.12.2012

Un prim avantaj al republicii este reprezentat de faptul că președintele poate fi tras la răspundere, în cadrul monarhiilor, persoana monarhului fiind inviolabilă, articolul 56 din Constituția Spaniei afirmă: "Persoana regelui este inviolabilă și nu poate fi trasă la răspundere"; Constituțiile din 1866, 1923, 1938 consacrau inviolabilitatea regelui și responsabilitatea miniștrilor.

De asemenea, monarhii tind să implice întreaga familie regală în exercitarea atribuțiilor ce le revin, în special pe plan extern, când șeful statului nu poate participa personal, iar locul său este luat de alt membru al familiei,¹ lucru care nu se poate întâmpla într-o republică. Familia monarhului trebuie să fie un exemplu demn de urmat și să exprime valorile fundamentale ale societății pe care o reprezintă. Istoria ne-a învățat că, deși membrii familiei regale primesc o educație aleasă, uneori se întâmplă opusul a ceea ce se cere de la ei. De exemplu, Regele Henry al VIII-lea al Angliei a avut șase soții, Regele Carol al II-lea a fost cunoscut mai mult pentru viața sa amoroasă decât pentru calitățile sale de conducător, unii istorici chiar numindu-l „regele playboy”² acesta a renunțat la tron în 1925 și a părăsit țara, fiind urmat la tron de fiul său Mihai I.

Ziarul britanic The Republic identifică existența familiei regale și a nobililor englezi cu lipsa egalității în fața legii, considerând instituția monarhului o reminescentă a trecutului istoric, căzută în desuetitudine și lipsită de putere. Publicația londoneză în cadrul unui studiu a comparat cheltuielile coroanei britanice cu cele ale președintelui Irlandei și al Germaniei. Rezultatul a fost unul mult așteptat pentru susținătorii abolirii monarhiei: costurile anuale ale familiei regale sunt de 10 ori mai mari decât cele ale președintelui Germaniei și de 100 de ori mai mari ca cele ale Președintelui Irlandei.³

O problemă deosebită o constituie legitimitatea șefului statului atât în cadrul monarhiei cât și în cadrul republicii. Alegerea președintelui prin vot reprezintă adevărata voință a poporului, fiecare cetățean având posibilitatea de a candida pentru acest post. În ceea ce privește legitimitatea monarhului Louise Christian, avocat britanic specializat pe drepturile omului afirma: „Poziția este moștenită, ceea ce înseamnă că orice persoană care este nebună, tirană sau o risipă totală de bani a plătitorilor de taxe poate deveni rege sau regină”.

Monarhul, având o orientare conservatoare, nu poate ține pasul cu nevoile societății, președintele având susținerea unei mari părți a populației, inclusiv a unei majorități parlamentare, cunoaște problemele statului, mai ales în cazul în care acesta a făcut parte din opoziție și a câștigat alegerile ulterior, respectiv ale societății, în cazul unei victorii electorale încă din primul tur de scrutin. Susținătorii republicii li s-a reproșat că uneori pot avea un președinte și un prim-ministru de orientări diferite, în urma decalării alegerilor prezidențiale de cele parlamentare; această diferență de ideologie a fost considerată ca un impas în procesul de dezvoltare a statului. Istoria a făcut posibilă coabitarea unui președinte de stânga în 1986, în Franța (Mitterand), cu un prim-ministru de dreapta (Jacques Chirac).

Deși în statele care au ca regim de guvernare monarhia, toată atenția se îndreaptă înspre monarh, de multe ori acesta a fost pus în umbră de către o altă personalitate a vieții politice cum ar fi cancelarul german Otto von Bismark în timpul lui Wilhelm I și al unificării Imperiului German din 1871, Winston Churchill în timpul regelui George al VI-lea al Angliei și al celui de-al Doilea Război Mondial, Margaret Thatcher în timpul Reginei Elisabeta a II-a și a crizei economice din anii 80' prin care trecea Marea Britanie.

În concluzie, prin argumentele politice, istorice și filosofice prezentate în cadrul acestei lucrări, republica a apărut ca o necesitate și o consecință a deconcentrării puterii din mâinile unui

¹ <http://www.royal.gov.uk/MonarchUK/HowtheMonarchyworks/TheRoleoftheRoyalFamily.aspx> accesat la data de 15.12.2012

² <http://www.humanitas.ro/humanitas/regele-playboy>

³ <http://www.republic.org.uk/What%20we%20want/In%20depth/Monarchy%20doesn%27t%20work/index.php> accesat la data de 15.12.2012

singur om, cum s-a întâmplat în Evul Mediu, la limitarea puterii șefului statului prin Parlament și apariția constituțiilor-pact, iar mai apoi la exercitarea puterii de stat direct de către popor.

„Puterea tinde să corupă și puterea absolută corupe în mod absolut” – afirma Lordul John Acton, istoric englez, este în natura omului ca acțiunile sale să fie limitate, iar valorile sale protejate, de aceea există statul. „Statul, deși este considerat ca fiind rau, (datorită exercitării puterii prin constrângere), acesta este un rău necesar” cum afirma Karl Popper. Statul are nevoie de un conducător, iar în opinia noastră am ajuns la concluzia că președintele este cel mai potrivit pentru a conduce un stat.

Un prim argument în acest sens constă în faptul că acesta este ales fie de popor direct (Franța, România, SUA) sau de Parlament (Germania, Elveția), iar așa cum este ales, acesta poate fi și demis, consecință a faptului că „nimeni nu este mai presus de lege”.

Alegerile prezidențiale, la anumite intervale de timp, oferă posibilitatea fiecărui cetățean să candideze pentru această funcție. (Orice persoană are dreptul de a lua parte la conducerea treburilor publice ale țării sale, fie direct, fie prin reprezentanți liber aleși; Orice persoană are dreptul de acces egal la funcțiile publice din țara sa.)¹

Un al doilea argument ce poate veni în sprijinul acestei afirmații este reprezentat de numărul mare de state care au optat pentru republică în detrimentul monarhiei, republica fiind o formă de guvernământ modernă, apariția și dezvoltarea sa fiind impulsionată chiar de căderea monarhiilor. Începând din secolul XVIII atribuțiile monarhului au devenit din ce în ce mai restrânse ajungându-se în prezent doar la învestituri, ceremonii, adresare de mesaje, oferire de decorații și grațiere.

Președintele are atribuțiile unui adevărat șef de stat, atribuții politice sau administrative, atât pe plan intern cât și extern, puterile fiindu-i limitate de Constituție și Parlament, neavând un rol decorativ cum are monarhul. Monarhul pare a fi mai mult ocupat de promovarea și continuitatea monarhiei, decât de problemele statului, probleme de a căror rezolvare se ocupă prim-ministrul alături de miniștri.

Un lucru este sigur și anume că președintele reprezintă voința poporului, mai multe voci contopite în una singură, o voce care are și își exercită dreptul de a-și alege conducătorul, persoana care este demnă să reprezinte țara, care se implică indiferent dacă statul are nevoie sau nu. Monarhul nu reprezintă un lider al poporului, ci o simplă istorie care nu se mai termină, o eră care nu ia niciodată sfârșit, pe când președintele simbolizează adevăratul lider al oamenilor, un conducător demn de a purta acest nume.

Cu alte cuvinte, dacă ar fi să alegem între o monarhie și o republică, fără îndoială că am alege cea de-a doua formă de guvernământ pentru că un stat care îți permite să ai un cuvânt de spus asupra viitorului tău este un stat liber, iar un stat unde ți s-a impus un anumit conducător, iar preocuparea de niciun fel nu îți are locul, din punctul meu de vedere, reprezintă o temniță din care vrei să ieși, dar nu poți pentru că știi că va fi mereu aceeași persoană care te-a întemnițat.

5. Concluzii

Așa cum ne propunem în partea introductivă a acestui studiu, am realizat o comparare a șefilor de stat prin analiza monarhiilor și a republicilor. În lume există atât monarhii (mai puține), dar și republici.

Analiza a dus la următoarea concluzie, aceea că noi pledăm pentru președinte și nu pentru monarh deoarece considerăm că un președinte ține mai mult cont de voința poporului, fiind ales direct de către aceștia, are un mandat fix și poate fi tras la răspundere.

De departe de a considera monarhul doar ocupând o funcție decorativă, noi apreciem că un președinte este mult mai implicat în activitatea statului.

¹ Declarația Universală a Drepturilor Omului, art 21

Bibliografie:

- **Constanța Călinoiu, Victor Duculescu**, „*Drept constituțional european*”, Ed. Lumina Lex, București, 2008
- **Cristian Ionescu**, „*Drept constituțional comparat*”, Ed. C.H. Beck, București, 2008
- **Victor Duculescu, Constanța Călinoiu, Georgeta Duculescu**, „*Drept constituțional comparat*”, Ed. Lumina Lex, București 2002
- Constituția României
- **Marta Claudia Cliza**, „*Drept administrativ*”, Ed. Universul Juridic, București 2011
- **Dana Apostol Tofan**, „*Drept administrativ*”, Ed. C. H. Beck Bucuresti 2008
- Declarația Universală a Drepturilor Omului
- **Costel Niculeanu**, „*Drept administrativ*”, Ed. Universitaria, Craiova 1999
- **Elena Emilia Stefan**, *Manual de drept administrativ, Caiet de seminar, Partea 1*, Ed. Universul Juridic, Bucuresti.
- <http://www.royaltyinthenews.com>
- <http://www.humanitas.ro>
- <http://www.theopinionsite.org>
- <http://www.royal.gov.uk>
- <http://www.republic.org.uk>

REFLECȚII ASUPRA ȘEFULUI DE STAT

Radu Alexandru MAVRODIN¹

Abstract

Datorita istoriei si a diverselor curente de gandire am reusit sa comparam cele doua forme de guvernare si de a arata superioritatea uneia in fata celeilalte cu toate defectele sale pe care le cunoastem din istorie.

In prezentul studiu mi-am propus sa prezint intr-o maniera personala evolutia formelor de guvernament tratand in acelasi timp si institutia sefului de stat.

Cuvinte cheie: *Monarh, Presedinte, Republica, Natura umana, Platon.*

Introducere

De la inceputul timpurilor si pana in prezent civilizatia umana a cunoscut si a reusit sa supravietuiasca timpului datorita unui concept pe care noi il denumim astazi evolutie. Nu ma refer aici la evolutia biologica a oamenilor ci la modul de organizare al acestora, la felul de a trai, la descoperirile pe care omul le-a facut in urma existentei sale in timp, la ceea ce a transmis mai departe. In cursul istoriei omul a invatat din greselile proprii si a inaintat in modul sau de a gandi.

Omul, in decursul vietii sale, mereu a avut nevoie de un conducator pentru o mai buna gestionare a resurselor sale si a vietii in general. In prezent, oricare forma de organizare ar adopta un stat, fie ea monarhica sau prezidentiala (acestea doua predomina), sau oricare din amestecurile ce au rezultat de-a lungul timpului, statul mereu a avut un conducator, o functie de conducator necesara pentru buna functionare a sa. Chiar si daca am vorbi despre o aristocratie, niciodata acestia nu vor fi egali intre ei, nu pentru ca nu s-ar putea face ci pentru ca asa este firea omului.

Cuprinsul lucrarii:

Vom analiza in cinci etape istoria omenirii si a evolutiei acesteia impreuna cu formele sale de organizare precum si concluzia mea personala asupra celor ce vor urma.

Odata cu raspandirea numerica a omului, acesta a simtit nevoia organizarii. Organizarea ii permitea omului o viata mai buna datorita relatiilor ce se puteau stabili intre membrii (in general relatii comerciale) dar si o conexiune mai puternica cu grupul sau societatea din care facea parte. Din cunostintele mele proprii primele "organizari" ale omului au fost triburile. Acestea erau grupari de cateva zeci sau sute de persoane ce isi alegeau un conducator sau un grup restrans de membrii sa ii conduca prin experienta si intelepciune. De-a lungul timpului formele de organizare ale omenirii au evoluat si s-au definit in urma nevoilor, a experientei si a suferintei pe care omul a suportat-o. Astfel ca, primele forme de organizare ale omului pe care noi le stim apar in antichitate. Vechii greci au organizat orașul-stat numit polis (în cadrul căruia a luat naștere democrația ca sistem de organizare a statului). Republica și apoi Imperiul Roman au reprezentat încercări de unificare a unor vaste teritorii sub aceeași conducere. Un polis era alcătuit dintr-un oraș și teritoriul înconjurător. Locuitorii liberi ai polisului erau cetățeni și beneficiau de drepturi politice. Unul dintre aceste polisuri a fost Atena, situată în Peninsula Attica. În secolul al VH-lea î.Hr. La Atena au început lupte politice care au avut ca rezultat apariția primului sistem politic democratic din istorie (510 î.Hr.).

¹ Student, Facultatea de Drept a Universitatii Nicolae Titulescu, Bucuresti. Studiul a fost elaborat sub coordonarea conf.univ.dr.Claudia Cliza (e-mail:clizaclaudia@yahoo.com) si asist. univ.dr. Elena Stefan (e-mail: stefanelena@gmail.com)

Democrația ateniană a cunoscut apogeul în timpul marelui om politic Perlele (cea. 495-429 î.Hr.). Ea a cunoscut unele caracteristici pe care nu le mai întâlnim astăzi:

1. Democrația antică era o democrație directă. Aceasta însemna că toți cetățenii Atenei erau membri ai instituției supreme a statului, numită Adunarea poporului (ecclesia), care se întrunea la intervale regulate. Democrația contemporană este o democrație reprezentativă, adică oamenii sunt conduși de reprezentanții lor desemnați prin alegeri.

2. Democrația antică era limitată de faptul că de la exercitarea drepturilor politice erau excluse anumite categorii (femeile, străinii și sclavii).

3. În cadrul democrației ateniene nu se manifesta principiul separării puterilor în stat. Grecii nu au izbutit niciodată să formeze un singur stat. Teritoriile lor au fost cucerite de macedoneni și apoi de romani.

Destinul Romei a fost uimitor. La început o așezare neînsemnată, situată în regiunea Latium din Italia, după câteva secole Roma era stăpâna întregului bazin al Mării Mediterane. Roma a fost întemeiată în secolul al VIII î.Hr. Prima populație a așezării au format-o agricultorii și păstorii latini și sabini. Legende romane vorbesc despre șapte regi care au condus Roma timp de 250 de ani. Aceleași legende arată că în anul 509 î.Hr. ultimul rege a fost izgonit și Roma a devenit republică.

1.Republica romană (509-27î.Hr.):

În această perioadă, în interior, statul s-a confruntat cu conflicte pentru obținerea de drepturi politice de către cetățenii de rând numiți plebei. Aceștia au izbutit după două secole de confruntări să obțină drepturi egale cu aristocrații (numiți patricieni). Republica romană a primit o organizare politică originală și eficientă, bazată pe trei instituții principale:

Senatul, alcătuit din cetățenii bogați, era instituția cea mai importantă care conducea politica internă și externă a statului.

Adunările populare formate din toți cetățenii aveau ca principală atribuție alegerea magistraților.

Magistrații aveau atribuții administrative, fiscale, judecătorești etc. În general, magistrații erau aleși pe durată limitată (un an) și exercitau funcția împreună cu unul sau mai mulți colegi. Cei mai importanți magistrați erau cei doi consuli care beneficiau de puterea supremă în stat. În caz de primejdie deosebită pentru Roma, în locul consulilor era ales un dictator care avea un mandat de șase luni.

În circa 250 de ani Roma a cucerit întreaga Italie, după războaie grele cu populațiile din Peninsula (latinii, etruscii, samniții, galii etc). În următoarele două secole, romanii au ocupat teritorii imense în jurul Mării Mediterane (Spania, Africa de Nord, Grecia, Asia Mică, Galia - cum era numită actuala Franța, etc). Cele mai grele momente pentru romani le-au constituit războaiele cu Cartagina, un bogat oraș din nordul Africii, pe care în cele din urmă romanii l-au distrus. (146 î.Hr.). Romanii au îmbinat forța militară cu o diplomatie abilă. În aceste războaie de cucerire, ei și-au dovedit superioritatea militară. Armata romană, organizată în legiuni, era excelent înarmată, echipată și condusă. Soldații romani, rezistenți și cu un moral ridicat erau fără egal în acea epocă. După marile cuceriri, instituțiile republicane (eficiente pentru un oraș-stat) nu mai erau capabile să asigure administrarea unui stat care se întindea pe trei continente. Acest fapt a deschis o perioadă de criză de aproape un secol. Tensiunile interne au fost rezolvate prin mai multe războaie civile la capătul cărora Octavianus (cunoscut sub numele de Augustus) a instaurat la Roma o formă de conducere monarhică, Imperiul.

1.2.Imperiul Roman (27î.Hr.-476d.Hr.):

Imperiul Roman a cunoscut două faze în evoluția sa:

Principatul (27 î.Hr.-284 d.Hr.) s-a caracterizat prin păstrarea instituțiilor republicane și prin divizarea puterii între monarh (numit principe sau împărat) și senat. Apogeul Imperiului a fost atins în secolul II d.Hr. în timpul domniei împăraților din dinastia Antoninilor (98-193 d.Hr.). Statul roman a atins maxima expansiune teritorială când împărat a fost Traian (98-117), cuceritorul Daciei.

Principatul a intrat într-o puternică criză în secolul al III-lea. Criza s-a manifestat prin războaie pentru tron care s-au purtat timp de o jumătate de secol. Crizei i-a pus capăt împăratul Dioclețian (284-305), care a instaurat Dominatul.

Dominatul (284-476) s-a caracterizat prin preluarea unor elemente ale monarhiei de tip oriental. Astfel, împăratul a devenit Dominus et Deus (stăpân și zeu), toate puterile fiind concentrate în mâinile monarhului. Statul a devenit centralizat, puterea civilă a fost separată de cea militară, provinciile au fost reorganizate. Reformele au fost continuate de Constantin cel Mare (306-337). Acesta, prin Edictul de la Milano (313) a recunoscut creștinismul ca religie liberă în imperiu și a mutat capitala statului la Constantinopol (330), fapt care a avut un imens impact asupra istoriei universale.

Sub Teodosie cel Mare (379-395) a fost ultimul moment în care Imperiul a fost condus de o singură persoană. După moartea acestui împărat, statul a fost divizat între cei doi fii ai acestuia în Imperiul Roman de Răsărit și Imperiul Roman de Apus. Partea de apus a imperiului a cunoscut o criză puternică economică, politică și socială, care a avut ca rezultat căderea acestuia (476) sub atacurile popoarelor migratoare (în special de origine germană). Partea răsăriteană, cunoscută sub numele de Imperiul Bizantin, și-a continuat existența glorioasă timp de un mileniu¹.

1.3. Aruncam acum o scurtă privire la istoria Angliei mai precis la perioada Commonwealth-ului în Anglia (1649-1660) unde după abolirea monarhiei Oliver Cromwell devine Lord Protector în 1653. Această poziție este similară cu cea de șef al statului. Observăm o tendință de creștere a unei poziții înalte în cadrul republicii pentru o mai bună organizare și funcționare a parlamentului prin alegerea unui oficial în cea mai înaltă funcție însă desigur ca aceasta eșuează.

Utilizarea modernă a termenului de “presedinte” ce desemnează o singură persoană care este șef de stat al unei republici poate fi urmărit direct către Constituția Statelor Unite din 1787 care a creat funcția de presedinte al Statelor Unite. Odată cu aceasta adoptare multe alte state au urmat acest exemplu.

Asadar de-a lungul istoriei omenirii am reușit să clasificăm în prezent definițiile și teoriile asupra modului de conducere a unei societăți.

1.4. Clasificarea formelor de guvernământ:

În dreptul public modern, ideea șefului de stat este legată de forma de guvernământ, concept prin care s-a răspuns la întrebarea: cine exercită puterea suverană în stat: o singură persoană (monocrația), un grup de persoane (oligarhia) sau mase largi ale poporului (democrația). Nu mai puțin, notiunea a dobândit și semnificația definirii statului sub aspectul modului de desemnare a șefului de stat, unipersonal și a legăturilor acestuia cu celelalte autorități statale. Din acest punct de vedere, formele de guvernământ sunt clasificate, ca regulă, în două categorii: monarhii, în care șeful statului este desemnat pe baze ereditare și republici, în care șeful de stat este desemnat pe un termen determinat, fie de popor prin vot direct sau indirect, fie de Parlament.

Avem deci pe de o parte **republica** (forma de guvernământ în care organul care îndeplinește funcția de șef al statului este ales, de regulă, pentru o perioadă anumită.) și **monarhia** (forma de guvernământ în care organul care îndeplinește atribuțiile de șef al statului este un monarh care ocupă tronul fie prin alegere pe viață, fie prin succesiune ereditară.) În aceste două forme de guvernământ se împart și ele în anumite categorii:

- **republica:** prezidențială; semi-prezidențială; parlamentară

- **monarhia:** absolută; constituțională (limitată); parlamentară contemporană

Aristotel are meritul de a fi încercat prima clasificare a formelor de guvernământ, propunând cele trei grupe: monarhia (concentrarea puterii în mâna unei singure persoane), oligarhia (puterea se împarte între mai mulți indivizi sau, după caz, este rezervată unui grup social restrâns), democrația (poporul exercită direct puterea). Se poate spune că evoluția ulterioară a

¹ <http://www.cono.ro/forme-de-organizare-politica-in-antichitate>

fenomenelor politico-statale nu a făcut altceva decât să întarească construcția teoretică a lui Aristotel, care, ca idee metodologică, este valabilă și la ora actuală, ținând însă seama de amendamentele aduse de iluministi, formându-se ceea ce doctrina contemporană califică a fi concepția clasică.

De fapt și Platon s-a ocupat de formele de guvernământ, vorbind despre monarhie, bazată pe autoritate, și despre democrație, bazată pe libertate, spunând că cel mai bun guvern este acela care se bazează pe autoritate și libertate, propunând constituirea a patru puteri, prima fiind „un consiliu suprem compus din zece fosti pazitori ai legilor”. După Platon, Regele este „pastorul poporului”.

Dacă mergem la doctrina anterioară lui Platon, începând cu primele teorii politice, filozofice și morale din India și China, vom constata că în centru lor, într-un fel sau altul, apare problema personalizării puterii, a simbolizării ei printr-un individ sau printr-un grup de indivizi; de aici, elementul fundamental de referință pentru doctrina lui Aristotel, a iluministilor secolului al XVIII-lea sau a autorilor contemporani în identificarea formelor de guvernământ și, în mare parte, a regimurilor politice.

Este o axioma a dreptului public, o adevărată dogmă-statală nu este concepută fără un sef, oricât de simbolic ar fi rolul acestuia în anumite sisteme politice. Fundamentările teoretice au fost și sunt diferite, fiind intim legate de teoriile cu privire la fundamentarea și natura suveranității însăși.

În India Antică, de exemplu, toate ideile morale, religioase și politice vin din voința supremă, relevantă prin legile lui Manu, guvernământul fiind teocratic. Nu se poate spune că în legile lui Manu se pune accent pe ideea de sef de stat, dar se pune accent pe ideea de inegalitate ca bază a statului, India fiind patria mamei a castelelor, fundamentându-se, practic, o castă a sefilor (brahmani). În China, mai ales prin filozofia lui Confucius, se recunoaște, tot în baza dreptului divin, Regelui (imparatului) legitimitatea de sef al statului în calitate de „Fiul Cerului”, adică de persoană delegată (aleasă) pentru a avea raporturi intime cu divinitatea, concepție care se regăsește și în filozofia politică japoneză. Până după cel de-al doilea război mondial, Constituția Japoniei consacra formula după care imparatul era „Fiul Soarelui”.

Apoi, chiar la greci, în lucrările lui Homer, găsim ideea că guvernarea unuia este mai bună decât a multora, că Regele guvernează cu povăta capilor mai însemnați, el fiind sacrificator, judecător și comandant „cu alte cuvinte, suprema expresiune a funcțiilor în stat”.

Dacă este să ne raportăm la <<geniul roman>>, este suficient să amintim de Republica lui Cicerone, în care statul este definit *res populi*, scopul guvernului fiind binele poporului; autorul având o preferință pentru monarhie (regalitate), a combătut tirania și a recomandat ca formula ideală „aristocrația temperată prin orice influență populară”. Românii excelează, însă, prin teoria lui *imperium* și a drepturilor regaliene, care au devenit elemente cardinale în divizarea pe care au făcut-o dreptului, în public și privat, valabilă, în opinia noastră, până în prezent¹.

1.5 Instituația sefului de stat:

Instituația sefului de stat are ca origine însăși istoria lumii, a organizării statale. Dintotdeauna colectivitățile umane organizate au avut un sef, recunoscut sau impus, în contextul împrejurărilor istorice. Cu atât mai mult, statele, concepute ca mari colectivități umane, grupate pe teritorii mai mult sau mai puțin întinse, delimitate prin frontiere, au cuprins în sistemul organizării lor politice și instituația sefului de stat, ce a cunoscut o evoluție cât privește formele, structurile, imputernicirile, protocoalele.²

În dreptul public modern, analiza instituției sefului de stat este strâns legată de forma de guvernământ iar aici se pune întrebarea cine exercită puterea în stat. Din această cauză noțiunea a dobândit și semnificația definirii statului sub aspectul modului de desemnare a sefului de stat și a legăturilor acestuia cu celelalte autorități statale. Din acest punct de vedere, formele de guvernământ se clasifică, de regulă, în două categorii: monarhii (în care seful statului este ales pe baze ereditare

¹ Antonie Iorgovan, „Tratat de drept administrativ” (editura All Beck, București 2005)

² I. Muraru, S. Tanasescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. II, editura All Beck, București 2004

sau pe viata) si republici (in care seful statului este ales pe un termen determinat, fie de popor, prin vot direct sau indirect (sistemul electorilor), fie de Parlament.

Asadar, seful de stat a cunoscut si cunoaste fie organizari unipersonale, fie organizari colegiale, cei care au ocupat sau ocupa aceasta inalta demnitate statala fiind numiti presedinti, regi, principii, regent, emiri, imparati etc.

Formula sefului de stat unic si unipersonal, dupa cum se precizeaza in doctrina administrative actual, fie monarh, fie presedinte, nu se practica peste tot in lumea contemporana, existand, si la ora actuala, tari in care doua autoritati exercita prerogativele sefului de stat (de exemplu, monarhul si guvernul in Anglia), respectiv, tari in care seful de stat este pluripersonal, ca, de exemplu, doi capitani regenti in cea mai veche republica-Republica San Marino; Consiliul Federal format din 7 ministri, prezidat de unul din ei, ales pe o perioada de 1 an, ca presedinte al Confederatiei, in Elvetia etc.¹

In statele organizate pe principiul separatiei si echilibrului puterilor, sistemul statal este construit pe cele trei mari puteri, puterea legiuitoare, puterea executiva si puterea judecatoreasca, seful statului fiind incadrat, de regula, in puterea executiva.

Privind forma de guvernament ca modalitatea in care sunt constituite si functioneaza autoritatile publice, o raportam la trasaturile definitorii ale sefului de stat si la legaturile sale cu puterea legiuitoare.

In timp, notiunea a dobandit si semnificatia definirii Statului din punct de vedere al modului de desemnare a conducatorului sau si a raporturilor acestuia cu celelalte autoritati statale.

Calificarea unui stat din punct de vedere al formei de guvernament este opera doctrinei, foarte rar fiind evocata expres in Constitutie. Daca facem abstractie de Constitutia S.U.A., care are o structura cu totul aparte, precum si de faptul ca Marea Britanie nu are o constitutie scrisa restul constitutiilor din statele occidentale cuprind o subdiviziune consacrata sefului de stat, presedinte de republica sau monarh, dupa caz, al carei loc si pondere variaza dupa natura regimului politic consacrat, dupa anumite particularitati nationale sau chiar dupa tipul Constitutiei.²

In limbajul politic, notiunea de forma de guvernament este utilizata nu numai pentru a defini statul din punct de vedere al numarului persoanelor care stau la baza puterii politice, ci si pentru a sublinia deosebirea existenta intre diferitele tari, ca urmare a modului de desemnare a unui singur organ conducator, si anume a celui care exercita atributiile de sef de stat.³

Sintetic, specialistii in drept constitutional identifica patru moduri de desemnare a sefului de stat: pe cale ereditara; alegerea de catre Parlament; alegerea de catre un colegiu electoral; alegerea prin vot universal.⁴

Dupa cum se arata in doctrina de drept public, la stabilirea, pe baza acestui criteriu, a distinctiei monarhie-republica s-a ajuns prin simplificarea conceptului de republica fata de cel fundamentat in secolul al XVIII-lea, pe fondul ideologiei revolutiilor burgheze. Atunci, termenul de republica era utilizat mai aproape de sensul termenului democratie, avandu-se in vedere nu numai unicul criteriu al desemnarii sefului de stat, ci un complex de criterii: colegialitatea exercitarii puterii, alegerea pe termen relativ scurt a organului executiv, abolirea functiilor ereditare si instaurarea unei depline egalitati intre oameni.

Daca se ia in considerare sensul dat azi, in mod curent, notiunii de republica, aceasta nu va desemna in mod necesar o democratie, deoarece, din moment ce singurul criteriu de definire a notiunii de republica este desemnarea pe termen determinat a sefului statului de catre corpul electoral

¹ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol I, Introducere. Organizarea administrativa. Functia publica, editura All Beck, Bucuresti, 2005

² A. Iorgovan, *op. cit.*, p. 288

³ T. Draganu, *Drept constitutional si instituii politice. Tratat elementar*, vol I, Ed. Lumina Lex, Bucuresti, 1998, p. 233

⁴ I. Muraru, S. Tanasescu, *op. cit.*, p. 257

sau de catre parlament, consecinta va fi ca poate fi considerata republica si tara al carei sef guverneaza autocratic, cu conditia sa nu pretinda ca detine puterea pe baze ereditare.

Nici notiunea de monarhie nu mai este la fel cu cea de monocratie, deoarece, in monarhiile de astazi, puterea sefului statului nu este nelimitata, ca in cazul monarhiilor absolute, ci este restransa prin constitutie, in baza caruia, acestuia i se opune o adunare reprezentativa, fiind cazul asa-numitelor monarhii limitate sau constitutionale.¹

Indiferent de forma de guvernament, monarhul sau presedintele de republica, intr-un sistem constitutional democratic, ca institutii, si nu ca persoane, reprezinta statul, si nu puterea politica.

In ce priveste republicile, modalitatea de alegere a presedintelui Republicii prezinta o importanta esentiala pentru definirea regimului politic al unei tari. Diferenta dintre cele doua tipuri de republici mai sus mentionate nu consta numai in modul de alegere a presedintelui, ci si in raportul puterilor.

In republicile parlamentare, guvernul, desi numit de presedinte, este responsabil in fata Parlamentului, pe cand in republicile prezidentiale, in general nu exista nici sef de guvern si nici raspundere guvernamentala in fata Parlamentului.

In sistemele constitutionale prezidentiale, modalitatile de interactiune a celor doua structuri guvernante (legislativa si executiva) sunt mai putin numeroase si mai putin profunde decat in sistemele parlamentare. Exista desigur o anumita colaborare intre executiv si parlament, dar aceasta este limitata, conflictele dintre cele doua puteri fiind solutionate in favoarea executivului.²

Sistemul parlamentar se caracterizeaza prin separatia supla si colaborarea puterilor, radacinile sale istorice aflandu-se in sistemul constitutional britanic. Caracteristica esentiala a acestui sistem consta in gradul inalt de interferenta intre parlament si componentele sale (camere, comisii parlamentare), pe de-o parte, si guvern, pe de alta parte.³

Constitutiile moderne circumscriu rolul si atributiile sefului statului, in principal, la: reprezentarea statului, semnarea tratatelor, aprobarea unor acte normative emise de unele autoritati ale statului, semnarea legilor in vederea publicarii, prezidarea sedintelor unor autoritati ale statului, acordarea unor calitati si titluri, numiri in functii superioare, instituirea starii de asediu sau de urgenta, primirea scrisorilor de acreditare si altele.

In ce priveste relatia dintre republica si monarhie, ca regimuri politice, este necesar de subliniat ca, in actualele conditii istorice, in care republicile pot avea diferite caractere, dupa cum am aratat, poate fi identificata doar monarhia constitutionala, ce are ca principiu fundamental faptul ca Regele nu se amesteca in politica, ci ramane esentialmente un simbol al statului.

In monarhiile constitutionale contemporane, predomina fundamentarile divine. Persoana monarhului nu trebuie, prin ipoteza, sa aiba calitati personale deosebite, spre a fi acceptata de populatie, ea se bucura de un profund respect, ridicat uneori la semnificatii sacrosante, prin insusi faptul ca exercita, in mod legitim, prerogativele monarhice (regale, imperiale etc.). Tocmai de aceea, riguros juridic vorbind, dar cu profunde semnificatii de ordin moral, cetatenii unui stat monarhic se considera supusii monarhului, iar functionarii publici, militarii etc., cand depun juramantul specific functiei, depun un juramant de credinta fata de suveran.⁴

Desi sunt concepte pur teoretice, putem observa ca practica nu respecta intotdeauna teoria. Astfel gasim in prezent state ce imbraca forma de republica conduse de catre un presedinte care isi exercita vointa mult peste atributiile sale ori o republica unde parlamentul nu respecta prevederile din constitutie, acesta modificand-o dupa bunul plac.

¹ T. Draganu, op. cit., p.234.

² C. Ionescu, Cadrul general al sistemului constitutional occidental contemporan, in Studii de drept romanesc nr. 1/1994, p.8

³ Ibidem, p.9

⁴ A. Iorgovan, op. cit., 1994, p.135.

Daca ar fi sa ne raportam strict la conceptul teoretic diferentele dintre monarh si presedinte sunt clar vizibile: monarhul detine puterea absoluta iar presedintele este constrans, acesta putand doar exercita drepturile atribuite de constitutie. Istoria ne arata totusi ca in practica, societatea umana a avut mai mult de castigat in timpul formei de conducere monarhala decat cea republicana dovada fiind realizările si progresul extraordinar a imperiului roman. Acest fapt se datoreaza multumita unui factor care nu este luat in considerare in continutul teoriilor de astazi: factorul naturii umane.

Natura umana se refera la modul de comportare si pregatire pe care omul le dobandeste din experienta vietii si desigur idealul pe care acesta il are. Este evident ca nu putem stii cu exactitate natura fiecaruia dintre noi insa putem spera ca unii oameni au invatat din greselile din trecut si au vointa necesara de a tinde spre perfectiune. Desigur ca se stie faptul cum ca omul este o fiinta imperfecta, asadar este imposibil ca acesta sa creeze un sistem sau o idee perfecta, mereu va fi ceva imperfect la acestea asemeni creatorului, insa, atunci cand ne alegem forma de conducere, factorul naturii umane va fi in favoarea monarhiei absolute. Aceasta se datoreaza sistemului acesteia unde societatea fiind condusa de o singura fiinta umana, sansa de decizii nefavorabile societatii este cu mult mai scazuta decat in cazul sistemului republican unde sansa creste odata cu numarul oamenilor ce sunt pusi in pozitii de conducere ale acesteia.

In opinia mea personala consider ca monarhul este o optiune mai buna decat cea a presedintelui care este constrans de vointa si interesul personal al celoralti inalti demnitari si de sansa de eroare adunata a acestora.

Evolutia in timp a umanitatii a creat si conturat diversele forme de conducere a societatii. Astazi putem gasi doua mari forme principale de conducere: conducere monarhica sau democratica (republicana). Desigur, asa cum am enumerat mai sus acestea se impart in categorii insa ideea generala si forma sa initiala raman, indiferent de aceste clasificari. Rareori putem da exemple de societati in care categoriile specifice sunt aplicate exact ca si definitia lor teoretica.

In "*Republica*", Platon arata ca tirania se naste, de regula, din democratie. Procesul este unul simplu de inteles: Platon afirma ca democratiile reprezinta de fapt anarhia, iar de regula in urma conflictului intern, pentru a fi oprit un conducator se inalta si ofera siguranta societatii. Acesta este sustinut de catre societate insa in timp este posibil ca acesta sa devina un tiran. Insa teoria lui Platon a fost elaborata datorita mediului in care traia. Exista si alte dovezi pe care istoria ni le ofera unde un monarh devine tiran, de obicei din cauza unor presiuni ce il dezechilibreaza mental ori pur si simplu natura umana a acestuia. O dovada o avem din istoria Angliei si a domniei Reginei Maria I fiind supranumita in epoca "*Maria cea Sangeroasa*". Convingerile sale catolice a dus la arderea a 274 de protestanti, cel putin acesta este numarul minim oficial conform inregistrarilor din Cartea Martirilor de John Foxe¹.

Concluzie:

In ciuda acestor timpuri intunecate si a momentelor de decadere a umanitatii, astazi regasim superioritatea conducerii monarhale in fata celei democratice: Emiratele Unite VS Statele Unite. Desi exista state unde forma de guvernare este una de republica prezidentiala (Rusia) se cunoaste faptul ca aici parlamentul are doar o forma simbolica deci in teorie putem vorbi de o conducere asemanatoare cu cea monarhica unde puterea este in mainile unui singur om.

Superioritatea monarhului in comparatie cu cea a presedintelui se poate vedea chiar in modul de educare a acestora. Monarhul primeste o educatie speciala conforma rolului sau de conducator pe cand Presedintele nu este obligat sa respecte vreun criteriu si nici nu se pune problema daca acesta are vreo pregatire specifica pentru a fi conducator ori nu are.

Asadar conform celor prezentate, eu sustin forma de monarhie absoluta ca si forma de guvernare datorita simbiozei sale excelente cu natura umana.

¹ http://www.acuz.net/html/Analiza_criticii_democratiei_ateniene_in_filosofia_lui_Platon.html

Bibliografie

- Ioan Muraru, Elena Simina Tanasescu ”*Drept constituțional și instituții politice*”, volumul I (editura C.H Beck, București 2006)
- Ion Rusu ”Forma de guvernământ” (editura Lumina Lex, 1977)
- Antonie Iorgovan; ”Tratat de drept administrativ” (editura All Beck; București 2005)
- C. Ionescu, Cadrul general al sistemului constituțional occidental contemporan, în Studii de drept românesc nr. 1/1994, p.8
- T. Draganu, Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar, vol I, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p.233

Surse web

- http://www.acuz.net/html/Analiza_criticii_democratiei_ateniene_in_filosofia_lui_Platon.html
- <http://www.cono.ro/forme-de-organizare-politica-in-antichitate/>
- http://ro.wikipedia.org/wiki/Istoria_Angliei
- <http://www.svedu.ro/curs/isp/c6.html>
- http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_president
- <http://inliniedreapta.net/dereferinta/calea-democratica-spre-tiranie/>
- http://www.acuz.net/html/Analiza_criticii_democratiei_ateniene_in_filosofia_lui_Platon.html

IMUNITATEA PREȘEDINTELUI UN CONCEPT DESUET

TEODORESCU Gilda¹

Abstract

Lucrarea "imunitatea președintelui un concept desuet" va conține o scurtă prezentare a conceptului de imunitate și totodată vom regăsi cele mai importante excepții de la regimul imunității, și anume cele două forme de răspundere: răspunderea politică și răspunderea penală (juridică). În ceea ce privește excepțiile aici vom întâlni informații legate de suspendarea fostului Președinte al României Ion Iliescu și despre cele două încercări de suspendare ale Președintelui Traian Băsescu. Un alt aspect ce a fost punctat în aceasta lucrare este reprezentat de dosarul "Mineriadei" 13-15 iulie 1990 când minerii au luat cu asalt Bucureștiul în lunile de tranziție ale unei țări abia ieșite de sub ciocanul și nicovala comunismului, unde fostul Președinte Ion Iliescu a fost anchetat.

Cuvinte cheie: imunitate, suspendarea președintelui, înaltă trădare, Parlament, Ședință comună.

Introducere

"Imunitatea președintelui un concept desuet" reprezintă faptul că Președintele României potrivit art 84 alin 2 din Constituție se bucură de imunitate și nu răspunde juridic pentru opiniile politice exprimate în timpul și în legătură cu exercitarea mandatului său. Cu toate acestea președintele poate fi suspendat ca urmare: a unor încălcări grave ale prevederilor constituționale, nu a săvârșirii unei singure fapte, dar cu consecințe minore precum și pentru fapte de înaltă trădare.

Lucrarea are ca prim obiectiv evidențierea celor mai importante excepții de la regimul imunității, și totodată vom regăsi și exemple (încercarea de suspendare a președintelui Ion Iliescu și cele două încercări de suspendare ale președintelui Traian Băsescu).

În ceea ce privește răspunderea politică consider că demiterea din funcție este o sancțiune politică deoarece ea are drept consecință pierderea calității de Președinte al României. Dacă sancțiunea suspendării din funcție înseamnă încetarea provizorie pe o perioadă determinată numai a exercițiului drepturilor și obligațiilor ce decurg din aceasta funcție publică demiterea are ca rezultat pierderea definitivă a funcției de Președinte al României și implicit a drepturilor și obligațiilor ce țin de acesta. Legiuitorul constituant nu a calificat fapta de înaltă trădare ca infracțiune, pur și simplu, tocmai pentru a sublinia și conotațiile sale politice, alături de cele juridice. Fapta de înaltă trădare nu este o infracțiune care să țină în exclusivitate de ilicitul penal. Este și motivul pentru care ea nu este definită ca infracțiune, ci ca "faptă", dar ca o faptă care este apreciată pe planul consecințelor politice de către autoritatea puterii legislative, iar pe planul consecințelor juridice de către Parchetul General și Înalta Curte de Casație și Justiție ca autorități ale puterii judecătorești. Importanța acestei lucrări este dată de faptul că orice greșală se "plătește" indiferent de persoana care a săvârșit-o.

Conținutul propriu-zis al lucrării

Punerea sub acuzare a președintelui de republica își are originea într-o instituție ce aparține dreptului constituțional englez, cu privire la miniștrii și anume procedura de impeachment. Ulterior impeachmentul a fost reținut pentru a evoca răspunderea șefului de stat, într-un sistem republican, în

¹Student, Facultatea Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (gylda_teo@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof. univ. dr. Marta Claudia Cliza (cliza_claudia@yahoo.com)

timp ce pentru a se evoca instituția tragerii la răspundere a miniștrilor s-a impus sintagma "responsabilitate ministerială".

Răspunderea șefului statului nu este cunoscută în formele de guvernământ monarhice datorită, în primul rând procedurii de contrasemnare a actelor normative (spre exemplu art 87 din Constituția României 1923 și art 44 din Constituția României 1983). Procedura nominalizării aparută în Anglia secolului al XVIII-lea avea ca efect doar stabilirea persoanei însărcinate cu aducerea la îndeplinire a actului juridic sancționat de monarh.

În forma de guvernământ republică, șeful statului nu este în afara responsabilității, chiar în condițiile existenței contrasemnăturii, care constituie echivalentul republican al procedurii nominalizării, răspunderea putându-se angaja pentru alte motive decât cele referitoare la actul normativ contrasemnat.

Șefii de stat se bucură de imunitate în condițiile prevazute de Constituții. Președintele României este un arbitru între puterile statului, precum și între stat și societate, trebuie să fie imparțial și independent, iar președintele va putea adopta o poziție pe deplin obiectivă față de toate părțile aflate în conflict.¹ În art 72 alin 1 din Constituția României consacră faptul că imunitatea este de două categorii anume: lipsa de răspundere juridică, penală, civilă, contravențională cu caracter permanent pentru voturile sau opiniile politice ale parlamentarilor și posibilitatea parlamentarului de a nu fi reținut arestat sau percheziționat fără încuviințarea camerei din care face parte², iar alin 2 al aceluiași articol prezintă prima formă de imunitate și anume imunitatea intrinsecă mandatului, iar a doua formă de imunitate numai pe durata mandatului ca un mijloc de protecție împotriva unor măsuri abuzive inspirate mai ales din motive politice. Astfel parlamentarul poate fi trimis în judecată dar numai de Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și numai în fața acestei instanțe.

Imunitatea de care beneficiază președintele României are caracter absolut și permanent. Imunitatea este absolută prin faptul că Președintele României este neresponsabil nu numai politic, dar chiar civil sau penal pentru modul în care își exercită atribuțiile; dacă ar fi altfel ar însemna că sub pretextul existenței răspunderii civile sau penale deciziile sale ar putea fi contestate judiciar³. Caracterul permanent al imunității se justifică prin faptul că textul constituțional nu și-ar mai avea sensul dacă, după expirarea mandatului fostul președinte ar putea fi tras la răspundere pentru modul în care l-a îndeplinit.

Imunitatea nu echivalează cu exonerarea de răspundere pe plan politic a șefului statului pentru modul în care își exercită atribuțiile ce îi revin din funcția pe care o ocupă. Cele mai importante excepții de la regimul imunității le reprezintă cele două forme de răspundere: răspunderea politică și răspunderea penală (juridică).

În istoria post decembristă a României un prim exemplu de suspendare din funcție este aceea a fostului Președinte Ion Iliescu⁴. Propunerea de suspendare a pornit de la o afirmație a acestuia din anul 1994 potrivit căreia justiția nu trebuie să accepte cererile de revendicare ale caselor naționalizate. Pentru președintele de atunci era clar ca nu se putea rezolva o nedreptate prin alta și că o "restitution in integrum" ar genera o problemă gravă lăsând pe drumuri mii de oameni. Parlamentarii opoziției au catalogat atacurile președintelui drept o încălcare gravă a Constituției și au demarat procedura de suspendare. Astfel se declanșează primul moment din cadrul procedurii de suspendare când cererea pentru suspendarea președintelui a fost depusă la 28 iunie 1994 la Senat de către senatorul Ioan Paul Popescu de la PNȚCD fiind semnată de 167 de parlamentari din opoziție. La 30 iulie Birourile Permanente ale Camerei Deputaților și Senatului au ajuns la concluzia de a convoca o sesiune extraordinară începând de luni 4 iulie până joi 7 iulie pentru discutarea cererii de suspendare a președintelui Ion Iliescu.

¹ Cristian Ionescu, *Tratat de drept constituțional*, Ed C.H.Beck, București 2008 p 830

² Ioan Alexandru, *Drept administrativ*, Editura Lumina Lex, București 2005,

³ Mihai Constantinescu și colectivul, *op.cit*, p 192-193

⁴ Ziarul Adevărul

Parlamentul are în vedere două obligații constituționale și anume: Consultarea Curții Constituționale și informarea președintelui că asupra sa există o cerere de suspendare. În cazul de față Curtea Constituțională a respins cererea ca fiind neîntemeiată. În cadrul dezbaterilor din ședința comună a parlamentarilor din 7 iulie 1994 reprezentantul grupului parlamentar PNȚCD, deputatul Răzvan Dobrescu, a prezentat motivația care a stat la baza propunerii de suspendare. El l-a acuzat pe șeful statului că are o concepție greșită despre exercitarea prerogativelor prezidențiale, apreciind că prin afirmațiile acestuia de la Satu-Mare, la 20 mai președintele Ion Iliescu ar fi adus “o gravă atingere independenței judecătorilor” instigând la nerespectarea hotărârilor judecătorești.

În opinia lui Răzvan Dobrescu afirmațiile președintelui constituie o tentativă de politizare a actului de justiție. Astfel Ion Iliescu ar fi fost un factor perturbator al ordinii de drept. La rândul lor parlamentarii PSDR precum Agata Nicolau au afirmat că propunerea de suspendare nu are temei juridic. De fapt, prin spusele sale ar fi apărat Constituția și spiritul legii. Chemat în fața Parlamentului, Ion Iliescu nu a dat curs invitației și a trimis plenului o scrisoare prin care cataloga acțiunea de suspendare “fără fundament juridic”. Răspunsul pe care președintele l-a adresat Parlamentului a fost citit în plenul camarelor reunite ală Parlamentului de Adrian Năstase. În final procedura de suspendare a încetat deoarece nu s-a îndeplinit majoritatea cerută și anume 50% +1 din numărul deputaților și senatorilor, rezultatul votului din Parlament fiind de 166 voturi pentru și 242 de voturi împotriva. Ca urmare a votului Parlamentului, președintele Ion Iliescu și-a reluat funcția de președinte al României.

Un alt aspect ce atrage atenția este acela că fostul Președinte al României Ion Iliescu a fost parte în dosarul Mineriadelor¹ ”13-15 iulie” 1990 când minerii au luat cu asalt Bucureștiul în lunile de tranziție ale unei țări abia ieșite de sub ciocanul și nicovala comunismului. Magistratii de la ICCJ au decis să pună capăt cercetării penale a fostului președinte în cazul Mineriadelor dar acesta este încă anchetat cu privire la rolul pe care l-a avut în revoluția anti-comunistă din 1989 când sute de oameni au fost împușcați după fuga lui Ceaușescu. Deși Ion Iliescu s-a bucurat de o popularitate sporită după ce dictatorul Nicolae Ceaușescu a fost derotonat și executat, liderii politici oponenti încă îl acuză că le-a furat românilor “revoluția, simbol al înfrângerii comunismului”.

Procurorii au hotărât ca Ion Iliescu acuzat de genocid, de crime de război, de tratament inuman și de cooperare în materie de tortura să fie scos de sub urmărire penală pentru că nu exista suficiente dovezi incriminatorii. În timp ce oficial doar 6 oameni și-au pierdut viața în 13-15 iunie 1990 minerii spun ca numărul morților depășește 100. Ion Iliescu și-a menținut poziția de “nevinovat” timp de 20 de ani care au trecut de la masacrul sângeros de la București. Acestuia îi era interzis din punct de vedere moral, accesul în fruntea unei democrații obținute prin revoluția din 1989 tocmai din cauza educației sovietice primite.

De ce un om care a fost susținut de Ana Pauker să studieze în Rusia, nu are dreptul să conducă o țară scăpată de Nicolae Ceaușescu își găsește cea mai bună explicație în sloganul scandat în Piața Universității: “cine a stat ani la ruși nu poate gândi ca Bush”.

Ion Iliescu a declarat că decizia de închidere a dosarului mineriadei este una normală subliniind că anormal este să-i treacă prin cap cuiva că președintele are vreo vină. Acesta a declarat că singurii vinovați sunt cei care au provocat acte rebele și acțiuni agresive împotriva instituțiilor statului care aveau o bază constituțională democratică urmare a alegerilor din mai 1990, incluzându-i la categoria vinovați și pe mineri. “Cine a apărat stabilitatea țării acționa în interesul țării, cine ataca instituțiile statului, ei sunt responsabili, inclusiv minerii la incitarea acestor forțe nenorocite”, a declarat Ion Iliescu.

Spre deosebire de încercarea de suspendare a președintelui Ion Iliescu care s-a finalizat în urma ședinței commune a Parlamentului, în anul 2007 ne ciocnim din nou cu o astfel de situație, cu o nouă suspendare cea a președintelui Traian Băsescu ce avea ca rezultat referendumul.

¹Grigore Cartianu : crimele revoluției

Măsura suspendării din funcție a președintelui este consecința unor încălcări grave ale prevederilor constituționale ,nu a săvârșirii unei singure fapte ,ori a mai multor fapte dar cu consecințe minore. Aprecierea asupra gravității acestor fapte aparține camerelor reunite ale Parlamentului.

În decembrie 2006 ,în timpul exercitării mandatului de Președinte al României ,Traian Băsescu a condamnat comunismul din România¹, într-un discurs ținut în Parlament, discurs ce s-a bazat pe probele concrete oferite de raportul Comisiei Prezidențiale de analiză a dictaturii din România conduse de Vladimir Tismăneanu. Din dorința de a fi un președinte judecător, Traian Băsescu a acționat în diverse moduri care a stărnit nemulțumiri în rândul clasei politice mai puțin în rândurile partidului condus până la funcția de președinte de Traian Băsescu, partidul PD.

Pe data de 18 ianuarie PSD a inițiat o acțiune de suspendare a Președintelui Traian Băsescu pentru încălcări ale Constituției. În avizul din 5 aprilie Curtea Constituțională s-a exprimat împotriva suspendării. Avizul cu privire la sususpendare se emite de Curtea Constituțională² în urma dezbaterii propunerilor și a dovezilor prezentate ,acestea având caracter consultativ. Curtea Constituțională a argumentat că faptele incriminate nu au încălcat Constituția :”propunerea de suspendare a Președintelui Traian Băsescu inițiată de 182 deputați și senatori ,prezentată în ședința comună a Camerei Deputaților și Senatului la data de 28 februarie 2007 și înaintată Curții Constituționale la 21 martie 2007 se referea la fapte și acte de încălcare a constituției săvârșite în exercitarea mandatului care însa prin conținutul și consecințele lor nu pot fi calificate drept grave ,de natura să determine suspendarea din funcție a Președintelui Traian Băsescu în sensul prevederilor art 95 alin 1 din Constituție.

În urma ședinței comune a Parlamentului din data de 19 aprilie 2007 acesta a votat pentru suspendarea președintelui cu 322 voturi pentru ,108 împotriva și 10 abțineri. Hotărârea adoptată de Parlament în cadrul procedurii de sususpendare din funcție a Președintelui României se comunică acestuia în termen de 48 de ore de la luarea măsurii sub semnatura președinților celor două camere. Dacă propunerea de suspendare din funcție a Președintelui a fost aprobată urmează să se declașeze procedura de instituire a interimatului funcției prezidențiale. Acesta se asigură în ordine de președintele Senatului sau de președintele Camerei Deputaților acest lucru fiind precizat în Constituție în art 98. În situația de față în urma referendumului din 19 mai 2007 suspendarea președintelui a încetat acesta fiind reconfirmat cu un scor de 74,48 din cetățenii prezenți la vot, reluându-și exercițiul drepturilor și obligațiilor constituționale.

Președintele Traian Băsescu și-a reluat funcția la data la care s-a publicat în Monitorul Oficial al României hotărârea Curții Constituționale de confirmare a rezultatului referendumului.

Ca o comparație între procedura de suspendare a Președintelui Ion Iliescu și cea a Președintelui Traian Băsescu cele două au același rezultat dar momente diferite de încheiere a procedurii de suspendare, prima terminându-se în urma ședinței comune a Parlamentului și cea de-a 2-a ca urmare a referendumului la care populația a fost chemată să se pronunțe cu da sau nu.

Dorința de înlăturare din funcție a președintelui Traian Băsescu a fost atât de mare încât în anul 2012 suntem puși din nou într-o astfel de situație. Asistăm la o a doua încercare de suspendare a președintelui Traian Băsescu care nici de aceasta data nu va avea rezultatul dorit, demiterea acestuia. În comparație cu prima suspendarea, cea de a 2-a a stărnit foarte multe controverse în presa internațională astfel:

L'express scrie în textul de 20 de pagini faptul că Traian Băsescu este acuzat că a subminat democrația ,a lezat separarea puterilor și independența justiției și a provocat crize în raporturile dintre președinte și autoritățile publice. Publicația informează despre adoptarea unei ordonanțe de urgență

¹ www.realitatea.net

² Art 42 din Legea nr 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată în Monitorul Oficial al României ,Partea I ,nr 643 din iulie 2004

care limitează prerogativele Curții Constituționale care nu mai este solicitată să se pronunțe pe deciziile Parlamentului.

Parlamentul României va vota o moțiune pentru înlăturarea președintelui titreză "The Guardian". O criză politică riscă să se izbucnească în România după ce Parlamentul a inițiat demersurile pentru suspendarea președintelui Traian Băsescu acuzat că ar fi subminat Constituția.

Acuzațiile ce îi sunt aduse Președintelui Traian Băsescu ¹ reprezintă motivele „punctul de plecare pentru începerea demersului de suspendare din funcție. Într-o emisiune la B1 TV din iunie 2011, în preajma comemorării anexării Basarabiei de către Uniunea Sovietică, Traian Băsescu a făcut în nume propriu unele afirmații la adresa regelui Mihai I sugerând ca actul său de abdicare din 1947 ar fi fost un act de trădare în interesul național al României și că tot regele ar fi avut ca șef de stat partea sa de responsabilitate pentru holocaustul împotriva evreilor.

Printre principale acuzații aduse președintelui se pot enumera: intervențiile în deciziile executivului, presiuni exercitate asupra magistraților sau chiar refuzul de a nominaliza un prim-ministru din partea unei majorități USL. Curtea Constituțională a admis în parte ca președintele "nu a exercitat cu maximă eficiență rolul de mediator" în același timp calificând alte acuzații ca fiind nefondate sau absurde, susținând faptul că însăși existența cabinetului Ponta (susținut de USL) infirma recredita imputată de noua majoritate parlamentară, președintelui.

La data de 4 iulie USL depune în Parlament documentul de suspendare al Președintelui Traian Băsescu unde se susține ca acesta a instigat la nerespectarea deciziilor Curții Constituționale, ar fi făcut presiuni directe asupra judecătorilor Curții Constituționale, a inițiat un proiect neconstituțional de revizuire a Constituției și s-a substituit funcțional Guvernului. Un alt lucru care i s-a reproșat este acela că a declarat ca nu va numi un premier USL chiar dacă acesta coaliție va obține majoritatea absolută în Parlament.

La 5 iulie Guvernul a adoptat și publicat o ordonanță de urgență care a modificat legea referendumului stabilind că președintele poate fi demis cu jumatate +1 din voturile valabil exprimate ale cetățenilor participanți la referendum și nu cu jumatate +1 din numărul persoanelor înscrise pe listele electorale și că vor putea vota și cetățenii romani aflați în străinătate.

Cu toate acestea la data de 6 iulie 2012 Parlamentul a votat pentru suspendarea Președintelui Traian Băsescu cu 256 de voturi pentru ținerea referendumului care să decidă sau nu suspendarea din funcție². În sesiunea comună a Parlamentului, ce reprezintă momentul 2 în vederea suspendării președintelui întrunește două momente: dezbaterile propunerii de suspendare și avizul Curții Constituționale.

Tot aici Președintele se poate prezenta dacă dorește în sesiunea comună a celor două Camere pentru a da explicație cu privire la faptele ce i se aduc. Judecătorii Curții Constituționale și-au dat avizul pentru suspendarea Președintelui Traian Băsescu, arătând faptul că acesta și-a asumat public inițiativa luării unei măsuri economico-sociale înainte să fie adoptată de Guvern: "Faptul că Președintele României, prin comportamentul său politic și-a asumat public inițiativa unor măsuri economico-sociale înainte ca acestea să fie adoptate de către Guvern prin asumarea răspunderii poate fi reținut ca o încercare de a diminua rolul și atribuțiile Primului Ministru", se arată în avizul Curții Constituționale. De aceea, această atitudine imputată domnului Traian Băsescu nu poate fi încadrată în conceptul "opinii și opțiuni politice" astfel cum acesta a fost stabilită de Curtea Constituțională prin avizul consultativ Nr.15 aprilie 2007 potrivit căruia Președintele României poate în virtutea prerogativelor și a legitimității sale să exprime, să formuleze observații și critici cu privire la funcționarea autorităților publice și a exponenților acestora, mai arată Curtea Constituțională. Avizul Curții Constituționale fiind doar consultativ în Parlament s-a votat suspendarea Președintelui Traian

¹ www.antena3.ro

² Regulamentul sesiunilor comune ale Camerei Deputaților și Senatului aprobat prin hotărârea Parlamentului nr 4/1992, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I nr 32, din 4 martie 1992, modificat prin Hotărârea nr 13/1995.

Băsescu cu 256 de voturi pentru și 114 împotriva. La 10 iulie CCR a decis în unanimitate că referendumul de demitere este valid în măsura în care se asigură participarea la vot a cel puțin jumătate +1 din numărul persoanelor înscrise pe listele electorale permanente. La scurt timp după comunicatul Curții Constituționale Ministerul Administrației și Internelor a informat că Referendumul din 29 iulie i se va aplica ordonanța de urgență a Guvernului potrivit căreia Președintele este demis cu majoritatea simplă a celor care se prezintă la urne.

Din numărul total al cetățenilor cu drept de vot 18.294.464 la vot s-au prezentat 46,26% din români, 7.403.836 au votat DA fiind în favoarea suspendării, iar 943,375 au votat NU fiind contra demiteii Președintelui. La data de 21 august 2012 CCR a invalidat referendumul cu 6 voturi contra 3 pe motiv că referendumul nu a întrunit cvorumul necesar.

Pe 27 august 2012 aceasta decizie a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Președintele Traian Băsescu reluându-și funcția ce fusese asigurată în perioada suspendării de către Președintele interimar Crin Antonescu.

O alta excepție de la imunitate a Președintelui o reprezintă răspunerea juridică potrivit art.96 alin(1) din Constituție Camera Deputaților și Senatul în ședință comună cu votul a 2/3 din numărul deputaților și senatorilor pot hotărî punerea sub acuzare a Președintelui României pentru înalta trădare. Parlamentul îl acuza pe Președinte pentru fapte mult mai grave decât faptele la care face referire articolul 95 “suspendare din funcție”. Tocmai de aceea numărul de parlamentari cerut pentru a iniția propunerea de acuzare cât și numărul de parlamentari cerut pentru a vota în favoarea punerii sub acuzare este mult mai mare.

Punerea sub acuzare a Președintelui României de către cele 2 camere ale Parlamentului echivalează defapt cu o retragere a imunității sale necesară pentru a se putea declanșa urmărirea penală. Legat de procedura punerii sub acuzare a Președintelui României foarte importantă este și soluția suspendării de drept din funcție a acestuia de la data punerii sub acuzare până la data demiterii, ca urmare a condamnării.

Această soluție nu a fost consacrată inițial de Constituția adoptată în anul 1991 ci a fost introdusă prin legea de revizuire a Constituției. În acest fel s-a reglementat în mod unitar atât răspunderea politică cât și cea juridică. În forma inițială era nefiresc ca, în caz de abateri politice Constituția să prevadă suspendarea din funcție a Președintelui României, iar în cazuri mult mai grave de înalta trădare această soluție să nu se regăsească în legea fundamentală a țării. Pe baza probelor administrate, Parchetul General poate ajunge la concluzia că acuzația de înaltă tradare nu se poate concretiza în săvârșirea vreunei infracțiuni, ceea ce are ca efect scoaterea Președintelui României de sub urmărire penală. În acest caz, Președintele, care a fost suspendat de drept din funcție își reia exercițiul drepturilor și obligațiilor constituționale. Dar Parchetul General poate să dispună trimiterea în judecată a Președintelui României dacă prin probele administrate rezultă vinovația acestuia pentru săvârșirea faptelor penale prevazute de lege. Prin transmiterea rechizitorului ICCJ se intră într-o noua fază a procesului penal, faza de judecată în fond, care este de competența secției penale a ICCJ. Pe baza probelor administrate secția penală a ICCJ poate să pronunțe achitarea inculpatului, în cazul în care se ajunge la concluzia că nu este vorba de săvârșirea unei infracțiuni sau condamnarea acestuia. Hotărârea pronunțată este supusa recursului care se judecă de secțiile unite ale ICCJ. Hotărârea pronunțată de secția penală neatacată cu recurs s-au după caz, hotărârea pronunțată în recurs este definitivă și executorie. Dacă Președintele inculpat a fost achitat¹, el își va relua exercițiul drepturilor și îndatoririlor constituționale suspendarea sa de drept din funcție încetând pe data la care hotărârea instanței a ramas definitivă.

Dacă Președintele inculpat a fost condamnat, el este demis de drept din funcție pe data rămănerii definitive a hotărârii de condamnare. În aceasta situație funcția devine vacantă, se instituie

¹ Mircea Preda și Benonica Vasilescu

interimatul funcției iar guvernul are obligația să realizeze alegeri pentru un nou președinte în termen de trei luni de la data la care funcția a devenit vacanta.

Concluzii

Din punctul meu de vedere destabilizarea instituției prezidențiale prin destructurarea imunității șefului statului nu poate reda politicii românești puritatea niciodată demonstrată. Spre deosebire de imunitatea parlamentară imunitatea președintelui asigură cea mai importantă instituție a statului în fața manipulării politice a unei majorități ostile.

În menținerea echilibrului puterilor, imunitatea joacă un rol important, esențial, protejând în egală măsură dar în mod diferit atât executivul cât și legislativul.

Într-o societate democratică, în care puterea judiciară este imparțială și garantează drepturile individuale este important ca oricine să poată fi adus în fața instanțelor inclusiv președintele sau parlamentarii cu condiția obligatorie ca această practică să nu fie doar o simplă manifestare politică. Astfel politica va domina dreptul, iar arbitriul va deveni oricând posibil.

Autorul francez M. Duverger este de părere că “înalta trădare se situează la granița dintre politic și drept: este vorba de o crimă politică, constând în abuzul de funcție pentru o acțiune contrară Constituției și intereselor superioare ale țării”

Bibliografie

- **Marta Claudia Cliza**, Drept Administrativ (Editura Universul Juridic ,București 2011)
- **Gheorghe Iancu**, Drept Constituțional și Instituții Politice :tratat (Editura Lumina Lex ,București 2008)
- **Cristian Ionescu**, Tratat de Drept Constituțional Contemporan (Editura C.H Beck București 2008)
- **Ion Corbeanu** , Drept Administrativ (Editura Lumina Lex ,București 2002)
- **Mircea Preda și Benonica Vasilescu**, Drept Administrativ Special (Editura Lumina Lex , București 2007)
- www.realitatea.net ; www.antena3.ro
- Ziare: Romania Libera; Adevărul ; Gardianul
- BBC Romanian .com
- Presa internațională: L'express; The Guardian; BBC News
- Grigore Cartianu :Crimele Revoluției –Sângeroasa diversiune a KGB-iștilor din FSN (Editura Adevărul Holding București 2010)

DREPTUL LA O BUNĂ ADMINISTRARE

Denisa PUNGĂ¹

Abstract

În prezentul articol ne-am propus să analizăm dreptul la o bună administrare, prin prezentarea atât a elementelor sale componente dar și a unor studii de caz.

O parte a acestui studiu va prezenta contribuția Ombudsmanului european la definirea acestui drept dar și o selecție de cazuri din activitatea acestuia pentru a putea observa situațiile practice de administrare defectuoasă din activitatea de zi cu zi a instituțiilor statului.

În finalul acestui studiu vom prezenta concluziile la care am ajuns, ca urmare a acestei cercetări, concluzii care se fundamentează pe imbinarea elementelor legislative dar și cu studiile de caz.

Cuvinte cheie: *Drept fundamental, Ombudsman, dreptul la o bună administrare, administrare defectuoasă, Codul european de bună conduită administrativă.*

Introducere

Instituția Ombudsmanului sau a Mediatorului european a fost înființată prin Tratatul de la Maastricht în 07 februarie 1992. Noțiunea de “ombudsman” are în diferitele țări ale lumii semnificații diverse: avocat al poporului, mediator, defensor del pueblo, apărătorul dreptății² etc. Ombudsmanul european a avut o contribuție importantă la adoptarea Codului european de bună conduită administrativă prin care a definit conceptul de bună administrare propunând textul acestuia.

Codul european de bună conduită administrativă a fost elaborat pornind de la ideea deputatului european Roy Perry, idee afirmată în anul 1998. La data de 6 septembrie 2001,

Parlamentul european a adoptat o rezoluție referitoare la un Cod de bună conduită administrativă pe care să îl respecte personalul din instituțiile comunitare, în scopul întăririi relațiilor între Uniunea Europeană și cetățenii săi³. Se remarcă redactarea clară, scurtă și concisă a regulilor din acest Cod. După ce în articolele 1 și 2 se precizează câmpul de acțiune al reglementării, se trece la prezentarea principiilor bunei conduite administrative într-o manieră directă, dându-se fiecărui articol titlul principiului reglementat, reglementarea în sine conținând cel mult patru aliniate.

Potrivit reglementărilor legale, principiile consacrate prin Codul bunei conduite administrative sunt: legalitatea, nediscriminarea, proporționalitatea, lipsa abuzului de putere, imparțialitate și independență, obiectivitate, încredere legitimă, coerență și consiliere, echitate, curtoazie⁴.

Din punct de vedere procedural, în Codul european de bună conduită administrativă sunt înscrise prevederi cu privire la intervalul de timp în care autorul unei cereri sau sesizări trebuie informat despre primirea mesajului său, cu privire la obligația de a se transmite corespondența serviciului competent a o soluționa, cu privire la obligația de a fi ascultat cetățeanul și de a-i fi analizate observațiile atunci când prin decizia administrativă sunt determinate consecințe care îi

¹ Studenta la Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: pungadenisa@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. dr. Elena Stefan (e-mail: stefanelena@gmail.com).

² Pentru mai multe detalii a se vedea: **Dana Apostol Tofan**, *Institutiile Administrative Europene*, Editura CH Beck, București, 2006, p 205-207

³ Mediatorul European, *Codul european de bună conduită administrativă*, Introducere realizată de Mediatorul European Jacob Söderman, sursa: Internet.

⁴ Art.3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 din *Codul european de bună conduită*

afectează acestuia drepturile sau interesele legitime și obligația de a se motiva deciziile care aduc atingere drepturilor sau intereselor legale ale unei persoane fizice sau unei persoane juridice de drept privat și de a se preciza căile de contestație.

Carta drepturilor fundamentale reunește într-un singur text ansamblul drepturilor civice, politice, economice și sociale ale cetățenilor europeni și ale tuturor celor care locuiesc pe teritoriul Uniunii, ea are în componență un număr de 54 de articole și 7 titluri. Prezentul Cod are ca scop explicarea mai detaliată a ceea ce ar trebui să însemne în practică dreptul de a avea o bună administrație, care este cuprins în Cartă.

Dreptul de a avea o administrație bună (art. 41) și dreptul de a adresa Mediatorului European plângeri referitoare la conduita necorespunzătoare în administrație în cadrul instituțiilor și organelor Uniunii (art. 43) sunt cuprinse în Cartă ca și drepturi fundamentale care decurg din deținerea cetățeniei Uniunii.¹

(I) Dreptul la o bună administrare

În spațiul european, conceptul general al bunei administrări al cetățenilor, respectiv dreptul fundamental al cetățeanului european la o *bună administrare* (denumit uneori și ca un *drept la o bună administrație*) se bucură de consacrare expresă, identificabilă pe două paliere de competență diferite:²

a) *la nivel european* în favoarea persoanei ce are calitatea de cetățean ori de rezident al UE, există un drept la o bună administrare în raporturile sale cu organele și instituțiile Uniunii Europene, așa cum este prevăzut acest drept în Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene. Astfel, potrivit art. 41 al Cartei se prevede ca:

1.) Oricărei persoane îi revine dreptul ca instituțiile și organele Uniunii să îi examineze cauza în mod imparțial și corect, într-un termen rezonabil;

2.) Acest drept include în principal: 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-și justifica deciziile;

3.) Fiecare persoană are dreptul să pretindă de la Comunitate, în conformitate cu principiile generale comune în legislația Statelor Membre, repararea daunei pricinuite de către instituții sau de către lucrătorii acestora aflați în exercițiul funcțiunii;

4.) Fiecare persoană poate să se adreseze în scris instituțiilor Uniunii într-una din limbile tratatului și trebuie să primească răspuns în aceeași limbă.

Dreptul la o bună administrare este prevăzut în Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene proclamată în cadrul Summit-ului de la Nisa din decembrie 2000 de către președinții celor 3 instituții principale ale Uniunii Europene: Comisia, Parlamentul și Consiliul. Comisia primește un număr mare de scrisori din partea publicului larg. Administrarea eficientă a corespondenței are un impact pozitiv asupra dreptului la o bună administrare. Regula generală, aplicată în cadrul Comisiei este ca fiecare scrisoare este înregistrată și, cu excepția celor care sunt nerezonabile, repetitive sau abuzive, ar trebui să primească un răspuns în termen de 15 zile lucrătoare de la data primirii scrisorii.

Conform raportului Publicat³, la sfârșitul anului 2010, toate serviciile Comisiei au migrat la un instrument comun de înregistrare, numit ARES, ajutând serviciile pentru a interacționa între ele și să dea mai repede follow-up la corespondență. Comisia consideră ca răspunsurile sunt trimise în limba pe care o folosește autorul de corespondență, cu condiția ca acesta să fi fost scris într-una din

¹ <http://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/code.faces>, accesat la data de 15 decembrie 2012

² Albu, E., *Cartea Europeană a Drepturilor Fundamentale*- Dreptul la o bună administrație, Revista de Drept Comercial nr. 9/2007, p.76

³ Sursa web accesată: http://ec.europa.eu/justice/policies/rights/docs/report_EU_charter_FR_2010_en.pdf

limbile oficiale ale Uniunii. Dreptul la o buna administrare este relevant in diferite domenii ale dreptului UE. Cu titlu de exemplu amintim dreptul concurentei, pentru situatiile in care Comisia este insarcinata sa asigure buna functionare a pietelor (de exemplu, concurenta pe piata interna nu este denaturata ca urmare a acordurilor anticoncurentiale, abuzurile de pozitie dominanta sau fuziuni).

b) *la nivel national*, exista un drept fundamental la o buna administratie la care se refera Recomandarea CM/Rec (2007)7, prevazut in favoarea cetatenilor celor 47 de state membre ale Consiliului Europei, in ce priveste raporturile acestora cu institutiile si organele administrative din statele ai caror rezidenti sunt. In Preambulul Recomandarii CM/Rec (2007)7, Comitetul Ministrilor considera ca administratiile publice joaca un rol cheie in societatile democratice, ca ele sunt active in diverse domenii de activitate. *Buna administratie* trebuie in viziunea Comitetului Ministrilor sa fie asigurata prin calitatea legislatiei, care este necesar sa fie corespunzatoare si coerenta, clara, usor de inteles si accesibila. Ea mai inseamna si asigurarea, mentinerea, sustinerea si protejarea proprietatii publice si a intereselor publice, respectarea exigentelor bugetare si excluderea oricarei forme de coruptie.

Trasaturile bunei administratii nu sunt fixate sau pe deplin enuntate, dar devin identificabile atunci cand administratia esueaza in atingerea unui standard acceptabil, acesta variind de-a lungul timpului si in functie de context.¹ *Codul bunei administratii* stabileste principiile si normele pe care administratiile publice trebuie sa le aplice in raporturile lor cu persoanele private, in scopul de a asigura realizarea unei bune administratii. Dupa cum s-a remarcat in doctrina², chiar daca statele lucreaza prin oameni, dispozitiile Codului bunei administratii vizeaza, din perspectiva Recomandarii, cu precadere autoritatile publice, neadresandu-se in mod specific si direct functionarilor sau a angajatilor administratiilor publice, asa cum o face de pilda, Codul European al Bunei Conduite Administrative. In acceptiunea Codului, principiile care asigura o buna administratie sunt: principiul legalitatii; principiul egalitatii; principiul imparțialitatii; principiul proportionalitatii; principiul luarii masurilor intr-un termen rezonabil; principiul respectarii vietii private; principiul transparentei.

Conceptul de administrare corectă apare formulat în numeroase decizii ale Curții de Justiție sau ale Tribunalului de Primă Instanță³, prin urmare, în viziunea celor două Curți, conceptul de administrare corectă are aceeași reprezentativitate și întindere precum conceptul de bună administrare, fapt ce ne îndeamnă să considerăm că termenii sunt identici în ceea ce privește conținutul și însemnătatea lor.⁴ Curtea de Justiție a Comunitatilor Europene, respectiv Tribunalului de Prima instanta care, in jurisprudenta lor au statuat o serie de principii si reguli necesare a fi respectate in relatia dintre particulari si administratia comunitara, uneori cu referiri explicite la un deziderat al bunei administrari sau a unei administrari corecte (sound administration), notiuni pe care le apreciem a fi similare.⁵

¹ Wakefield, J. *“The Right to Good Administration”*, Ed. Kluwer Law International, 2007, p.23.

² Gerber, Ph., *“La Recommendation CM/Rec(2007)7 relative a une bonne administration. Presentation generale”*, studiu disponibil la <http://www.coe.int>, prezentat la Conferinta Europeana „In Pursuit of Good Administration”, Varsovia, 29-30 noiembrie, 2007, p.5

³ În acest sens se citează cauzele: *Sytraval contra Comisiei*, Tribunalul de Primă Instanță caz C-367/95, Comission contra Sytraval, 2 aprilie 1998 și *Mobil Telekommunikation Service contra Comisiei Comunităților Europene*, Tribunalul de Primă Instanță caz T 54/99, 30 ianuarie 2002.

⁴ Emil Bălan, Gabriela Varia, Cristi Iftene, Dragoș Troanță, Marius Văcărelu, *„Dreptul la o bună administrare și impactul său asupra procedurilor administrației publice”*, Ed. Comunicare.ro, Administrație publică, 2010, p.28.

⁵ A se vedea de exemplu Tribunalul de Prima instanta, Decizia in cazul T 54/99 din 30 ianuarie 2002, Mobil Telekommunikation Service GmbH c/a Comisia Comunitatilor Europene, disponibila la <http://www.curia.europa.eu>, unde paragraful 48 se consemneaza: “trebuie subliniat de la bun inceput ca tratarea cu diligenta si in mod impartial a unei plangeri sunt asociate la o administrare corecta (s.n.) care este unul dintre principiile generale ce pot fi observate intr-un stat de drept si comun traditiilor constitutionale ale Statelor membre”.

(II) Conceptul de administrare defectuoasă

Ombudsmanul european¹ a definit în raportul său anual pentru 2007 conceptul de “proastă administrare” sau “administrare defectuoasă”, cu aprobarea ulterioară a Parlamentului European.

În opinia Ombudsmanului european “conduita administrativă necorespunzătoare” sau “proasta administrare” există atunci când organul public nu acționează conform cu prevederile sau principiile sale corespunzătoare.” Ombudsmanul a considerat în mod constant că administrarea defectuoasă reprezintă un concept vast și că buna administrare necesită, printre altele, respectarea normelor și principiilor juridice, inclusiv a drepturilor fundamentale. Constatarea de către Ombudsman a unor cazuri de administrare defectuoasă nu presupune în mod implicit existența unui comportament ilegal care poate fi sancționat de o instanță judecătorească.²

În fiecare an Ombudsmanul european prezintă raportul său Parlamentului European, făcând un bilanț al întregii sale activități derulate pe parcursul aceluși an, analizând cazurile din punct de vedere statistic. Cu toate acestea, există unele limite ale conceptului de administrare defectuoasă. De exemplu, Ombudsmanul a considerat întotdeauna că activitatea politică a Parlamentului European nu ridică probleme de posibilă administrare defectuoasă. Plângerile împotriva deciziilor adoptate de comisiile parlamentare, cum ar fi Comisia pentru

petiții, nu sunt, astfel, de competența Ombudsmanului.³

Ombudsmanul european cauta sa obtina rezultate echitabile la plangerile impotriva institutiilor Uniunii Europene, incurajeaza transparenta si promoveaza o cultura administrativa a serviciilor. El doreste sa cladeasca increderea prin dialogul intre cetateni si Uniunea Europeana si sa dezvolte cele mai inalte standarde de comportament in institutiile Uniunii Europene.

III. Cazuri cu privire la dreptul la o bună administrare

În această parte a studiului înțelegem să prezentăm o selecție de cazuri din practica Mediatorului European pentru a surprinde astfel dinamica acestora însă pentru a vedea și cele mai des întâlnite cazuri de administrare defectuoasă.

Din punct de vedere statistic, potrivit datelor oficiale, cazurile de administrare defectuoasă în anul 2009⁴ au privit: lipsa transparenței, inclusiv refuzul de a furniza informații 36% din anchete, incorectitudinea sau abuzul de putere (14%), întârzierile care puteau fi evitate 13%, procedurile nesatisfăcătoare 13%, neglijența 6%, neindeplinirea obligațiilor decurgând din dreptul Uniunii Europene, adică nereusita Comisiei de a-și îndeplini rolul de guardian al tratatelor în ceea ce privește statele membre 6%, erorile juridice 6% și nediscriminarea 5%.

Cazurile de administrare defectuoasă în anul 2011⁵ au privit: legalitatea 28% din anchete, cererile de informații 16,2%, echitatea 13,6%, motivarea deciziilor și posibilitățile de atac 8,1%, termenele rezonabile pentru luarea deciziilor 7,3%, cererile de acces public la documente 7,1%, nediscriminarea 6,8%, precum și obligația de a răspunde la scrisori în limba cetățenilor și indicarea funcționarului competent 5,8%.

¹ Le Mediateur europeen “Le guide du citoyen”, Office des publications officielles des Communautés Europeennes, L- 2985 Luxembourg 2002, ISBN 92-95010-42-6

În raportul său anual 1997 Mediatorul a propus această definiție a “proastei administrări”, definiție care a fost preluată de Parlamentul European un an mai târziu, în 1998 printr-o rezoluție.

A se consulta pentru alte detalii, http://www.euro-ombudsman.eu.int/report_04_fr/default.htm

² A se vedea, în acest context, hotărârile Tribunalului din 28 octombrie 2004 în cauzele conexe T-219/02 și T-337/02, Herrera/ Comisia, Rec. 2004 FP, p. I-A-319 și II-1407, punctul 101 și din 4 octombrie 2006 în cauza T-193/04 R, Hans-Martin Tillack/Comisia, Rec. 2006, p. II-3995, punctul 128.

³ A se vedea și Elena Emilia Ștefan, “Ombudsmanul European și dreptul la o bună administrare”, CKS 2010, Vol. I al Conferinței, pag. 756-788, Ed. Prouniversitaria.

⁴ Raport 2009, a se vedea <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/annualreports.faces>

⁵ Raport 2011, a se vedea <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/annualreports.faces>

Un exemplu de administrare defectuoasă privind nediscriminarea este și următoarea speta pe care v-o prezentăm:¹

- Caz : 1264/2012/VL .Deschis la 10.07.2012 - Decizie din 13.09.2012
- Instituția (instituțiile) în cauză : Comisia Comunităților Europene
- Domeniul (domeniile) juridic (juridice) : Probleme generale, financiare și instituționale
- Tipuri de presupusă administrare defectuoasă – (i) încălcarea sau (ii) încălcarea obligațiilor privind : Nediscriminare [Articolul 5 CEBCA]
- Subiectul (subiectele) : Administrație și Statutul funcționarilor

Astfel, cazul prezintă următoarea problemă: reclamantul a candidat pentru un post în cadrul Institutului pentru Studii Tehnologice Prospective al Comisiei Europene (IPTS). IPTS i-a adus la cunoștință reclamantului că dorește să îl invite la un interviu la Sevilla și i-a solicitat să își confirme disponibilitatea. IPTS a adăugat că, la primirea confirmării din partea sa, îi va trimite o scrisoare oficială de invitație. În același timp, IPTS i-a solicitat să nu își cumpere bilet de avion înainte de primirea scrisorii oficiale de invitație. Reclamantul și-a confirmat disponibilitatea pentru interviu, dar a precizat că nu călătorește cu avionul și că preferă să călătorească cu trenul. IPTS a răspuns informându-l că are tot dreptul să călătorească cu trenul.

După aceasta, reclamantul a cumpărat un bilet de tren, deși nu primise o scrisoare oficială de invitație. IPTS a retras ulterior invitația la interviu. IPTS a explicat că alegerea reclamantului de a nu călători cu avionul ar fi reprezentat o problemă în cazul în care acesta ar fi fost ales pentru ocuparea postului vacant care presupunea frecvente deplasări în interiorul și în afara Uniunii Europene. De asemenea, IPTS a refuzat să îi restituie reclamantului contravaloarea biletului de tren deoarece reclamantul cumpărase biletul înainte de primirea invitației oficiale. Reclamantul a considerat că decizia IPTS constituia o discriminare bazată pe faptul că el a ales să nu călătorească cu avionul și că IPTS îi anulasă pe nedrept interviul. Prin urmare, reclamantul a apelat la Ombudsmanul European afirmând că Comisia ar trebui fie (i) să îi permită să participe la interviu, fie (ii) să îi restituie contravaloarea biletului de tren pe care îl cumpărase.

Ombudsmanul a deschis o anchetă și a solicitat opinia Comisiei cu privire la plângerea reclamantului. La scurt timp după aceasta, Ombudsmanul a fost contactat de către reclamant care l-a informat cu privire la decizia Comisiei de a-i restitui contravaloarea biletului de tren pe care îl cumpărase și că, în opinia lui, acest caz a fost soluționat. Ombudsmanul a considerat că problema a fost astfel soluționată de către Comisie. Prin urmare, Ombudsmanul a închis ancheta.

Un alt exemplu de administrare defectuoasă îl reprezintă următorul caz:

- Caz : 1161/2010/BEH Deschis la 22.06.2010 - Proiect de recomandare din 19.12.2011 - Decizie din 03.08.2012
- Instituția (instituțiile) în cauză : Comisia Comunităților Europene
- Domeniul (domeniile) juridic (juridice) : Probleme generale, financiare și instituționale
- Tipuri de presupusă administrare defectuoasă – (i) încălcarea sau (ii) încălcarea obligațiilor privind : Solicitări privind accesul public la documente [Articolul 23 CEBCA]
- Subiectul (subiectele) : Tratarea cererilor de informații și de acces la documente.

Cazul prezintă următoarea problemă: reclamantul este un doctorand german. În 2009, el a apelat la Comisia Europeană și, în temeiul Regulamentului (CE) nr. 1049/2001, a solicitat accesul la anumite documente legate de mai multe încălcări ale dreptului UE aflate la momentul respectiv pe rolul Curții de Justiție. Aceste cazuri aveau legătură cu mai multe aspecte vamale privind importul de armament și produse cu dublă utilizare. În esență, cererea reclamantului viza corespondența între Comisie și statele membre în cauză. Comisia a refuzat să acorde accesul la documentele solicitate. După ce Curtea de Justiție a pronunțat două hotărâri în cazurile susmenționate în decembrie 2009,

¹ Raport 2012, a se vedea <http://www.ombudsman.europa.eu/ro/cases/summary.faces/ro/12122/html.bookmark>

reclamantul a depus o nouă cerere de acces. Încă o dată, Comisia a refuzat să acorde accesul, iar reclamantul a depus o cerere de confirmare. Comisia a prelungit inițial termenul pentru gestionarea cererii, iar ulterior l-a informat pe reclamant că nu a putut să își finalizeze consultările interne.

În plângerea sa adresată Ombudsmanului, reclamantul a afirmat că Comisia a omis să prelucreze cererea sa de confirmare privind accesul la documentele susmenționate în termenul prevăzut de Regulamentul (CE) nr. 1049/2001. El a afirmat, de asemenea, că decizia Comisiei de a nu acorda accesul nu este conformă cu legislația. El a susținut că, luând în considerare argumentele prezentate în cererea sa de confirmare privind accesul, Comisia ar trebui să gestioneze cu rapiditate cererea sa de confirmare și să acorde accesul la documentele vizate.

În avizul său, Comisia a atras atenția, printre altele, asupra numărului mare de documente implicate și la diferitele modificări ale sferei cererilor reclamantului, care justificau întârzierea luării unei decizii. Pe fond, Comisia a subliniat caracterul deosebit de sensibil al cazurilor de încălcare vizate. În plus, Comisia a susținut că faptul că erau în desfășurare negocieri cu mai multe state membre în urma hotărârilor Curții nu îi permitea să divulge documentele solicitate. În urma inspecției realizate de serviciile sale asupra dosarului Comisiei, Ombudsmanul a adresat un proiect de recomandare Comisiei. Având în vedere că a omis să gestioneze cererea de confirmare a reclamantului într-un termen rezonabil și nu a oferit o explicație satisfăcătoare pentru refuzul său de a acorda accesul, Ombudsmanul a solicitat Comisiei să gestioneze rapid cererea de confirmare a reclamantului prin acordarea accesului la documentele în cauză.

Comisia a acceptat proiectul de recomandare al Ombudsmanului și a divulgat integral documentele solicitate de reclamant. Deși Ombudsmanul și-a exprimat preocuparea cu privire la perioada de timp de care a avut nevoie Comisia pentru a lua o decizie privind cererea de confirmare a reclamantului, el a constatat cu satisfacție faptul că însăși Comisia a recunoscut că această întârziere era, într-adevăr, nejustificată și a salutat abordarea constructivă a acesteia în urma proiectului său de recomandare.

Majoritatea acestor anchete în anul 2011 au vizat Comisia Europeană 58%, Oficiul European pentru Selecția Personalului 11%, Parlamentul European 4%, Consiliul Uniunii Europene 3%, Curtea de Justiție a Uniunii Europene 1%, Altele 26%. În total, 82 % din plângerile care au dus la desfășurarea unei anchete (253) au fost depuse de persoane fizice, iar 18 % (57) au fost trimise de întreprinderi, asociații și alte persoane juridice.

Concluzii:

În prezentul studiu am tratat dreptul la o bună administrare. În opinia mea, având în vedere analizarea și prezentarea unor exemple din activitatea ombudsmanului, se constată o creștere a cazurilor de administrare defectuoasă. Cazurile de plângeri împotriva proastei administrări privesc situația când instituțiile publice europene nu reușesc să acționeze potrivit regulilor și principiilor obligatorii instituite de Comunitatea Europeană. Ombudsmanul European are un mandat special, definit în relație cu administrarea defectuoasă. De aici rezultă că toate investigațiile privitoare la accesul liber la informație trebuie filtrate prin prisma existenței unui caz de administrare defectuoasă, ceea ce poate reprezenta o povară pentru Mediator și un obstacol în calea fructificării de către cetățeni a drepturilor și libertăților individuale.

Cele mai des întâlnite cauze ale administrării defectuoase sunt, potrivit selecției de cazuri pe care am prezentat-o în prezentul studiu sunt: neglijența, întârzierea nejustificată, lipsa de respect față de regulile de procedură aplicabile, refuzul de luare în considerare stări de fapt pertinente sunt exemple de comportament nepotrivit care devin punctul de plecare în plângerile formulate și înaintate Mediatorului European, investindu-l pe acesta cu rezolvarea lor.

În concluzie, în opinia mea, aproape în orice sistem de drept s-ar regăsi, Ombudsmanul reprezintă un organism de protecție al cetățenilor derivat din Parlament, ce deține o prerogativă de control al administrației, dispune de o largă independență și acționează fără un formalism excesiv. De asemenea, nu este de neglijat faptul că, instituția mediatorului sau Ombudsmanului face obiectul a numeroase studii comparative, care se referă mai degrabă la structură și competență, diferite de la o

țară la alta, decât la eficacitatea sa reală și inserția sa în ansamblul sistemului de control al administrației.

References

1. Dana Apostol Tofan, *Instituții Administrative Europene*, Editura CH Beck, București, 2006, p 205-217,
2. Ioan Muraru, „*Avocatul poporului-instituție de tip ombudsman*”, Editura All Beck, București, 2004, p.1și urm,
3. Emil Bălan, Gabriela Varia, Cristi Iftene, Dragoș Troanță, Marius Văcărelu, „*Dreptul la o bună administrare și impactul său asupra procedurilor administrației publice*”, Ed. Comunicare.ro, Administrație publică, 2010, p. 27-28 ; p.278-279 ; p. 281-283 ; .
4. Elena Emilia Ștefan, „*Ombudsmanul European și dreptul la o bună administrare*“, CKS 2010, Vol. I al Conferinței, pag.756-788, Ed.Prouniversitaria.
5. Le Code Europeen de Bonne Conduite Administrative, Office des publications officielles des Communautés Europeennes,
6. www.euroombudsman.eu.int
7. **Albu, E.**, „*Cartea Europeana a Drepturilor Fundamentale- Dreptul la o buna administratie*”, Revista de Drept Comercial nr. 9/2007, p.76
8. Dana Apostol Tofan, „*RAPORTURILE AVOCATULUI POPORULUI CU JURISDICȚIA CONSTITUȚIONALĂ*”, Revista Transilvana de Științe Administrative, 2011, p. 17-32.

NOILE REALITĂȚI ALE RĂSPUNDERII MEMBRILOR GUVERNULUI. RĂSPUNDEREA POLITICĂ SAU JURIDICĂ ÎN CAZUL PRIMULUI MINISTRU

Mădălina-Ștefania MAFTEI^{*1}

Abstract

În lucrarea „Noile realități ale răspunderii membrilor Guvernului. Răspunderea politică sau juridică a Primului Ministru” mă voi raporta în partea introductivă la aspectele generale privind Guvernul, Primul Ministru și răspunderea acestora, precum și la punctul de plecare al acestei analize, și anume, dispozițiile constituționale în materie privind răspunderea membrilor Guvernului și a Primului Ministru. După partea introductivă voi puncta două dintre cele patru tipuri de răspundere, și anume răspunderea politică și răspunderea juridică.

În finalul lucrării, voi prezenta trei cazuri concrete în care un fost prim-ministru a fost tras la răspundere politică sau juridică, după caz. Acestea sunt : cazul fostului prim-ministru al României, Adrian Năstase, cazul fostului prim-ministru al Franței, Jacques Chirac și cazul fostului prim-ministru al Italiei, Silvio Berlusconi. De asemenea, voi prezenta și cazul foștilor Miniștri ai Agriculturii, Ioan Avram Mureșan și Decebal Traian Remeș.

Cuvinte cheie: *Legea nr. 115 din 28 iunie 1999, privind responsabilitatea ministerială, răspunderea politică, răspundere juridică, răspunderea membrilor Guvernului, răspunderea Primului Ministru*

Introducere

În cadrul acestei lucrări am cuprins totalitatea aspectelor ce țin de două dintre cele patru tipuri de răspundere, și anume răspunderea politică și răspunderea juridică a membrilor Guvernului, respectiv a Primului Ministru.

Importanța acestui studiu constă în puterea de a face distincție între cele două tipuri de răspundere, pentru a ne pronunța, raportându-ne la unele cazuri concrete din ziua de astăzi, dacă s-a pus problema de o condamnare politică sau de o condamnare juridică, după cum vor fi prezentate în următoarea parte a lucrării.

După prezentarea noțiunilor teoretice privind cele două tipuri de răspundere, mi-am propus drept obiectiv transpunerea acestora în unele cazuri concrete de condamnare a miniștrilor, implicit a primilor-miniștri, cu care ne-am confruntat de-a lungul timpului, atât în România, cât și în Franța sau Italia.

Modalitatea prin care voi răspunde la obiectivul asumat este documentarea amănunțită din mai multe surse de informare, și totodată apelând la dispozițiile constituționale în materie privind răspunderea membrilor Guvernului și a Primului Ministru.

Acumulând un volum larg de cunoștințe referitoare la această temă, studiindu-le și comparându-le, am ajuns la concluzia că funcția publică presupune corectitudine, seriozitate, respectarea pe deplin a prevederilor legale și realizarea sarcinilor aferente funcției deținute. Astfel, profesorul P. Negulescu sublinia că funcția publică înglobează „un complex de puteri și competențe, organizate de lege pentru satisfacerea unui interes general, în vederea de a fi ocupată, în chip

^{*} Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București (e-mail : stefania.mafteii@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prof. univ. dr. Marta Claudia Cliza (e-mail : cliza_claudia@yahoo.com).

temporar, de un titular (sau mai mulți), persoană fizică care, executând puterile în limitele competenței, urmărește realizarea scopului pentru care a fost creată funcțiunea”.

Conținutul propriu-zis

Izvoarele istorice ale „Guvernului”, ca instituție politică, de putere a statului, se regăsesc în perioada absolutismului, în așa numitele „curia regis”, întâlnite în multe dintre țările europene, iar în țările române în „Sfatul Domnesc”.

În Constituțiile României dinaintea celui de-al Doilea Război Mondial (1866, 1932 și 1938), puterea executivă aparținea Regelui, care o exercita prin Guvern. În acest sens, art. 92 din Constituția din 1923 prevedea că, „Guvernul exercită puterea executivă în numele regelui, în modul stabilit prin Constituție”.

Inițial este important să punctez faptul că Guvernul răspunde politic numai în fața Parlamentului pentru întreaga sa activitate și că fiecare membru al Guvernului răspunde politic, solidar cu ceilalți membri, pentru activitatea Guvernului și pentru actele acestuia, precum prevede art. 108 alin. (1) din Constituție. În finalul aceluiași art. este prevăzut că cazurile de răspundere și pedepsele aplicabile membrilor Guvernului sunt reglementate printr-o lege privind responsabilitatea ministerială.

Cadrul legal al răspunderii membrilor Guvernului este reprezentat de Constituția României și Legea nr. 115 din 28 iunie 1999, privind responsabilitatea ministerială.¹ Răspunderea politică este reglementată de art. 2 din Legea nr. 115/1999, precum și de art. 109 alin. (1) din Constituție, iar răspunderea penală a membrilor Guvernului își are temeiul constituțional în art. 109 alin. (2).

O importanță deosebită o are și distincția dintre cele două tipuri de răspundere. Aceasta constă în faptul că răspunderea politică este solidară, pentru greșeala unui membru, Guvernul poate fi demis în întregime, deoarece această greșală privește echipa guvernamentală, cabinetul în întregul său, nu exclusiv pe cel care a săvârșit-o, iar răspunderea juridică este individuală, privește pe fiecare membru în parte, nu Guvernul în ansamblul său. De asemenea, distincția dintre responsabilitatea politică și cea juridică pleacă de la faptul că prima intervine ca urmare a jocurilor politice, fără ca activitatea vreunui ministru să vină în conflict cu vreun text pozitiv de lege, pe când responsabilitatea juridică intervine fie când s-au comis fapte penale, fie când s-au produs pagube, fără să fie vorba de fapte penale.

În concepția autorilor care fac deosebire între responsabilitatea socială și răspundere, se arată că „responsabilitatea precede răspunderii și o poate diminua...Când sistemul de valori este negat, omul încetează să mai fie responsabil, el devine răspunzător pentru comportamentul său ilicit”.²

Răspunderea intervine pe terenul <<răului înfăptuit>>, ea presupune declanșarea unei proceduri, concretizându-se, în final, într-o sancțiune sau în alta.³ Ideea de răspundere politică a Guvernului, ca și a Președintelui Republicii, nu este străină ideii de răspundere juridică. Răspunderea politică, când ne raportăm la autorități publice, nu reprezintă altceva decât o formă a răspunderii juridice, instituție a dreptului public, evocând prin această sintagmă instituția dreptului constituțional și a dreptului administrativ.

¹ Monitorul Oficial nr. 334 din 20 mai 2002 – Actul normativ a fost modificat și completat prin Legea nr. 161 /2003, O.U.G. nr. 24/2004, O.U.G. nr. 3/2005, Legea nr. 90/2005. A se consulta și Elena Emilia Stefan, Manual de drept administrativ, partea I, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p.124-125

² A se vedea V. Vedinaș, op. cit., Introducere în studiul dreptului administrativ, p.152 și Mihai Florea, Responsabilitatea acțiunii sociale, Ed. Academiei, București, 1976.

³ Răspunderea presupune o raportare activă a Cetății : „prin autoritățile sale, la agentul acțiunii sociale” (în speță a Parlamentului față de Guvern), pe când responsabilitatea ne apare ca o raportare activă a „agentului acțiunii sociale” față de Cetate, față de regulile și autoritățile acesteia (în speță a Guvernului față de Parlament).

Ca și în cazul Președintelui României, și în cazul membrilor Guvernului se distinge o răspundere politică și una juridică.

Legea nr. 115/1999 reglementează în egală măsură răspunderea politică și răspunderea juridică a membrilor Guvernului.

Voi începe prin a prezenta răspunderea politică, aceasta fiind reglementată de art. 2 din Legea nr. 115/1999, precum și de art. 109 alin. (1) din Constituție. În cadrul acestor art. este prevăzut faptul că Guvernul răspunde politic numai în fața Parlamentului pentru întreaga sa activitate și că fiecare membru al Guvernului răspunde politic solidar cu ceilalți membri pentru activitatea Guvernului și pentru actele acestuia.

Sanțiunea cea mai severă care intervine în cazul răspunderii politice a Guvernului este demiterea prin retragerea încrederii de către Parlament, iar procedura care trebuie respectată pentru aplicarea acestei sancțiuni formează instituția moțiunii de cenzură, instituție tradițională a dreptului public modern.¹ Cei care au inițiat-o nu mai pot depune o nouă moțiune în aceeași sesiune, excepție făcând ipoteza răspunderii Guvernului. Din analiza dispozițiilor constituționale, rezultă că moțiunea de cenzură cuprinde trei momente esențiale, și anume inițierea, dezbaterea și supunerea la vot a acesteia.²

Deoarece Guvernul a fost investit pe baza votului de încredere acordat, în bloc, prin acceptarea întregii liste prezentate de candidatul la funcția de prim-ministru și a programului guvernamental, răspunderea politică a fiecărui membru este solidară cu a tuturor celorlalți. Pentru greșeala unuia, Guvernul poate fi demis în întregime, deoarece această greșeală privește echipa guvernamentală, cabinetul în întregul său, nu exclusiv pe cel care a savârșit-o.

Așadar, când vorbim despre răspunderea politică, trebuie să acceptăm ideea unei culpe a celui care răspunde, implicit ideea încălcării unor norme de drept constituțional sau de drept administrativ. Acest lucru este necesar pentru a se deosebi răspunderea politică din sistemul de partid de răspunderea politică din sistemul statal.

De aceea, trebuie să se facă distincție între demisia de bună voie și cea forțată, respectiv între remanierea guvernamentală dictată de jocuri și strategii politice și destituirea unui membru al Guvernului, ca urmare a votului blam dat de Parlament.³

În ceea ce privește răspunderea juridică, indiferent de ramura de drept la care ne raportăm, are atât un scop preventiv-educativ, cât și sancționar, înțelegând prin acest ultim aspect și caracterul reparator în cazul în care s-au produs daune materiale și/sau morale.

În privința răspunderii juridice a membrilor Guvernului, Constituția reglementează numai răspunderea penală, statuând în art. 108 alin. (3) faptul că „cazurile de răspundere și pedepsele aplicabile membrilor Guvernului sunt reglementate printr-o lege privind responsabilitatea ministerială”.⁴ Făcând trimitere în mod expres la această lege, deducem că legiuitorul constituant a dorit existența, în această privință, a unui regim special, derogatoriu de la dreptul comun.

Pentru început mă voi raporta la ceea ce se înțelege prin răspunderea penală, aceasta fiind o formă a răspunderii juridice, alături de răspunderea civilă, disciplinară, administrativă, și reprezintă consecința nesocotirii dispoziției normei juridice penale.

Așadar, răspunderea penală este instituția juridică fundamentală a dreptului penal care, alături de instituția infracțiunii și instituția sancțiunilor, formează pilonii oricărui sistem de drept penal.⁵ De asemenea, dicționarul de termeni juridici⁶ definește răspunderea penală ca fiind „una dintre

¹ În ceea ce privește moțiunea de cenzură, a se vedea dispozițiile art. 113 din Constituția României.

² M. Preda, B. Vasilescu, op. cit., 2007, p. 103.

³ A. Iorgovan, op. cit., p. 424.

⁴ Pentru mai multe detalii a se vedea Elena Emilia Stefan, Manual de drept administrativ, partea I, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p.121-122.

⁵ I. Oancea, Explicații teoretice ale Codului penal român, partea generală, vol. I, Ed. Academiei, București, 1969, p. 99.

⁶ I. Pitulescu ș.a., Dicționarul de termeni juridici uzuali, Ed. Național, București, 1997, p. 430.

instituțiile fundamentale ale dreptului penal, alături de instituția infracțiunii și a pedepsei, reglementată în diferite dispoziții din Codul penal român”.

Răspunderea penală nu este definită de Codul penal român. În art. 17 alin. (2) C. pen. se menționează în mod expres că infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale, în timp ce art. 9 alin. (1) C. proc. pen. statuează faptul că acțiunea penală are ca obiect tragerea la răspundere penală a persoanelor care au săvârșit infracțiuni. Aceste două texte de lege sunt de o importanță vitală.

Astfel, art. 17 alin. (2) C. pen. arată în ce condiții putem vorbi de instituția răspunderii penale, în timp ce art. 9 alin. (1) C. proc. pen. arată mijlocul procedural care are ca finalitate „tragerea la răspundere penală” și „autoritatea competentă”.

Răspunderea penală a membrilor Guvernului își are temeiul constituțional în art. 109 alin. (2), care prevede că numai Camera Deputaților, Senatul și Președintele României are dreptul să ceară urmărirea penală a membrilor Guvernului pentru faptele săvârșite în exercițiul funcției lor.

Trebuie subliniat faptul că acest tip de răspundere este personală, privind pe fiecare membru al Guvernului în parte, pentru faptele comise în exercitarea funcției sale, precum este prevăzut în art. 10 din Legea nr. 115/1999, și că membrii Guvernului răspund penal pentru faptele săvârșite în exercițiul funcției lor, de la data depunerii jurământului și până la încetarea funcției, precum este prevăzut în art. 11 al aceleiași legi.

Același act normativ stabilește, în art. 8, care sunt faptele ce constituie infracțiuni a căror comitere atrage răspunderea penală a membrilor Guvernului.

Astfel, constituie infracțiuni și se pedepsesc cu închisoare de la 2 la 12 ani, următoarele fapte săvârșite de membrii Guvernului în exercițiul funcției lor :

1. Împiedicarea, prin amenințare, violență ori prin folosirea de mijloace frauduloase, a exercitării cu bună-credință a drepturilor și libertăților vreunui cetățean.

2. prezentarea, cu rea-credință, de date inexacte Parlamentului sau Președintelui României cu privire la activitatea Guvernului sau a unui minister, pentru a ascunde săvârșirea unor fapte de natură să aducă atingere intereselor statului.

Constituie, de asemenea, infracțiuni și se pedepsesc cu închisoare de la 6 luni la 3 ani, următoarele fapte săvârșite de către un membru al Guvernului :

1. refuzul nejustificat de a prezenta Camerei Deputaților, Senatului sau comisiilor permanente ale acestora, în termenul prevăzut la art. 3 alin. (2), informațiile și documentele cerute de acestea în cadrul activității de informare a Parlamentului, de către membrii Guvernului, potrivit art. 111 alin. (1) din Constituție.

2. emiterea de ordine normative sau instrucțiuni cu caracter discriminatoriu pe temei de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, vârstă, sex sau orientare sexuală, apartenență politică, avere sau origine socială, de natură să aducă atingere drepturilor omului.

În cazul în care membrii Guvernului săvârșesc, în exercițiul funcției lor, alte infracțiuni decât cele prevăzute mai sus, se aplică pedeapsa prevăzută de legea penală pentru acele infracțiuni.

De asemenea, actul normativ prevede că, pe lângă pedeapsa principală, se va aplica și pedeapsa complementară a interzicerii dreptului de a mai ocupa o funcție de demnitate publică sau o funcție publică de conducere pe o perioadă de la 3 la 10 ani.

Trebuie reținut că procedura de urmărire penală și de judecare a membrilor Guvernului este o procedură specială, derogatorie de la dreptul comun și reglementată de Legea nr. 115/1999. Astfel, potrivit art. 12, numai Camera Deputaților, Senatul și Președintele României au dreptul să ceară urmărirea penală a membrilor Guvernului pentru faptele săvârșite în exercițiul funcției lor.

În cadrul art. 24 alin. (2) din Legea nr. 115/1999, urmărirea penală și judecarea foștilor membri ai Guvernului pentru infracțiunile săvârșite în exercițiul funcției lor, se efectuează potrivit normelor de procedură penală de drept comun. Nu are importanță dacă fapta este săvârșită în timpul concediului de odihnă sau în timpul unei activități private. Important este ca aceasta să aibă legătură cu exercitarea funcției.

Ceea ce este specific abaterilor săvârșite de funcționarii publici este faptul că aceste abateri pot interveni în timpul exercitării funcției publice, în legătură cu aceasta, sau, pur și simplu, prin abaterea de la anumite norme care nu au legătură directă, nemijlocită cu funcția, dar pun sub semnul întrebării prestigiul funcționarului public.¹

Atât din prevederile Constituției, cât și din cele ale Legii nr. 90/2001, rezultă că primul-ministru al Guvernului are o poziție juridică deosebită, determinată de modul de desemnare, de înlocuire și de atribuțiile pe care acesta le are.

În cuprinsul art. 13 din Legea nr. 90/2001, se dispune că primul-ministru conduce Guvernul și coordonează activitatea membrilor acestuia, cu respectarea atribuțiilor legale care le revin.

Primul-ministru are un rol esențial guvernamental, dar el acționează deseori în materie administrativă. Acesta exercită un control general asupra administrației publice, străduindu-se să asigure o coordonare între servicii. Pentru îndeplinirea sarcinilor sale, el dispune de anumite organe de conducere și control, secretariat general, secretariat de cabinet, servicii de informații, de documentare, de statistică, corpuri de inspecție, consilii cu competențe generale sau speciale.

De asemenea, primul-ministru reprezintă Guvernul în relațiile acestuia cu Parlamentul, Președintele României, Curtea Supremă de Justiție, Curtea Constituțională, Curtea de Conturi, Consiliul Legislativ, Ministerul Public, celelalte autorități și instituții publice, partidele și alianțele politice, sindicatele, cu alte organizații neguvernamentale, precum și în relațiile internaționale.

Poziția deosebită a primului-ministru mai este relevată și de prevederile alin. (1) al art. 27 din Legea nr. 90/2001, potrivit căruia Guvernul adoptă hotărâri și ordonanțe în prezența majorității membrilor săi. Hotărârile și ordonanțele se adoptă prin consens. Dacă nu se realizează consensul, hotărăște primul-ministru.

Mai trebuie precizat și faptul că acesta contrasemnează decretele emise de Președintele României, în cazul în care Constituția prevede obligativitatea contrasemnării acestora.

În îndeplinirea atribuțiilor ce îi revin, primul-ministru emite decizii, care sunt, ca natură juridică, acte administrative, cu toate consecințele ce decurg din această calificare.

Ca și în cazul Președintelui României, și în cazul membrilor Guvernului se distinge o răspundere politică și una juridică.

În continuare, mă voi raporta la prezentarea a trei cazuri concrete în care un fost prim-ministru a fost tras la răspundere politică sau juridică, după caz.

Voi începe cu prezentarea cazului fostului prim-ministru al României, Adrian Năstase. Este un caz recent, condamnarea acestuia fiind pronunțată în data de 20 iunie 2012.

Adrian Năstase (n. 22 iunie 1950, București) este un politician social – democrat român, profesor de drept internațional public.

Între decembrie 2000 și decembrie 2004 a fost prim-ministru al României, desemnat în această funcție de către Președintele Ion Iliescu.

Mandatul său de patru ani ca prim-ministru a fost caracterizat de o stabilitate politică fără precedent în perioada post-comunistă, de creștere economică și o politică externă puternic orientată către vest.

Adrian Năstase a fost condamnat în anul 2012 la 2 ani de închisoare, pentru corupție.

Urmărirea penală în acest dosar a început pe 24 mai 2006, iar Adrian Năstase a fost trimis în judecată pe 31 mai 2007, sub acuzația de dare de mită.

În fața judecătorilor, Adrian Năstase a declarat : „Acest dosar nu are niciun fel de probe. Obiectivul dosarului a fost înlăturarea mea din funcția de președinte al Camerei Deputaților, pe care o dețineam în 2006, când a început dosarul. Acuzațiile procurorilor și întregul dosar se bazează pe un denunț fabricat”.

¹ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrative*, Ed. Nemira, vol. II, ediția a II-a revăzută și adăugită, București, 1996, p. 675.

Ulterior, în 20 iunie 2012. Înalta Curte de Casație și Justiție a menținut condamnarea la doi ani de închisoare cu executare pentru fostul prim-ministru Adrian Năstase, dată în dosarul „Trofeul Calității”, în care acesta a fost judecat pentru obținerea ilegală de fonduri, pe care le-a folosit în campania electorală pentru președinție, în anul 2004. În plus, instanța a menținut și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prevăzute de art. 64 lit. A, b, c din Codul penal pe o durată de doi ani, după executarea pedepsei principale, respectiv :

- a. Dreptul de a alege și de a fi ales în autoritățile publice sau în funcții electiv publice.
- b. Dreptul de a ocupa o funcție implicând exercițiul autorității de stat.
- c. Dreptul 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.

În seara zilei de 20 iunie, Ofițerii de Poliție Nicolae Costea și Marin Apostol s-au deplasat la domiciliul fostului prim-ministru, unde și-au expus motivul prezenței lor.

La dorința condamnatului, aceea de a-și lua câteva cărți de lectură, s-a deplasat cu liftul, la apartamentul 1. acolo a avut loc un incident, respectiv Adrian Năstase s-a împușcat. Acesta a fost transportat la Spitalul Floreasca, iar în urma îngrijirilor medicale și-a revenit.

De aici rezultă că fostul prim-ministru al României, Adrian Năstase a pus foarte mult accent pe demnitatea și pe imaginea sa în fața poporului. Datorită funcției pe care a deținut-o, acesta nu se vedea în ipostaza unui infractor și nu concepea să apară încătușat în fața românilor, mai ales că în cazul acesta ne confruntăm cu o condamnare politică, după cum a afirmat chiar el în urma sentinței date de magistrații Înaltei Curți de Casație și Justiție : „Obiectivul acestui dosar a fost eliminarea mea din viața publică. Nu știu dacă e mai bine acum că sunt închis. Poate e mai bine și nu văd eu. În acest dosar emblematic, după cum spune Raportul de Justiție al României, singura soluție nu poate fi decât achitarea”.

În opinia mea, condamnarea fostului prim-ministru al României a fost o condamnare politică și nu una juridică după cum au dorit să scoată în evidență cei din opoziție. Consider că este vorba despre o condamnare politică, deoarece acest dosar nu a fost singurul în care Adrian Năstase a fost trimis în judecată. Dacă nu era o condamnare politică, Președintele Traian Băsescu putea să-i ofere grațiere, având în vedere funcția deținută de Adrian Năstase.

De asemenea, un alt lucru care îmi întărește această idee este și faptul că doctorul Șerban Brădișteanu este anchetat pentru complicitate, acesta fiind un lucru absurd.

De aceeași părere este și avocatul Viorel Rus, care a afirmat : „Este un dosar fabricat politic. Probele în acest dosar au fost răstălmăcite de Parchet. Este profund nedrept ce i se întâmplă lui Adrian Năstase în toate dosarele în care a fost trimis în judecată. Parchetul a acționat precum Inchiziția”.

În legătură cu acest caz, au fost susținute și opinii care susțin ideea de condamnare juridică. Astfel, Cristian Preda, europarlamentarul PDL, a afirmat : „Condamnarea fostului premier Adrian Năstase este semnul clar al separării justiției de influența politică”.

Al doilea caz pe care îl voi prezenta este cel al fostului prim-ministru al Franței, Jacques René Chirac (n. 29 noiembrie 1932, la Paris). Acesta este un politician francez.

Între anii 1974 și 1976, respectiv între 1986 și 1988 a fost prim-ministru al Franței, iar între 1995 și 2007, Președinte al Franței.

Chirac a stat mult în politica de centru-dreapta, suporter al taxelor mai mici, al eliminării controalelor de prețuri, a pedepselor mai mari pentru crimă și al privatizării afacerilor.

Jacques René Chirac a devenit primul șef de stat francez care a suferit umiliința unei condamnări în justiție.

Fostul președinte francez Jacques Chirac a fost declarat vinovat pentru „deturnare de fonduri publice” și pentru „abuz de încredere” în afacerea locurilor de muncă fictive de la primăria Parisului, pe care a condus-o între anii 1977-1995 și a fost condamnat la doi ani de închisoare cu suspendare.

Afacerea datează din anii 90, când era premier al capitalei franceze, justiția precizând că atunci „a angajat fonduri ale primăriei în valoare totală de circa 1,4 milioane euro”.

Pedeapsa decisă de Tribunal a ținut seama de „vechimea faptelor”, de „absența îmbogățirii personale”, de „vârsta și starea de sănătate” a fostului prim-ministru, ca și de „eminentele responsabilități” pe care le-a exercitat în cei 12 ani la Elysee.

Ultimul caz pe care îl voi prezenta este cel al fostului prim-ministru al Italiei, Silvio Berlusconi (n. 29 septembrie, 1936). Acesta este conducător al partidului politic Forza Italia și proprietar al unui adevărat imperiu media. Ca antreprenor, are interese în diverse afaceri.

A devenit prim-ministru în anul 1994, dar a fost rapid demis, deoarece unul dintre partidele majorității sale („Lega Nord”) a încetat să-l mai susțină. Stabilindu-se o nouă majoritate de centru-stânga, coaliția partidelor de opoziție l-a înlocuit. A fost acuzat și de practici afaceriste ilicite.

În 18 ani de carieră politică, Berlusconi a fost implicat în 33 de procese, acuzat, printre altele, de corupere a poliției, finanțare ilegală a partidelor, abuz de putere și întreținere de relații sexuale cu o minoră.

Fostul premier italian, Silvio Berlusconi. A fost condamnat la patru ani de închisoare cu executare, într-un dosar de fraudă fiscală, care are legătură cu trustul Mediaset, după cum informa și presa italiană.

Curtea de la Milano l-a condamnat la patru ani de închisoare, dar ulterior pedeapsa a fost redusă la un an, datorită legii amnistiei, adoptată în anul 2006.

Și în cazul fostului premier Silvio Berlusconi consider că este vorba despre o condamnare politică și nu de una juridică, după cum a declarat chiar el : „Am fost sigur că voi fi achitat de această acuzație complet paralelă cu realitatea. Această condamnare este politică, incredibilă și intolerabilă. Nu putem continua așa!”.

Voi încheia prin prezentarea cazului foștilor Miniștri ai Agriculturii Ioan Avram Mureșan și Decebal Traian Remeș.

Ioan Avram Mureșan a deținut funcțiile de Ministru al Reformei din 1997, iar din 1998 a fost Ministrul Agriculturii și Alimentației, iar Traian Remeș a îndeplinit funcțiile de Ministru al Finanțelor și Ministru al Agriculturii și Dezvoltării Rurale în Guvernele României.

Potrivit rechizitorului Direcției Naționale Anticorupție, în 13 septembrie 2007 și 23 septembrie 2007, Decebal Traian Remeș, în calitate de ministru al Agriculturii și Dezvoltării Rurale la acea dată, ar fi acceptat și primit produse alimentare în valoare de

1 500 lei și suma de 15 000 euro de la Gheorghe Ciorba, prin intermediul lui Mureșan.

Cei doi au fost condamnați de Înalta Curte de Casație și Justiție la trei ani de închisoare cu executare, pentru fapte de corupție.

Concluzii

În cadrul acestui studiu am abordat tema răspunderii politice și răspunderii juridice a membrilor Guvernului, implicit a primului-ministru, prin raportarea la dispozițiile constituționale în materie.

În ceea ce privește rezultatul obținut, consider că am cuprins majoritatea aspectelor privind răspunderea membrilor Guvernului, transpunând noțiunile teoretice în practică.

În urma lucrării realizate, concluzionez că este o temă de actualitate, raportându-mă la cazurile prezentate, în special cazul fostului prim-ministru al României, Adrian Năstase, unde sentința a fost pronunțată în data de 20 iunie 2012.

În opinia mea, într-o viitoare activitate de cercetare în acest domeniu, ne-am putea raporta și la alte cazuri practice în care unii foști miniștri au fost trași la răspundere politică sau juridică, după caz.

Tot în concluzie, dacă ar fi să facem o comparație între actualul președinte Traian Băsescu și fostul președinte Ion Iliescu, observăm că în timpul președintelui Iliescu nu ne-am confruntat cu astfel de condamnări politice, în schimb ne întâlnim cu astfel de situații în timpul lui Traian Băsescu.

Acest lucru se întâmplă, deoarece Traian Băsescu nu se canalizează expres pe exercitarea atribuțiilor sale, ci pe presiunea reciprocă dintre puteri.

Referințe bibliografice

1. Marta Claudia Cliza, „Drept administrativ”, Editura Universul Juridic, Partea I, Ediția a II-a, București, 2011.
2. Carmen Mariana Mihalache, „Răspunderea penală a funcționarului public”, Editura Hamangiu, 2011.
3. Olivian Mastacan, „ Răspunderea penală a funcționarului public”, Editura Hamangiu, 2007.
4. Ioan Alexandru, Ion Popescu, Mihaela Cărușan, Dragoș Dincă, „Drept administrativ”, Editura Economică.
5. Mircea Preda, „Tratat elementar de drept administrativ român”, Editura Lumina Lex, 1999, Ediția a II-a.
6. Antonie Iorgovan, „Tratat de drept administrativ”, Editura All Beck, București, 2005, Volumul I, Ediția a IV-a.
7. Valentin I. Prisacaru, „ Tratat de drept administrativ român”, Editura Lumina Lex, București, 2002, Ediția a III-a.
8. Ioan Alexandru, „Administrația publică”, Editura Lumina Lex, București 2007, Ediția a IV-a.
9. Radu Carp, „Responsabilitatea ministerială”, Editura All Beck, București.
10. Elena Emilia Stefan, Manual de drept administrativ, partea I, Ed.Universul Juridic, București, 2011.
11. Ziarul Curentul
12. Ziarul Presa Locală
13. Ziarul Monitorul de Suceava
14. Realitatea.net
15. Legea de la A la Z.net

PRINCIPIILE FUNCȚIEI PUBLICE EUROPENE

Mădălina-Georgeta BORDI*
Mihai-Valentin OGREAN¹

Abstract

Într-un stat de drept, declarat ca fiind un stat democrat (condus de popor prin reprezentanții săi legitimi) și social (omul, binele lui, reprezintă valoarea supremă, centrul și destinația preocupărilor guvernanților), funcția publică reprezintă unul din elementele de bază prin care se realizează principiile democratice, concretizate prin raporturile stabilite între autoritate și cetățean. De asemenea trebuie evidențiat faptul că, statutul juridic și economic al titularului unei funcții publice, influențează într-o mare măsură bunul mers general într-un stat. Un funcționar public recrutat după criteriile obiective și remunerat echitabil, constituie prima condiție a unui stat care să respecte drepturile garantate de legi și competent în soluționarea problemelor impuse de satisfacerea intereselor generale. Astfel, din perspectiva importanței pe care o are funcția publică în cadrul statului, lucrarea de față își propune să analizeze aspectele considerate definiții ale acesteia la nivelul spațiului european. Am încercat ca pe parcursul lucrării să scoatem în evidență importanța principiilor fundamentale ale funcției publice europene. Tot în această lucrare am realizat și o analiză a câtorva state europene din perspectiva funcției publice. Astfel, vom demonstra faptul că funcția publică reprezintă unul din elementele de bază prin care se realizează principiile democratice. Însă, pentru ca acest lucru să se realizeze, titularul funcției publice trebuie să fie recrutat pe criteriile obiective, ci nu subiective, cum se întâmplă de multe ori în realitatea care ne înconjoară.

Cuvinte cheie: funcția publică europeană, principii democratice, obiectivitate, state europene.

1. Introducere

Potrivit teoriei separației puterilor în stat, funcțiile pe care statul le dobândește în asigurarea suveranității sale, funcția legislativă, funcția executivă și funcția judecătorească nu pot fi realizate decât prin exercitarea lor de către puteri independente, reprezentate la nivel politico-juridic de organe corespunzătoare. Pentru realizarea acestor funcții ale statului se înființează servicii publice, care, la rândul lor, sunt înzestrate cu funcții publice – atribuții, competențe și răspunderi specifice sarcinilor pe care acestea le realizează în scopul satisfacerii intereselor generale ale societății.² Definierea funcției publice nu pare a fi o sarcină prea ușoară³. În doctrina interbelică, funcția publică a fost înțeleasă ca fiind „complexul de puteri și competențe, organizat de lege pentru satisfacerea unui interes general, în vederea de a fi ocupată, în chip temporar, de un titular (sau mai mulți), persoană fizică care, executând puterile în limitele competenței, urmărește realizarea scopului pentru care a

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: mada.bordi@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. dr. Elena Stefan (stefanelena@gmail.com).

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: mihai.ogrean@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. dr. Elena Stefan (stefanelena@gmail.com).

² Prisăcaru, V., *Funcționarii publici*, Editura All Beck, București 2004.

³ Pentru mai multe detalii a se vedea Elena Emilia Stefan, Manual de drept administrativ, partea I, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p.173

fost creată funcțiunea“¹. Într-o definiție mai recentă, funcția publică este considerată „situația juridică a persoanei fizice – investită legal cu atribuții în realizarea competenței unei autorități publice – ce constă în ansamblul drepturilor și obligațiilor care formează conținutul juridic complex dintre persoana fizică respectivă și organul care l-a investit“²

În majoritatea statelor UE, majoritatea angajaților publici au statut de funcționari publici. Aceasta înseamnă că sunt guvernați de o lege a funcției publice, care este o lege publică, și nu de legislația muncii, care constă în legi private sau civile aplicabile relațiilor dintre angajații și angajatorii sectorului privat. Importanța sindicatelor trebuie remarcată prin angajamentele colective încheiate cu guvernul în cadrul raporturilor publice. Astfel de state sunt: Franța, Spania, Portugalia, Grecia, Irlanda, Olanda, Belgia și Suedia. În Suedia, Legea funcției publice este minimalistă, pentru că reglementează drepturile și îndatoririle specifice, precum și măsurile disciplinare, în timp ce legislația muncii și nțelegerile colective reglementează alte condiții de angajare. Marea Britanie este un caz aparte: funcționarii publici au reglementări specifice conferindu-le statutul de funcționari publici, dar nu există o lege generală a funcției publice. În țările UE, regula este ca un angajat public să fie funcționar, iar excepția este să dețină un contract de muncă cu statul. Situația este valabilă și angajaților din administrația locală (cu excepția Marii Britanii, unde funcționarii locali se supun legislației muncii).³

Art. 24 din Tratatul de fuziune a executivelor comunitare (*Comunitatea Economică Europeană, Comunitatea Cărbunelui și Oțelului și Comunitatea pentru Energie Atomo-Electric*) din anul 1967, a impus stabilirea unui regulament unic și comun pentru personalul instituțiilor comunitare. Unificarea s-a realizat prin Regulamentul C.E.E., C.E.C.A. și C.E.E.A. nr. 259 din 29 februarie 1968, modificat de mai multe ori. Cea mai recentă și mai importantă modificare s-a

realizat prin Regulamentul CE și EURATOM nr. 723 din 22 martie 2004. Acest regulament, modificat și reunit cu alte texte interne ale instituțiilor europene este cunoscut sub denumirea de “Statutul funcționarilor publici europeni”, cu un subtitlu denumit “Regulamente și reglementări aplicabile funcționarilor și altor agenți ai Comunităților Europene.”⁴

Definiția funcționarului european în sens restrâns este cuprinsă în art. 1 din Statut, conform căruia “este funcționar al comunităților, în sensul prezentului statut, orice persoană care a fost numită în condițiile prevăzute de acest statut, într-o funcție permanent dintr-una din instituțiile Comunității, printr-un act scris al autorității investite cu puterea de numire de această instituție.”⁵ Astfel, dobândirea calității de funcționar comunitar este condiționată de existent actului de numire emis de autoritatea competentă. Ca regim juridic, actul de numire este caracterizat ca fiind un act unilateral, ceea ce semnifică faptul că, în momentul emiterii sale, singura parte care își asumă obligații este emitentul. Destinatarul sau beneficiarul actului de numire dobândește obligații doar după exprimarea acceptului cu privire la funcția sau demnitatea publică pentru care beneficiază de actul de numire; trebuie emis doar în considerația unui post vacant, care a fost ocupat prin concurs sau prin obținerea unui mandat elective. Actul de numire este un act cu autoritate, care produce efecte numai dacă a fost emis de instituția sau organul competent, conform normelor de drept aplicabile ale Uniunii. Tot acest act îi redă beneficiarului sau destinatarului calitatea de funcționar, fiind un act juridic constitutiv de drepturi.⁶

¹ Negulescu, P., *Tratat de drept administrativ. Principii generale*, vol. I, Institutul de Arte Grafice București, 1934, p. 522.

² Iorgovan, A., *Tratat de drept administrativ*, vol. I, Editura All Beck, București, 2001, p. 554.

³ http://www.academia.edu/1741109/ETICA_SI_DEONTOLOGIA_FUNCTIEI_PUBLICE_-_PUBLIC_SERVICE_-_ETHICS_AND_DEONTOLOGY

⁴ Constanța Călinoiu, Verginia Vedinaș – “Teoria funcției publice comunitare”, Editura Lumina Lex, București 1999, p. 12

⁵ Recomandarea Comitetului Miniștrilor al Consiliului Europei no. R(2000) 6 privind statutul funcționarilor publici din Europa art.1

⁶ Recomandarea Comitetului Miniștrilor al Consiliului Europei no. R(2000) 6 privind statutul funcționarilor publici din Europa, art.5

Conținutul lucrării

2. Principiile funcției publice europene

Principiile funcției publice europene reprezintă ideile care guvernează întreaga activitate a funcționarilor europeni, de care trebuie să se țină cont în momentul interpretării oricărei reguli normative adoptate de o instituție sau un organism european. În statele europene, recrutarea funcționarilor publici de calitate este unul dintre rolurile esențiale ale instituțiilor. Recrutarea se face pe baza acestor principii.

2.1. Principiul egalității la acces

Principiul egalității este un principiu general al dreptului. Toate disciplinele juridice acordă o atenție deosebită acestui principiu, deoarece se pornește de la ideea că toți oamenii sunt egali și au drepturi egale. Acest principiu se regăsește în Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului din 1789, și este reluat de art. 21 al Declarației Universale a Drepturilor Omului, cu următoarea formulare: “toate persoanele au dreptul de a accede, în condiții de egalitate, la funcții publice în țara lor”. Sunt interzise în acest fel restricții și discriminări fondate pe sex, religie, rasă, opinii. Singurele limitări acceptate sunt cele referitoare la naționalitate, moralitate, condiții de vârstă și aptitudini psihice.¹ Majoritatea constituțiilor scrise din Uniunea Europeană consacră principiul egalității în fața legii și prevăd principiul accesului egal la funcțiile publice. Principiul egalității în accesul la funcția publică a fost reglementat ca o reacție împotriva promovării pe criteriul rangului de noblețe.²

2.2. Principiul concursului public

Acest principiu consacră cea mai bună modalitate de recrutare a funcționarilor publici. Aceasta este reprezentată de concurs, care reprezintă o modalitate nediscriminatorie de selecție a funcționarilor. Procedura de desfășurare a concursurilor este stabilită de legi speciale ale fiecărui stat membru al Uniunii Europene.

În unele state predomină testele teoretice, pe motiv că funcționarul urmează să fie învățat realitățile practice ale funcției la care aspiră. În alte state, dimpotrivă, predomină probele practice, pentru a se testa eficiența persoanei respective și capacitatea de a se descurca în situații concrete, avându-se în vedere și faptul că prezentarea diplomelor de studii obținute este o garanție a cunoștințelor teoretice.³

2.3. Principiul independenței

Principiul independenței relevă faptul că un funcționar public european nu trebuie să fie în slujba statului a cărui cetățean este. Practic, funcționarul trebuie să acționeze doar în vederea atingerii idealurilor Uniunii Europene, în calitate de cetățean european. Spre exemplu, membrii Consiliului Guvernatorilor Băncii Centrale Europene trebuie să acționeze independent și nu ca reprezentanți ai țărilor din care provin, în toate deciziile pe care le iau cu privire la politica monetară în zona euro.

2.4. Principiul competenței

Principiul competenței poate avea mai multe accepțiuni. Într-o primă accepțiune, competența poate fi privită ca și element component al funcției publice, adică competența

¹ Călinoiu, C., Vedinaș V., – „Teoria funcției publice comunitare”, Editura Lumina Lex, București, 1999, p.155

² Iorgovan, A. – *op.cit.*, p.483

³ Iorgovan, A. – *op.cit.*, p. 588

funcționarului de a avea o anumită misiune și de a dispune de puterea de-și îndeplini sarcinile. În a doua accepțiune, principiul competenței se referă la obligația funcționarului de a prezenta calități profesionale și morale, conforme cu postul ocupat și cu atribuțiile acestuia. Principiul competenței se aplică în dreptul european în ambele accepțiuni atribuite termenului de competență, activitatea funcționarilor europeni fiind determinată de limitele descrise de cadrul normativ aferent funcției respective dar și de obligația de a proba înalte competențe morale și profesionale.

2.5. Principiul randamentului

Pentru activitatea funcționarilor publici acest principiu are o semnificație practică deosebită, reprezentată prin evaluarea periodică la care este supusă activitatea funcționarilor. Sarcina pe care o are de îndeplinit funcționarul public presupune asumarea unei cariere profesionale, în sensul obligației funcționarului de a se perfecționa, de a îndeplini sarcinile de serviciu cât mai corect și de a realiza parametrii de calitate și de rentabilitate a postului pe care îl ocupă.

2.6. Principiul integrității

Principiul integrității funcționarului este strâns legată de moralitatea acestuia, adică de respectarea regulilor de conduită care se situează în registrul etic și al bunei cuviințe. Calitatea de funcționar presupune în același timp investirea individului cu putere sau autoritate publică, dar și obligația acestuia a de respecta pe cei în slujba cărora lucrează. Integritatea funcționarilor este privită ca o obligație generală a acestora de a se abține de la orice conduită contrară valorilor etice și morale, dar și ca obligație a lor de a nu săvârși fapte incriminate de legea penală drept infracțiuni de corupție.

2.7. Principiul dispersiei teritoriale

Acest principiu are semnificația ocupării locurilor din administrația europeană pe criteriul reprezentării tuturor zonelor geografice ale statelor membre. Reprezentarea cetățenilor Uniunii Europene trebuie să se realizeze la nivelul instituțiilor cât mai corect. Astfel, în mod obligatoriu, funcționarii trebuie să provină din toate țările membre. Se urmărește accesul în posturile administrative la nivel european pe criteriul reprezentării numerice în mod proporțional cu populația fiecărui stat membru.

2.8. Principiul furnizării tuturor mijloacelor și metodelor necesare funcționarului european pentru îndeplinirea în condiții optime a sarcinilor sale de serviciu

Acest principiu funcționează alături de principiile integrității, independenței, competenței și randamentului funcționarilor europeni pentru a conferi un cadru particular pentru funcția publică europeană. Aplicarea în practică a acestui principiu presupune asigurarea drepturilor care să servească atingerii scopurilor, misiunii și sarcinilor pe care postul ocupat le implică.

2.9. Principiul stabilității în funcția publică europeană

Una dintre caracteristicile principale ale funcției publice, în țările cu sisteme democratice de guvernare, o reprezintă stabilitatea. În această viziune, funcționarul nu este fluctuant, un personaj pasager în viața unei comunități, el este un element de referință permanent pentru buna sau reaua desfășurare a activităților serviciului public respectiv. Stabilitatea funcționarului apare ca o consecință a continuității funcției publice. Se are în vedere aspectul juridic al problemei și nu motivația reală care ar putea conduce la un moment dat la restructurarea unui aparat statal, formându-se noi funcții și suprimându-se altele.¹

¹ Vedinaș, V., *Revista Transilvană de Științe Administrative nr. 1(4)-2000*, p.169-p.170

3. Analiza statelor europene din perspectiva funcției publice

3.1. BELGIA

În Belgia, funcționarii superiori acordă anumitor factori o importanță specială în ceea ce privește promovarea, evocând în acest sens: apartenența la un cabinet ministerial, existența unor legături cu partidele politice, existența unei diplome universitare, existența unor relații cu organisme sindicale.¹

3.2. SPANIA

În Spania, legislația și doctrina utilizează noțiunile de „funcții politice” și „funcții de liberă desemnare” ale căror titulari sunt aleși dintre funcționari. În doctrina occidentală se susține că exercițiul dreptului la opinie al funcționarilor publici ar trebui circumstanțiat, după cum funcționarul se află în timpul serviciului sau în afara orelor de serviciu.²

3.3. GERMANIA

În Germania, funcționarii pot participa la activități politice care nu sunt contrare „ordinii fundamentale democratice și liberale” și pot candida la alegeri, fără a demisiona. Dacă urmează să exercite un mandat electiv, funcționarii își regăsesc vechea funcție administrativă, după expirarea mandatului.³

3.4. FRANȚA

În Franța, funcționarilor le este recunoscută libertatea de opinie, care este absolută, în sensul că funcționarii nu pot fi recrutați, apreciați sau demisi în funcție de opiniile

lor. În dosarul personal nu se poate face mențiune despre opiniile politice, religioase etc. Însă, libertatea de opinie nu poate fi confundată cu libertatea de exprimare a opiniilor. Această din urmă libertate este limitată deoarece formele sale de exprimare pot avea conotații politice.⁴

În ceea ce privește dreptul la grevă, în Franța, înainte de 1946 funcționarii nu aveau dreptul la grevă, deoarece se considera că greva ducea la încălcarea necesității de asigurare a continuității serviciilor publice, a subordonării ierarhice, putând fi considerată chiar un act de rebeliune împotriva statului. Funcționarul care făcea grevă comitea o greșeală profesională gravă.⁵

3.5. OLANDA

În Olanda, dreptul la grevă nu este recunoscut, dar nu este formal interzis decât înalților funcționari și personalului căilor ferate. Cu toate acestea, greve au loc, dar ele se lovesc de reacția negativă a opiniei publice, iar recurgerea la justiție conduce de obicei la identificarea altor mijloace de acțiune. În prezent, greva rămâne interzisă funcționarilor publici, în sens strict, în Danemarca și Germania. Trebuie însă amintit că această interdicție nu are în vedere decât funcționarii în sens strict, care se află în minoritate în majoritatea serviciilor publice daneze, precum și într-un număr de

¹ Bodiguel, Jean- Luc, *Les fonctions publiques dans l'Europe des Douze*, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 34-35

² Apostol Tofan, D *Instituti administrative europene*, Editura All Beck, Bucuresti, 2006, p. 180

³ Bodiguel, Jean- Luc, *Les fonctions publiques dans l'Europe des Douze*, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 92

⁴ Apostol Tofan, D *Instituti administrative europene*, Editura All Beck, Bucuresti, 2006, p. 181

⁵ Apostol Tofan, D, *Instituti administrative europene*, Editura All Beck, Bucuresti, 2006, p. 181

servicii publice germane.¹ În Spania, Franța și Italia, dreptul la grevă este recunoscut funcționarilor, chiar dacă anumite corpuri (precum polițiștii) sau funcții sunt excluse de la exercitarea acestui drept. Reglementarea dreptului la grevă se întâlnește relativ frecvent.

4. Numirea și promovarea funcționarilor publici europeni

Conform art. 4 din Statut, orice numire sau promovare nu poate avea ca obiect decât ocuparea unui loc de muncă vacant, în condițiile prevăzute de prezentul statut. Orice loc de muncă vacant într-o instituție este adus la cunoștința personalului instituției respective de îndată ce autoritatea împuternicită să facă numiri decide ocuparea locului de muncă în cauză. În cazul în care nu este posibilă ocuparea unui loc de muncă vacant prin transfer, prin numire, în temeiul articolului 45a, sau prin promovare, locul de muncă vacant respectiv este adus la cunoștința personalului celorlalte instituții și/sau se organizează un concurs intern.

În concordanță cu art. 5 din Statut, posturile reglementate de prezentul statut se clasifică, în funcție de natura și importanța funcțiilor la care se raportează, într-o grupă de funcții de administratori (denumită în continuare „AD”) și o grupă de funcții de asistenți (denumită în continuare „AST”). Grupa de funcții AD cuprinde douăsprezece grade, corespunzătoare funcțiilor de conducere, de proiectare și de studiu, precum și funcțiilor de natură lingvistică sau științifică. Grupa de funcții AST cuprinde unsprezece grade, corespunzătoare funcțiilor de execuție, de natură tehnică și de execuție. Pentru orice numire într-un post de funcționar condițiile minime sunt:

(a) pentru grupa de funcții AST:

- un nivel de studii superioare absolvite cu diplomă sau un nivel de studii medii absolvite cu diplomă, care permit accesul la învățământul superior și o experiență profesională corespunzătoare de cel puțin trei ani sau atunci când interesul serviciului justifică acest lucru, o formare profesională sau o experiență profesională de nivel echivalent;

(b) pentru gradele 5 și 6 din grupa de funcții AD:

- un nivel de studii care să corespundă unui ciclu complet de studii universitare de cel puțin trei ani absolvit cu diplomă sau -atunci când interesul serviciului justifică acest lucru, o formare profesională de nivel echivalent;

(c) pentru gradele 7-16 din grupa de funcții AD:

- un nivel de studii care să corespundă unui ciclu complet de studii universitare absolvite cu diplomă, în cazul în care durata normală a studiilor respective este de patru ani sau mai mult sau un nivel de studii care să corespundă unui ciclu complet de studii universitare absolvite cu diplomă și experiență profesională corespunzătoare de cel puțin un an, în cazul în care durata normală a studiilor universitare respective este de cel puțin trei ani sau atunci când interesul serviciului justifică acest lucru, o formare profesională de nivel echivalent.

Funcționarii care aparțin aceleiași grupe de funcții fac obiectul unor condiții identice de recrutare și de evoluție a carierei.²

5. Disponibilizarea

Potrivit art. 41 din Statut, este considerat a fi disponibilizat funcționarul care face obiectul unei măsuri de reducere a numărului de posturi din instituția sa. Reducerea numărului de posturi dintr-un grad este decisă de către autoritatea bugetară competentă, în cadrul procedurii bugetare. Autoritatea împuternicită să facă numiri stabilește, după obținerea avizului comisiei paritare, natura posturilor care vor fi afectate de măsura respectivă. Autoritatea împuternicită să facă numiri stabilește lista funcționarilor vizați de această măsură după obținerea avizului comisiei paritare și ținând seama

¹ Apostol Tofan, D, *Institutiile administrative europene*, Editura All Beck, Bucuresti, 2006, p. 181

² Statutul funcționarilor Uniunii Europene. Art.4 și art. 5

de competență, eficiența, conduita în serviciu, situația familială și vechimea funcționarilor. Orice funcționar care ocupă unul dintre posturile menționate la paragraful anterior și care își exprimă dorința de a fi disponibilizat este înscris din oficiu pe această listă. Funcționarii de pe această listă sunt disponibilizați printr-o decizie a autorității împuternicite să facă numiri. Raporturile de muncă ale funcționarului aflat în această situație administrativă încetează și acesta nu mai are dreptul la salariu și la avansarea într-o treaptă superioară, dar continuă să dobândească, pentru termen de cel mult cinci ani, noi drepturi de pensie pentru limită de vârstă pe baza salariului aferent gradului și treptei sale.¹

6. Condițiile de muncă ale funcționarului public European

6.1. Programul de lucru

Conform art. 55, funcționarii în activitate sunt permanent la dispoziția instituției din care fac parte. Cu toate acestea, durata normală a programului de lucru nu poate depăși numărul maxim de ore pe săptămână, efectuate în conformitate cu un orar general stabilit de autoritatea împuternicită să facă numiri. În cadrul acestei limite, autoritatea împuternicită să facă numiri poate, după consultarea prealabilă a comitetului pentru personal, să stabilească orele de lucru adecvate pentru anumite grupuri de funcționari care îndeplinesc sarcini speciale. În afara de aceasta, ca urmare a cerințelor serviciului sau a normelor de securitate la locul de muncă, un funcționar poate fi obligat să rămână la dispoziția instituției, la locul de muncă sau la domiciliu, în afara duratei normale a programului de lucru. Instituția adoptă normele de aplicare a prezentului paragraf, după consultarea comitetului pentru personal. La cerere, orice funcționar poate fi autorizat să își exercite activitatea cu normă redusă.

Funcționarii au dreptul la autorizație în următoarele cazuri: -pentru a se ocupa de un copil cu vârsta mai mică de 9 ani; -pentru a se ocupa de un copil cu vârsta cuprinsă între 9 și 12 ani, în cazul în care reducerea timpului de lucru nu depășește 20 % din timpul normal de lucru; -pentru a se ocupa de soț, de o rudă pe linie ascendentă sau pe linie descendentă, de un frate sau de o soră care suferă de o boală gravă sau are un handicap grav; -pentru a urma o formare profesională complementară; -după ce a împlinit vârsta de 55 de ani, în cursul ultimilor cinci ani înainte de pensionare. Atunci când funcționarul solicită autorizația de a-și exercita activitatea cu normă redusă pentru a urma o formare profesională complementară sau întrucât a împlinit vârsta de 55 de ani, autoritatea împuternicită să facă numiri nu îi poate respinge cererea și nici nu poate amâna data intrării în vigoare a autorizației decât în cazuri excepționale și din motive legate de un interes imperativ al serviciului. Atunci când acest drept se exercită în vederea îngrijirii soțului, a unei rude pe linie ascendentă sau pe linie descendentă, a unui frate sau a unei surori care suferă de o boală gravă sau un handicap grav ori pentru a urma o formare complementară, durata cumulată a perioadelor de exercitare a activității cu normă redusă, raportată la întreaga carieră a funcționarului nu poate depăși cinci ani.²

6.2. Concediile

Funcționarul are dreptul, în conformitate cu art. 57 din Statu, la un concediu anual de cel puțin 24 de zile lucrătoare și cel mult 30 de zile lucrătoare pe an calendaristic, în conformitate cu o reglementare ce urmează să fie stabilită de comun acord de instituțiile Uniunii, după obținerea avizului Comitetului pentru statutul funcționarilor. Pe lângă acest concediu anual, funcționarul poate beneficia la cerere, în mod excepțional, de un concediu special. Dispozițiile de acordare a acestor concedii sunt stabilite în anexa V.³ În afara concediilor prevăzute la articolul 57, femeile însărcinate

¹ Statutul funcționarilor Uniunii Europene - Art.41

² Statutul funcționarilor Uniunii Europene - Art. 55

³ Statutul funcționarilor Uniunii Europene - Art. 57

au dreptul, pe baza prezentării unui certificat medical, la un concediu de douăzeci de săptămâni. Concediul începe cel mai devreme cu șase săptămâni înainte de data probabilă a nașterii menționată în certificat și se încheie cel mai devreme la paisprezece săptămâni după data nașterii. În cazul unei nașteri multiple sau premature sau în cazul nașterii unui copil cu handicap, durata concediului este de douăzeci și patru de săptămâni. În sensul prezentei dispoziții, nașterea prematură este nașterea care are loc înainte de sfârșitul celei de-a treizeci și patra săptămâni de sarcină.¹

7. Concluzii

Așa cum afirmam și la începutul acestui studiu, funcția publică reprezintă o instituție extrem de importantă în evoluția oricărui stat democratic. Acest lucru se datorează faptului că titularul unei funcții publice, influențează într-o mare măsură bunul mers general într-un stat. Un funcționar public trebuie să fie recrutat după criterii obiective, pe baza principiilor care stau la baza dreptului funcției publice europene. Din perspectiva importanței pe care o are funcția publică în cadrul statului, aceasta reprezintă unul din elementele de bază prin care se realizează principiile democratice.

În urma studiului realizat, apreciem că modalitatea cea mai bună pentru recrutare a funcționarilor publici este concursul public. Însă, după câștigarea postului prin concurs, este necesară evaluarea periodică a activității fiecărui funcționar, pentru ca Uniunea Europeană să beneficieze, în continuare, de servicii de înaltă calitate prestate de funcționarii publici. Ocuparea locurilor din administrația europeană se face pe criteriul reprezentării tuturor zonelor geografice ale statelor membre. Astfel, în mod obligatoriu, funcționarii trebuie să provină din toate țările membre. De asemenea, se urmărește accesul în posturile administrative la nivel european pe criteriul reprezentării numerice în mod proporțional cu populația fiecărui stat membru. Uniunea Europeană trebuie să aibă asigurată exercitarea drepturilor care să servească atingerii scopurilor, misiunii și sarcinilor pe care postul ocupat le implică.

Referințe bibliografice

- Prisăcaru, V., *Funcționarii publici*, Editura All Beck, București 2004
- Negulescu, P., *Tratat de drept administrativ. Principii generale*, vol. I, Institutul de Arte Grafice București, 1934
- Iorgovan, A., *Tratat de drept administrativ*, vol. I, Editura All Beck, București, 2001
- Călinoiu, C., Vedinaș V., – „Teoria funcției publice comunitare”, Editura Lumina Lex, București, 1999
- Vedinaș, V., *Revista Transilvană de Științe Administrative nr. 1(4)-2000*, 2000.
- Bodiguel, Jean- Luc, *Les fonctions publiques dans l'Europe des Douze*, L.G.D.J., Paris, 1994
- Apostol Tofan, D *Institutiile administrative europene*, Editura All Beck, Bucuresti, 2006,
- http://www.academia.edu/1741109/ETICA_SI_DEONTOLOGIA_FUNCTIEI_PUBLICE_-_PUBLIC_SERVICE_-_ETHICS_AND_DEONTOLOGY
- Călinoiu C., Vedinaș V. – “Teoria funcției publice comunitare”, Editura Lumina Lex, București, 1999
- Recomandarea Comitetului Miniștrilor al Consiliului Europei no. R(2000) 6 privind statutul funcționarilor publici din Europa
- Statutul funcționarilor Uniunii Europene

¹ Statutul funcționarilor Uniunii Europene - Art. 58

MONARHIE VERSUS REPUBLICĂ

Cosmin ȘTEFĂNESCU¹
Marian DĂNILĂ²

Abstract

Formele de guvernământ cele mai des întâlnite în istoria și evoluția societății au fost: monarhia și republica. Din acest punct de vedere, prezentul studiu își propune să prezinte din punct de vedere istoric și comparativ evoluția familiei Regale a României și președinții pe care i-a avut această țară.

În final se vor regăsi concluziile noastre și pledoaria pentru o formă de guvernământ sau alta, raportată la realitățile timpurilor în care trăim acum.

Cuvinte cheie: *formă de guvernământ, monarhie, republică, rege, președinte.*

Introducere:

“În dreptul public modern, idea șefului de stat este legată de forma de guvernământ, concept prin care s-a răspuns la întrebarea: cine exercită puterea suverană în stat: o singură persoană (monocrația), un grup de persoane (oligarhia) sau mase largi ale poporului (democrația).”³

La 29 iunie 1866, după ce Carol I depune jurământul în fața Parlamentului și devine rege, iar România regat, este adoptată, la interpelarea deputatului Nicolae Fleva, Constituția.

”Constituția consacră în chiar primul articol că ”*Principatele Unite Române constituie un singur stat divizibil, sub denumirea de România*”. Se reglementează drepturile fundamentale ale cetățenilor. O grijă deosebită este acordată proprietății, care este declarată sacră și neviolabilă (art.19), iar ca o puternică garanție se stabilește că ”*nici o lege nu putea înființa pedeapsa confiscării averilor*” (art.17).

Reglementând puterile statului, Constituția proclamă că toate puterile emană de la națiune. Puterea legiuitoare se exercită colectiv de către rege și reprezentanța națională, formată din două camere și anume: senatul și adunarea deputaților. Cât privește adunarea deputaților, ea era aleasă pe sistemul colegiilor pe avere. De menționat că alegătorii din colegiul patru, care era cel mai numeros colegiu, în care intrau toți care ”*plătesc o dare către stat oricât de mică*”, alegeau indirect și cel mai mic număr de deputați. Cât privește senatul, coprul electoral era împărțit numai în două colegii, tot după avere, iar pentru a fi ales în senat se cereau, printre altele, două condiții și anume: un venit ”*de orice natură de 800 de galbeni*” și vârsta de 40 de ani.

Puterea executivă aparținea domnitorului, constituția stabilind regula monarhiei străine.

Un anumit interes, de ordin istoric, prezintă și dispozițiile generale, îndeosebi art.128 care interzicea posibilitatea suspendării constituției, cele privind revizuirea constituției (art.129), precum și dispozițiile tranzitorii și suplimentare care stabileau un anumit program legislativ.”⁴

¹ Student, Universitatea Nicolae Titulescu, (e-mail: cosmin.stefanescu92@yahoo.ro); lucrarea a fost coordonată de asist. univ. dr. Elena Emilia Ștefan, (e-mail: stefanelena@gmail.com).

² Student, Universitatea Nicolae Titulescu, e-mail: daniel_marian_alin@yahoo.com., lucrarea a fost coordonată de asist. univ. dr. Elena Emilia Ștefan, (e-mail: stefanelena@gmail.com).

³ **Marta Claudia Cliza**, “Drept administrativ I”, Ed. Universul Juridic, București, p. 72

⁴ **Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu**, ”Drept constituțional și instituții politice”, Ed. C.H. Beck, București 2011, pagina 86

1. Monarhia în România

Casa Regală a României a fost întemeiată de prințul **Carol de Hohenzollern-Sigmaringen**, devenit la 10 mai 1866 regele Carol I al României. După aceea, România a devenit „Republică Populară” la 30 decembrie 1947, în urma abdicării de la tron a regelui Mihai I.

Reședința familiei de Hohenzollern-Sigmaringen se află în orașul Sigmaringen, în apropierea munților Pădurea Neagră, nu departe de locul de unde izvorăște Dunărea. Dinastia de Hohenzollern a dat numeroase personalități istoriei medievale și moderne europene, cel mai de seamă fiind Wilhelm I, rege al Prusiei, apoi împărat al Germaniei.

Din ramura Hohenzollern-Sigmaringen se trage și Dinastia Regală a României : **Carol I, Ferdinand I, Carol al II-lea, Mihai I.**

Întrucât în 1881 la proclamarea Regatului, Carol și Elisabeta nu aveau nici un urmaș direct care să asigure continuitatea dinastiei, succesiunea s-a făcut din rândurile familiei regelui. Astfel a ajuns pe tronul României în 1914 Ferdinand I de Hohenzollern, născut în 1865, fiul cel mare al fratelui lui Carol, Leopold. Ferdinand vine pentru prima oară în România în 1884, apoi se întoarce în țara natală unde își continuă liceul la Düsseldorf.

Următorul succesor pe tronul României avea să fie **Carol II**, regele român despre care s-au scris cele mai multe monografii. S-a născut la 15 octombrie 1893. Acesta a fost botezat la 17 octombrie la Mănăstirea Sinaia, iar în 1913 a urmat Academia militară de la Potsdam, Germania.

Al patrulea rege din dinastia Hohenzollern-Sigmaringen și ultimul, a văzut lumina zilei la 25 octombrie 1921 la Sinaia, fiind fiul legitim al prințului moștenitor Carol și al Elenei, principesă a Greciei. Devine rege la numai 6 ani întrucât tatăl său renunțase la tron și se autoexilase. Astfel, în 1927 România avea un rege-copil care conducea țara prin consiliul de regență format din principele Nicolae (fratele lui Carol), patriarhul Miron Cristea și primul președinte al Curții de Casație, Gheorghe Buzdugan.

Carol însă se întoarce în țară și, cu ajutorul unor politicieni și ofițeri, este proclamat rege la 8 iunie 1930. Fostul copil-rege, **Mihai I**, devine din nou prinț moștenitor, la vârsta de 9 ani, primind drept consolare de la tatăl său titlul de Mare Voievod de Alba Iulia. În cei 10 ani cât a domnit tatăl său, 1930-1940, Mihai a trăit în umbra părintelui sau împreună cu amanta sa, Elena Lupescu, departe de mama sa care era în Franța și căreia i se îngăduia să-și vadă copilul doar câteva luni pe an.

La 6 septembrie 1940, regele a fost obligat să abdice în favoarea fiului său, care până la 30 decembrie 1947 a fost pentru a doua oară rege al României. Plecând însă omul în a cărui umbră trăise, Mihai a rămas debusolat și a căzut în captivitatea altui bărbat cu mâna forte, generalul Ion Antonescu.

După adoptarea constituției din 1866, în România au avut loc numeroase transformări, fapt care a dus la o serie de revizuirii și adoptări de noi și noi constituții.

Cea de-a doua constituție a fost adoptată 29 martie 1923. *”Adoptarea acestei Constituții a fost considerată nelegală deoarece nu s-au respectat întru totul regulile de revizuire a Constituției stabilite prin art.12 al Constituției din 1866”.*¹

Deși se aseamănă în mare parte cu Constituția din 1866, aceasta se diferențiază prin faptul că este mai democratică și *”acordă drepturi și libertăți mai largi și înlocuiește sistemul electoral cenziar cu un sistem electoral democratic. Acest caracter al constituției a și determinat repunerea sa în vigoare după 23 august 1944”.*²

Ultima constituție adoptată în perioada monarhiei este cea din 28 februarie 1938. Aceasta *”consacră dictatura regală și exprimă, în același timp, tendința de restrângere a drepturilor și libertăților democratice[...]Constituția interzice propovăduirea schimbării formei de guvernământ, împărțirea ori distribuirea averii altora, scutirea de impozite, interzice și lupta de clasă(art.7).*

¹ **Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu**, *”Drept constituțional și instituții politice”* , Ed. C.H.Beck, București 2011, pagina 87

² *Ibidem*, pagina 88

[...]Regele exercită puterea legislativă prin reprezentanța națională, el având inițiativă legislativă și inițiativa revizuirii Constituției. El sancționează și promulgă legile, sancțiunea regală fiind condiție de valabilitate a legii.”¹

Apariția constituției din 13 aprilie 1948 a reprezentat dispariția absolută a monarhiei.

În contextul ocupației militare sovietice, monarhia a fost abolită la data de 30 decembrie 1947 prin abdicarea forțată a regelui Mihai I. Astfel Adunarea deputaților se autodizolvă, România devine republică populară și se instaurează Partidul Muncitoresc Român.

În perioada monarhiei, România a cunoscut evenimente majore care vor fi marcat favorabil istoria acesteia. Printre acestea se numără războiul de independență din 1877, prin care a fost recunoscută independența de stat a României. Totodată, unirea Basarabiei, Bucovinei și Transilvaniei cu România din perioada 1917- 1918 au dus la formarea statului național român unitar. În același context trebuie menționată reforma electorală din 1918 care a introdus votul universal, egal, direct, secret și obligatoriu.

2. Președinții României

Dacă în prima parte a acestui studiu am prezentat pe scurt perioada monarhiei, în continuare vom analiza și prezenta pe scurt cei 9 președinți pe care România i-a avut la conducere.

Precedând abolirea constituțiilor monarhice, odată cu venirea armatei sovietice, se instaurează prima constituție socialistă din România la data de 13 aprilie 1948. Exercițarea puterii legislative va fi încredințată Guvernului până la constituirea Marii Adunări Naționale, *”totodată, art.11 din Constituție creează cadrul juridic al viitoarelor naționalizări, stabilind că, în condițiile prevăzute de lege, -când interesul general o cere, mijloacele de producție, băncile și societățile de asigurare, care sunt proprietate particulară a persoanelor fizice sau juridice, pot deveni proprietatea statului, adică bun al poporului-”*²

Având în vedere evenimentele care au urmat și faptul că România a fost forțată să se dezvolte în cadrul limitelor impuse de sovietici, constituția adoptată în 24 septembrie 1952 menține și dezvoltă principiile constituționale afirmate încă prin constituția din 1948.

Urmează cea mai pronunțată constituție din punct de vedere al stăpânirii socialiste. Astfel constituția din 21 august 1965 a consacrat forma republicană a statului, suveranitatea și independența, indivizibilitatea și inalienabilitatea teritoriului și a menținut puterea în mâinile principiul partidului unic.

După căderea regimului comunist și prin revoluția din decembrie 1989, abordând unele dispoziții din constituția din 1965 cu privire la drepturile și îndatoririle fundamentale ale cetățenilor, organele judecătorești, organele procuraturii, organizarea administrativ a teritoriului, dar cu unele modificări, au fost formulate noi principii constituționale preluate în constituția din 1991.

Aceasta a fost adoptată la data de 8 decembrie 1991 aducând în prim plan democrația.

*”Statul român este caracterizat ca un stat de drept, democratic și social, în care suveranitatea națională aparține poporului care o exercită prin organele sale reprezentative sau prin referendum”*³

Există foarte multe opinii pro și contra privind aspectul democrației în concordanță cu regimul monarhic. Republica a adus în plus față de monarhie libertatea poporului de a-și alege conducătorul, respectiv de a-l demite și principiul separării puterilor în stat. Acest fapt duce, teoretic, la funcționarea mai bună a țării, întrucât decizia adoptării unor noi legi, de exemplu, este filtrată și de Parlament. Cu toate acestea, deși în teorie lucrurile ar fi trebuit să fie mai bune și mai corecte, în practică toți cei

¹ *Ibidem*, pagina 89

² **Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, ”Drept constituțional și instituții politice”**, Ed.C.H.Beck, București 2011, pagina 95

³ **Ioan Muraru, Elene Simina Tănăsescu, ”Drept constituțional și instituții politice”**, Ed. C.H.Beck, București 2011, pagina 105

ajunși la putere își urmăresc interesele personale, rezultând astfel o instabilitate socială și economică în stat.

Părerea noastră este că noi, tinerii, avem nevoie de democrație nu numai pentru a ne exprima liber opiniile, dar și pentru a putea participa în mod egal la buna funcționare a statului și la câștigarea respectului pierdut de România în ultimii ani.

1. Nume președinte: *Comitet interimar prezidențial* - format din cinci membri (printre care și: Mihail Sadoveanu, C.I. Parhon și alți)

Data preluare mandat: 30 decembrie 1947

Data predării mandat: 13 aprilie 1948

2. Nume președinte: *Dr. Constantin I. Parhon*

Data preluare mandat: 13 aprilie 1948

Data predării mandat: 12 iunie 1952

Constantin Ion Parhon (n. 15 octombrie 1874, Câmpulung Muscel - d. 9 august 1969, București) a fost un medic endocrinolog și neuropsihiatru român, care a îndeplinit funcția de președinte al Prezidiului Marii Adunări Naționale a Republicii Populare Române (șeful statului) în perioada 13 aprilie 1948-2 iunie 1952. Parhon a mai făcut parte dintr-un comitet interimar prezidențial format din cinci membri (printre care și Mihail Sadoveanu, Ștefan Voitec, Gheorghe Stere și Ion Niculi) între 30 decembrie 1947 și 13 aprilie 1948.¹

3. Nume președinte: *Dr. Petru Groza*

Data preluare mandat: 12 iunie 1952

Data predării mandat: 7 ianuarie 1958

Petru Groza (n. 7 decembrie 1884, Băcia, Hunedoara - d. 7 ianuarie 1958, București) a fost un avocat și om politic român interbelic și de după al Doilea Război Mondial, prim-ministru în primele guverne comuniste al României, între 1945 și 1952. A fost Președinte al Prezidiului Marii Adunări Naționale a Republicii Populare Române, funcție asimilată celei de șef al statului, în perioada 2 iunie 1952 - 7 ianuarie 1958.²

4. Nume președinte: *Ion Gheorghe Maurer*

Data preluare mandat: 11 ianuarie 1958

Data predării mandat: 21 martie 1961

Ion Gheorghe Maurer (n. 23 septembrie 1902, București - d. 8 februarie 2000) a fost prim-ministru al României în perioada 1961-1974 și președinte al Prezidiului Marii Adunări Naționale a Republicii Populare Române în perioada 11 ianuarie 1958 - 21 martie 1961.³

5. Nume președinte: *Gheorghe Gheorghiu-Dej*

Data preluare mandat: 21 martie 1961

Data predării mandat: 24 martie 1965

Gheorghe Gheorghiu-Dej (nume original: **Gheorghe Gheorghiu**, n. 8 noiembrie 1901, Bârlad; d. 19 martie 1965, București) a fost liderul comunist al României din 1948 până la moartea sa și Președinte al Consiliului de Stat al Republicii Populare Române în perioada 21 martie 1961 - 18 martie 1965.⁴

6. Nume președinte: *Chivu Stoica*

Data preluare mandat: 24 martie 1965

Data predării mandat: 9 decembrie 1967

¹ *Personalități românești ale științelor naturii și tehnicii*, Editura Științifică și enciclopedică, București, 1982

² Stelian Neagoe, *Oameni politici români*, Editura Machiavelli, București, 2007

³ Ibidem

⁴ Vladimir Tismăneanu, *Fantoma lui Gheorghiu-Dej*, Editura Univers, 1995

Chivu Stoica (n. 8 august 1908 la Smeeni, județul Buzău – d.16 februarie 1975) a fost un comunist român, prim-ministru al României în perioada 1955-1961, Președinte al Consiliului de Stat al Republicii Socialiste România în perioada 24 martie 1965 - 9 decembrie 1967; a fost înlocuit în această funcție de către Nicolae Ceaușescu. În anul 1931 a devenit membru al Partidului Comunist din România. În timpul războiului civil din Spania, a fost membru în Brigada Internațională.¹

Următorul președinte este una dintre cele mai importante personalități istorice, deoarece el a remodelat întregul sistem. Acesta a redenumit "Partidul Muncitoresc Român" în "Partidul Comunist Român" și, de asemenea, a schimbat denumirea oficială a țării de la "Republica Populară" la "Republica Socialistă România".

7. Nume președinte: *Nicolae Ceaușescu*

Data preluare mandat: 9 decembrie 1967

Data predării mandat: 22 decembrie 1989

8. Nume președinte: *Ion Iliescu*

Data preluare mandat: 22 decembrie 1989

Data predării mandat: 29 noiembrie 1996

După prăbușirea regimului comunist din România și venirea acestuia la putere, a fost adoptată constituția din 8 decembrie 1991, care a reprezentat pilonul spre statul de drept, democratic și social. O caracteristică importantă a constituției o reprezintă interesul guvernanților asupra dezvoltării țării și libertatea poporului de a-și exprima părerea față de conducătorul statului, ceea ce a dus la organizarea referendumului.

"Elaborarea Constituției a răspuns cerinței realizării cadrului juridic fundamental al evoluției spre statul de drept, democratic și social. Elaborarea Constituției a fost unul din punctele formulate în programele și platformele forțelor politice".²

9. Nume președinte: *Emil Constantinescu*

Data preluare mandat: 29 noiembrie 1996

Data predării mandat: 20 decembrie 2000

Emil Constantinescu (n. 19 noiembrie 1939, Tighina, acum în Republica Moldova) este un politician și om de știință român. Constantinescu a fost președinte al României între anii 1996 și 2000; din 1966 este cadru didactic al Facultății de Geologie a Universității din București.³

10. Nume președinte: *Ion Iliescu (mandatul al doilea)*

Data preluare mandat: 20 decembrie 2000

Data predării mandat: 20 decembrie 2004

În acest al doilea mandat a avut loc și revizuirea constituției din 1991, la data de 17 martie 2003, pe baza interpretării eronate a unora din textele constituționale și pe neadaptarea soluțiilor legislative la contextul contemporan. Textul final al acesteia a fost republicat în Monitorul Oficial la data de 31 octombrie 2003.

11. Nume președinte: *Traian Băsescu*

Data preluare mandat: 20 decembrie 2004

Data predării mandat: 2009

¹ Stelian Neagoe, *Oameni politici români*, Editura Machiavelli, București, 2007

² Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, "Drept constituțional și instituții politice", Ed.C.H.Beck, București 2011, pagina 103

³ Ion Alexandrescu, Stan Stoica, *România după 1989. Mică enciclopedie*, Editura Meronia, București, 2005

12. Nume președinte: *Traian Băsescu*

Data preluare mandat: 2009

Data predării mandat: Este în prezent președintele României

Traseul guvernării acestuia nu a fost lipsit de impedimente întrucât în luna aprilie 2007, din cadrul primului mandat, a fost suspendat din funcție pentru multiple încălcări ale Constituției. Cu toate acestea, a revenit în funcție o lună mai târziu în urma referendumului, unde a fost susținut de o majoritate de peste 74%.

De asemenea, a mai avut loc o tentativă de suspendare, de data aceasta în timpul celui de-al doilea mandat. Printre motivele suspendării se numără intervenția președintelui în deciziile guvernului, presiuni exercitate asupra magistraților și refuzul de a nominaliza un prim-ministru din partea USL. Și de această dată președintele se va reîntoarce la guvernare deoarece referendumul organizat nu a întrunit cvorumul necesar.

Concluzii

Comparând cele două forme de guvernământ, putem afirma faptul că monarhia oferă un cadru politic mai stabil decât republica, deoarece, față de un președinte care poate guverna doar două mandate, regele conduce țara pe o perioadă nelimitată de timp. Totodată, monarhia cuprinde mai puțină birocrație decât republica întrucât regele poate lua decizii imediate fără a fi mediat de către Parlament.

Pe de altă parte, într-o monarhie există predispoziția devierii către totalitarism deoarece regele poate guverna până abdică sau moare, așa cum a fost și cazul lui Carol al II-lea care a transformat regimul într-o monarhie absolută.

Un alt argument împotriva monarhiei ar fi acela că monarhia constituțională nu diferă prea mult de republică, întrucât regele are doar atribuții formale, respectându-se separația puterilor în stat.

Într-o societate în care predomină democrația, șeful statului trebuie să aibă un rol politic neutru, să nu fie implicat în acte de guvernare și să exercite efectiv medierea între puterile statului, astfel cităm: *”Puterea executivă, cea legislativă și cea judecătorească sunt trei resorturi care trebuie să coopereze, fiecare în domeniul său, la mișcarea generală –dar când aceste resorturi stricate se încurcă între ele, se ciocnesc și se împiedică unul pe altul, e necesară o forță care să le pună la locul lor. Forța aceasta nu se poate afla în vreunul dintre resorturi căci i-ar servi la distrugerea celorlalte. Ea trebuie să se afle în afara lor, să fie oarecum neutră, pentru ca acțiunea să se exercite neapărat pretutindeni unde e nevoie ca ea să se exercite și pentru ca ea să fie protectoare, separatoare fără a fi ostilă. Monarhia constituțională creează această putere neutră în persoana șefului statului. Adevăratul interes al acestui șef nu e deloc acela ca una dintre puteri să o răstoarne pe cealaltă, ci ca ele să se sprijine una pe alta, să se înțeleagă și să acționeze de comun acord”*.¹

Privind prin prisma situației actuale a României atât pe plan politic, cât și economic, din punctul nostru de vedere acest stat ar fi putut implementa o formă de guvernământ a monarhiei constituționale care ar fi domolit corupția și picajul economic.

Susținând cu tărie cele spuse mai sus, conform formei de guvernământ, indiferent de aceasta, *”într-un sistem democratic, monarhul sau președintele, ca instituții și nu ca persoane, reprezintă statul și nu puterea politică”*.²

Încheind într-o notă subtilă, datorită acestui război politic, în care fiecare luptă pentru putere, rolul unui monarh ar fi putut schimba acest curs al evenimentelor politice, acesta intervenind în legiferarea legilor ori de câte ori s-ar fi putut comite un abuz.

¹ **Benjamin Constant**, *”Despre libertate la antici și la moderni”*, Ed. Institutul European, 1996, pagina 77

² **Marta Claudia Cliza**, *”Drept administrativ”*, Ed. Universul Juridic, București 2011, p.74. Pentru alte detalii a se vedea și **Elena Emilia Stefan**, *Manual de drept administrativ, partea I*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p.56 și urm

Bibliografie

- **Marta Claudia Cliza**, ”Drept administrativ”, Ed. Universul Juridic, București 2011
- **Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu**, ”Drept constituțional și instituții politice”, Ed.C.H.Beck, București 2011
- **Benjamin Constant**, ”Despre libertate la antici și la moderni”, Ed. Institutul European 1996
- **Ion Alexandrescu, Stan Stoica**, *România după 1989. Mică enciclopedie*, Editura Meronia, București, 2005
- Stelian Neagoe, *Oameni politici români*, Editura Machiavelli, București, 2007
- Vladimir Tismăneanu, *Fantoma lui Gheorghiu-Dej*, Editura Univers, 1995
- **Elena Emilia Stefan**, Manual de drept administrativ, partea I, Ed.Universul Juridic, București, 2011.
- Petre Popescu-Gogan, *Personalități românești ale științelor naturii și tehnicii*, Editura Științifică și enciclopedică, București, 1982

AUTOGUVERNARE LOCALA – STUDIU DE CAZ : BELGIA

Vlad NOAGHEA¹

Abstact

Statul reprezintă cea mai veche și cea mai folosită formă de guvernământ, acesta fiind titularul suveranității și personificand puterea ce rezidă de la popor. Odată cu disparitia comunei primitive, a instituirii proprietatii private si a scindarii societatii, oamenii au simtit nevoia de a se organiza intr-un mod cat mai fructuos dezvoltarii lor, in fapt, Hegel² considera ca adevarata istorie incepe odata cu formarea statului si a dreptului, lucruri ce reprezinta maximul punct de evolutie al unui popor.

Cuvinte cheie : *Stat, forma de guvernament, autoguvernare, competențe, șef de stat.*

Introducere

Formele de organizare ale statului sunt numeroase, acestea plecand de la regate sau imperii in antichitate si ajungand la monarhii, republici democratice sau dictaturi in zilele noastre. Așa cum se arată în doctrină, în toate cazurile, statele, fie ele de dimensiune mare sau mică, pentru a putea fi mai usor administrate sunt impartite in teritorii, numite dupa caz Judete – in Romania, Cantoane – in Elvetia, State in SUA, sau Regiuni (la randul lor impartite in comitate) in Marea Britanie. Autoguvernarea este prezenta in toate aceste cazuri, fiecare unitate administrativ-teritoriala avand propriile institutii care detin prerogativele puterii la nivel local, insa toate acestea sunt subordonate institutiilor centrale, primesc ordine de la centru si raspund in fata lor.

Cuprinsul propriu-zis al lucrării

Autoguvernarea locală, reprezinta administrarea unui anumit tertoriu care face parte dintr-un stat, autoritatile acestuia fiind intr-o mare masura independente si beneficiind de toate libertatile necesare pentru a impune propriile legi, uzante si cutume ce se presupun a fi cat mai apropiate de cele ale cetatenilor care populeaza aceasta zona. Autonomia teritoriala³, construita in cele mai multe cazuri pe criterii etice, reprezinta o constructie juridica legata de un anumit teritoriu in care minoritatea etica se afla in majoritate. Ea implica largi prerogative de auto-guvernare, incepand de la un parlament si guvern propriu, ajungandu-se pana la o autonomie financiara, fiscala si bugetara.

Autonomia teritoriala, in marea majoritate a cazurilor nu atenteaza in niciun fel la integritatea teritoriala a statului. Un teritoriu autonom este in interiorul granitelor internationale ale tarii, fiind doar una dintre multele unitati administrativ teritoriale ale statului respectiv. Ea nu reprezinta conceptul de stat in stat. Un teritoriu autonom etnic nu are granite controlate. Granita⁴ unui astfel de teritoriu este la fel cum este orice granita intre orice alte entitati administrative-teritoriale ale tarii: o tablita de pe sosea ce anunta intrarea in acea regiune. Teritoriile autonome de obicei nu au armata proprie si nu au politica externa proprie.

¹ Student, Facultatea de Drept a Universitatii “Nicolae Titulescu” din Bucuresti (e-mail: noaghea_vlad@yahoo.com). Acest studiu a fost realizat sub coordonarea asist.univ.dr. Elena Stefan (e-mail: stefanelena@gmail.com).

² **Nicolae Popa**, “Teoria Generala a Dreptului” , Ed. Actami, București, 1996

³ Pentru alte detalii despre principiile administrației publice locale din România, a se vedea: **Marta Claudia Cliza**, *Drept administrativ, partea I*, București, Ed.Universul juridic, 2012; **Elena Emilia Ștefan**, *Manual de drept administrativ.Caiet de seminar, partea I*, Ed.Universul juridic, București, 2012, p136-140.

⁴ Sursa web consultată: www.romanalibera.com

În Europa la acest moment exista cel puțin 12 autonomii teritoriale¹ pe criterii etnice, din care 8 sunt regasite în interiorul Uniunii Europene, Italia are Tirolul de Sud și Vale d'Aosta; Finlanda, Insulele Aland; Spania are Tara Bascilor, Galicia și Cataluni; Belgia, Comunitatea germană; Regatul Unit, Insula Man și 4 în afara UE, Republica Moldova are Gagauzia; Macedonia, Comunitatea albaneză din Macedonia; Ucraina, Peninsula Crimeea, iar Serbia, Voivodina care se constituie o autonomie multi-etnică. Din aceste autonomii doar 2 au cunoscut reale conflicte inter-etnice: Tara Bascilor și Comunitatea albaneză din Macedonia.

Deasemenea, pe continentul European exista trei state în care fiecare etnie majoră autohtonă este recunoscută ca și naționalitate constituitoare a statului, profitând practic de o autonomie teritorială pe criterii etnice: Elveția, germani, francezi, italieni, retoromani, Belgia, flamanzi, francofoni, germani, Bosnia-Hertegovina, sarbi, croati, bosniaci și musulmani. Elveția este o construcție foarte veche, fondată din start pe împărțirea puterii între diferitele etnii. În cazul Belgiei și mai recent în cazul Bosniei se poate observa că acordarea de autonomii teritoriale puternice pe criterii etnice fiecărei națiuni constituyente ale statului, a fost decizia care a stabilizat aceste țări, care de fapt a păstrat integritatea lor teritorială.

Putem vedea, deci, că autonomia teritorială este o construcție juridică cu efect stabilizator. Prin acordarea unui nivel de autogovernare ridicat unei minorități de mari dimensiuni se ajunge la diminuarea tensiunilor politice și lingvistice inter-etnice. Ceea ce e și mai important este faptul că prin acordarea acestei autonomii se începe un lung proces de loializare voluntară a acestei minorități: minoritatea „se va simți” acasă în țară „adoptatoare” și văzându-și șansele de păstrare și de afirmare garantate pe termen lung, își va dezvolta un atașament real și voluntar, nu forțat prin lege față de această țară.

În acest context, al autogovernării locale, unul dintre cele mai bune exemple îl reprezintă Statul Belgian, acesta fiind un stat federal compus din trei comunități, trei regiuni teritoriale și patru regiuni lingvistice. Aceste subdiviziuni au fost definite prin Constituția Belgiei și împreună acoperă întreg teritoriul statului. Regiunile lingvistice au fost stabilite încă din 1963 și au fost incluse în Constituție în 1970. O serie de reforme instituționale din anii 1970 și 1980 au dus la regionalizarea statului unitar și au creat o federație cu trei niveluri: nivelul federal, cel al comunităților și cel al regiunilor.

Din punct de vedere politic, Belgia² este o monarhie constituțională și populară și o democrație parlamentară. Parlamentul federal bicameral este format din Senat și Camera Reprezentanților. Prima dintre ele este formată din 40 de politicieni aleși direct și din 21 de reprezentanți numiți de cele 3 parlamente comunitare, 10 senatori cooptați (aleși de alți senatori) și copiii regelui, care sunt senatori de drept și care, în practică, nu votează. Cei 150 de reprezentanți din Camera sunt aleși după un sistem proporțional în 11 circumscripții electorale. Belgia are vot obligatoriu și din acest motiv are una dintre cele mai mari prezente la urne din lume.

Regele, la momentul de față, Albert al II-lea, este șeful statului, deși are prerogative limitate. El numește ministrii, inclusiv pe Primul Ministru, cu condiția ca aceștia să fi primit votul de încredere al Camerei Reprezentanților pentru a forma guvernul federal. Consiliul de Miniștri este format din cel mult cincisprezece membri. Cu posibila excepție a Primului Ministru, Consiliul de Miniștri trebuie să fie compus dintr-un număr egal de membri francofoni și neerlandofoni. Sistemul judiciar este bazat pe codul civil ce își are originea în Codul Napoleonian. Curtea de Casă este instanța supremă a statului, având sub ea Curtea de Apel.

Constituția din 17 februarie 1994, împreună cu Legea specială 8/8/1980, cu modificările ulterioare, și Legea specială 8/8/1988, cu modificările ulterioare reprezintă fundamentul pe care Regatul Belgiei este bazat. Astfel, în Titlul I al Constituției din 1994 se face referire la statul federal,

¹ Sursa web consultată: www.hotnews.ro

² Sursa web consultată: www.wikipedia.org/belgia

la componentele și teritoriul său¹. Articolul 1 al Constituției prevede ca Belgia este un stat federal, compus din comunități și regiuni. Acesta cuprinde trei comunități : Comunitatea franceză, Comunitatea flamandă și Comunitatea germanofona. Ea este împărțită, de asemenea, în trei regiuni: regiunea walonă, regiunea flamandă și regiunea Bruxelles - Capitala (art. 3 din Constituție).

Constituția Belgiei prevede la articolul 4 faptul că există patru regiuni lingvistice: regiunea de limbă franceză, cea de limbă olandeză, regiunea bilingvă Bruxelles și regiunea de limbă germană. Fiecare comună a Regatului aparține unei regiuni lingvistice. Conform Constituției, limitele celor patru regiuni lingvistice nu pot fi schimbate sau rectificate decât printr-o lege adoptată cu majoritatea voturilor, în fiecare grup lingvistic al fiecărei Camere, cu condiția că majoritatea membrilor fiecărui grup să fie întrunită și ca totalul voturilor pozitive existente în cele două grupuri lingvistice să fie de două treimi din sufragiile exprimate. Conform articolului 5 din Constituție, Regiunea walonă cuprinde provinciile : Brabantul Walon, Hainaut, Liège, Luxembourg și Namur. Regiunea Flamandă cuprinde provinciile Anvers, Brabantul Flamand, Flandra Occidentală, Flandra Orientală și Limburg. Prin lege, teritoriul se poate diviza, dacă este cazul, într-un număr mai mare de provincii. Unele teritorii pot fi extrase de sub incidența legii, fiindu-le stabilite limitele, direct de către puterea executivă federală și aceasta îi poate acorda un statut propriu. Subdiviziunile provinciilor nu pot fi stabilite decât prin lege, iar limitele statului, provinciilor și comunelor nu pot fi schimbate sau rectificate decât prin lege conform articolului 7.

În conformitate cu articolul 39 din Constituția Belgiei, parlamentele comunităților franceză și flamandă, ca și guvernele lor proprii, pot exercita competențe în regiunea flamandă și cea walonă pe care le reprezintă, numai în condițiile fixate de lege. Parlamentul Comunității franceze și cel al Comunității walone alături de grupul lingvistic francez al Regiunii Bruxelles pot decide, în comun, dar și fiecare în parte, prin decret, dacă exercită competențe ale comunității franceze, lucru prevăzut de articolul 138. La propunerea guvernelor lor, Parlamentul Comunității germanofone și Parlamentul Regiunii walone pot, fiecare prin decret, să decidă, de comun acord, ca Parlamentul și guvernul Comunității germanofone să exercite, în regiunea de limbă germană, competențele Regiunii walone.

Articolul 127 al Constituției stabilește competențele comunităților franceză și flamandă, ale caror Parlamente proprii reglementează prin decrete domeniile: cultura, învățământ, cooperarea între comunități și internațională. În timp ce, Parlamentul Comunității germanofone reglementează prin decrete aceleași domenii, cultura, cooperarea între comunități și cea internațională și învățământul cu limitele stabilite prin lege. Comunitatea flamandă și Regiunea flamandă nu au decât un singur Parlament și un singur Guvern, instituțiile lor fuzionând. În Parlamentul Regiunii Bruxelles-Capitale, și în Colegii, există grupuri lingvistice competente în domenii comunitare, colegiile fiind organe de coordonare a două comunități.

Competențele regiunilor belgiene sunt stabilite prin articolul 134 al Constituției. Conform acestuia, în exercitarea lor, statul federal, comunitățile și regiunile au ca obiective dezvoltarea durabilă, dimensiunile sale sociale, economice și de mediu, ținând cont totodată de solidaritatea între generații. Capitolului VIII, prevede că instituțiile provinciale și comunale sunt reglementate prin lege. În Capitolul IV al Constituției, Titlul III, se fac referiri la organismele de conducere ale comunităților și regiunilor, la parlamente și la guvernele lor. În cazul în care apar conflicte între aceste legi, decrete și alte reglementări, procedurile de prevenire sunt stabilite de asemenea prin lege. Articolul 143 prevede faptul că în exercitarea competențelor lor, statul federal, comunitățile, regiunile și Comisia comunitară comună acționează pentru respectarea loialității federale, evitând conflictele de interese. Articolul 160 al Constituției precizează faptul că un Consiliu de Stat are jurisdicție administrativă și da avize în domeniu.

Legea conferă de asemenea posibilitatea creării aglomerărilor și federațiilor comunelor, fapt prevăzut în articolul 165 din Constituție, prin lege sunt stabilite organizarea și competențele lor.

¹ Sursa web consultată: www.senate.be

Pentru fiecare aglomerare si federatie in parte exista un consiliu si un colegiu executiv. Presedintele colegiului executiv este ales de consiliu, iar alegerea lui este ratificata de Rege. In Constitutie se precizeaza ca mai multe federatii de comune pot sa se asocieze intre ele sau cu mai multe aglomerari, conform unor legi elaborate special, pentru a rezolva in comun probleme de competenta lor. Reglementarea constitutionala se aplica si capitalei Regatului Belgiei.

Modul de finantare a entitatilor locale este reglementat de articolul 170, Titlul V din Constitutie, acesta stipuleaza faptul ca orice impozit, utilizat in folosul comunitatii sau regiunii, nu poate fi stabilit decat prin decret si este votat anual. Pe de alta parte, legea federala fixeaza sistemul de finantare pentru comunitatile franceza, flamanda si germanofona. Comunitatile si regiunile nu au propria lor Constitutie, statutul lor fiind astfel determinat, in mod esential, de puterea federala prin norme speciale adoptate cu majoritate calificata. O anumita libertate de organizare le este totusi conferita acestora purtand titulatura de "autonomie constitutiva". Guvernatorul reprezinta puterea federala in cadrul provinciilor, iar acesta este desemnat de guvernul regional, avand avizul Consiliului federal de ministri. La nivel comunal, guvernul regional numeste presedintele consiliului (bourgmestre) acesta reprezentand, in acelasi timp, si comuna si puterea centrala.

In Belgia, procesul „federalizarii” nu s-a incheiat, fiind lansate in ultimii ani noi reforme, mai ales referitoare la regionalizare. Actualmente, statul federal se compune din sase entitati federale, trei comunitati (flamanda, franceza si germanofona) si trei regiuni (flamanda, walona si Bruxelles). Aceste entitati se suprapun, dar nu coincid aproape deloc teritorial. Lor li se adauga si cele doua Comisii comunitare (flamanda si franceza) care apartin colectivitatilor federale.

In urma unui puternic proces de fuziune inceput inca din anul 1977, s-a ajuns ca la nivel local sa existe doua tipuri de colectivitati, provincii, in numar de 10 si commune, in numar de 589¹. Pana atunci, o comuna avea o suprafata medie de 13 km² si 4.164 locuitori. Ulterior, comunele au in medie 52 km² si 16.678 locuitori. Pe de alta parte, provinciile sunt colectivitati locale descentralizate, aflate sub tutela regiunilor. Consiliul provincial este organul deliberativ alcatuit din 47 pana la 84 de consilieri, alesi pe o perioada de sase ani. La deputation permanente, institutie ce reprezinta organul executiv al provinciei este alcatuit din sase deputati desemnati dupa regula majoritatii absolute de catre membri Consiliului, din randul membrilor lui. Acesta executa deciziile Consiliului provincial si exercita tutela administrativa asupra comunelor, fiind prezidat de un guvernator, numit sau revocat, de guvernul regiunii.

Provinciile inasa in ultimii 15 ani, au pierdut din rolul si competentele detinute anterior. Consiliul comunal, care poate avea intre 7 si 55 de membri, alesi pe o perioada de sase ani reprezinta la momentul de fata organul deliberative la Comunelor. Executivul comunal fiind format dintr-un colegiu al bourgmesterilor si al consilierilor municipali cu responsabilitati in anumite domenii. Repartitia competentelor intre regiuni si comunitati s-a realizat pe doua axe principale : limba si cultura, ceea ce a justificat crearea comunitatilor si din acest punct de vedere competentele tin de domeniul cultural, sportiv, formare profesionala, ajutoare acordate persoanelor, invatamant, forma de munca; a doua axa fiind aspiratia catre autonomie economica, regiunile avand competente in domeniu economic, amenajarea teritoriului, transport, lucrari publice, politica de mediu, agricultura etc.

Orice domeniu pe care il considera de interes local, poate fi controlat de catre provincii si commune, dar sub rezerva respectarii ierarhiei normelor. Ele au prerogative importante in luarea deciziilor referitoare la gestionarea provinciala, fara precizari speciale. Provinciile isi asuma si misiuni de interes general incredintate de autoritatile federale. Constitutia nu detaliaza competentele locale, dar garanteaza comunelor competenta de principiu in domeniile de interes comunal (politica lor comunală, starea civila, asigurarea serviciilor publice, urbanism, apa, deseuri menajere, transport urban, drumuri, spatii verzi, sanatate, servicii sociale, sport, educatie). Comunele organizeaza

¹ Sursa web consultată: www.prospeur.unlim.fr

invatamantul prescolar si cel primar, construiesc si intretin scolile, iar marile comune se ocupa si de invatamantul secundar, profesional si cel superior.

La momentul de fata, procesul descentralizarii evolueaza spre diversificarea comunelor si provinciilor, in functie de regiunea careia ii apartin. Inca din anul 2001, preocuparea principala a fost eliminarea decalajelor dintre comune, prin intermediul regiunilor si mai ales, prin acordarea unei autonomii financiare mai mari comunelor. Din punct de vedere juridic, nu exista o ierarhie intre normele financiare federale si cele regionale sau comunale. Puterea centrala nu poate exercita nici un fel de tutela asupra regiunilor si comunitatilor, cu exceptia limitarii valorii imprumuturilor. Legile federale se impun totusi, in domeniile cu competente partajate, proceduri obligatorii de coordonare intre entitati. Mijloacele financiare sunt transferate anual, in functie de buget, prin legea bugetului, adoptata cu majoritate calificata. Aceste entitati isi pot completa mijloacele prin resurse fiscale proprii sau pot face imprumuturi. Curtea de Arbitraj, creata in anul 1980, delibereaza asupra conflictelor de competente care pot aparea intre normele federale, regiuni si comunitati.

Concluzii

Belgia reprezinta doar unul dintre exemplele de autogovernare locala din Europa si nu numai, care reusesc acest sa aplice cu succes o astfel de politica, ce se dovedeste a fi una complexa in esenta. In cazul lor, ca si in cel al Elvetiei acest lucru este imperativ necesar, diferentele culturale, politice si de viziune asupra autoritatilor statului, a institutiilor publice si a vietii in general fiind una diferita in functie de originea cetatenilor, fie ea franceza, flamanda, neerlandeza sau germana. In aceste cazuri, ceea ce este stipulat prin ¹Declaratia din 1970 si anume, lipsa vreunui drept de secesiune datorata faptului ca nu reprezinta un popor in adevaratul sens al cuvantului cand vine vorba de minoritatile nationale ce se regasesc intre limitele teritoriale ale unui stat, nu se aplica, originile, istoria si cultura cetatenilor belgieni, indiferent de natural lor, primand actului de drept international.

Exact faptul ca exista o asemenea diversitate pe teritoriul Regatului Belgiei determina Constitutia statului sa prevada o diferentiere intre nevoile si dorintele cetatenilor acestuia, facand bineinteles abstractie de, origine, cultura si limba vorbita. Reprezentativitatea in Parlament, institutiile de guvernare de la nivel local, politicile financiare si bugetare diferite, sistemul de invatamant diferit, toate aceste drepturi prevazute in actul fundamental al statului nu fac altceva decat sa intareasca apartenenta cetatenilor la el si nicidecum sa ii scindeze in grupuri etice care “lupta” fiecare sub un alt drapel. Spre deosebire de alte state, unde, minoritatile entice nu inteleg sau nu vor sa perceapa faptul ca Declaratia din 1970 nu incurajaza sau autorizeaza niciun fel de actiune care ar ameninta sau dezmembra integritatea teritoriala a unui stat suveran. Nefacand abstractie de faptul ca o astfel de separare regionala ar crea conflicte nu numai la nivelul statului, conflicte politice si institutionale care se pot, in opinia mea, transpune in conflicte in randul cetatenilor ce pot foarte usor degenera. Belgienii isi cunosc bine si isi respecta atat apartenenta, cultura, cutumele etc, dar sip e cele ale concetatenilor lor indiferent de origine, ei avand aceste lucruri adanc inradacinate in mentalul lor individual si fiind constienti ca este cel mai bun mod ca Belgia si locuitorii ei sa urmeze o cale sigura spre dezvoltare.

Bibliografie:

- **Nicolae Popa**, “*Teoria Generala a Dreptului*”, Ed. Actami, București, 1996.
- **Raluca Miga-Besteliu**, “*Drept international public*”, Ed. All Beck, București, 2005.
- **Marta Claudia Cliza**, *Drept administrativ, partea I*, București, Ed.Universul juridic, 2012.
- **Elena Emilia Ștefan**, Manual de drept administrativ.Caiet de seminar, partea I, Ed.Universul juridic, București, 2012.

¹ **Raluca Miga-Besteliu**, “*Drept international public*”, Ed. All Beck, București, 2005.

- Constituția României
- Constituția Belgiei

Surse web consultate

- www.senate.be
- www.fed-parl.be
- www.worldbank.org
- www.romanalibera.com
- www.adevarul.ro
- www.romanalibera.com
- www.hotnews.ro
- www.senate.be
- www.fed-parl.be
- www.wikipedia.org
- www.prospeur.unlim.fr

ACORDURILE MONETARE DINTRE UNIUNEA EUROPEANĂ ȘI SFÂNTUL SCAUN – STATUL CETĂȚII VATICANULUI

Marius Cătălin MITREA *

Abstract

Prin prezentul demers științific, propun o cercetare asupra unui segment al relațiilor și tratatelor dintre Sfântul Scaun - Statul Cetății Vaticanului, în sensul articolului 3 din Tratatul de la Laterano, din 11 februarie 1929 și Uniunea Europeană.

La 1 ianuarie 1999 moneda unică Euro a fost introdusă în statele membre participante la cea de-a treia etapă a Uniunii Economice și Monetare, printre care și Republica Italiană.

Cele două state, Cetatea Vaticanului și Italia fiind strâns legate prin Tratatul de la Laterano, „Convenzione monetaria tra la Repubblica Italiana e lo Stato della Città del Vaticano” din 3 decembrie 1991, dar și geopolitic, era imperativ necesar un nou acord al Vaticanului, de data aceasta cu Uniunea Europeană reprezentată de Italia, în colaborare cu Banca Centrală Europeană și Comisia Europeană pentru implementarea noii monede.

În domeniul supus analizei, relațiile dintre cele două subiecte de drept internațional sunt guvernate de o serie de instrumente juridice, dintre care amintim: Regulamentul (CE) nr. 1103/97; Regulamentul (CE) nr. 974/98; Acordul monetar încheiat între Sfântul Scaun și Comunitatea Europeană, reprezentată de Italia, în asociere cu BCE și Comisia la 29 decembrie 2000; Decizia Consiliului din 7 octombrie 2003 semnată la Luxemburg, Acordul monetar semnat la Bruxelles la 17 decembrie 2009; și Decizia Comisiei Europene din 2 iulie 2012 de actualizare a anexei la Acordul monetar dintre Uniunea Europeană și Sfântul Scaun – Statul Cetății Vaticanului.

Cercetarea are în vedere informațiile succinte ale instrumentelor juridice menționate mai sus, precum și o concluzie în ceea ce privește această „pagină” a relațiilor Uniunii Europene cu Sfântul Scaun.

Cuvinte cheie: *Acorduri monetare; Sfântul Scaun; Uniunea Europeană; Regulamente ale UE; Banca Centrală Europeană*

1. Introducere

Atât Uniunea Europeană, aflându-se, până la 1 decembrie 2009, între federalism și interguvernamentalism¹ datorită celor trei piloni, cât și Sfântul Scaun, teritoriu inviolabil, întins pe 0,44 km², recunoscut prin acordurile de la Laterano din 11 februarie 1929², sunt două entități speciale ale dreptului internațional, recunoscute ca promotoare ale bunăstării și păcii.

Este evident aportul creștinismului în Europa, în decursul celor două milenii, unde acesta, depășind superstițiile, a introdus noțiunea lineară de progres. Prin imitația Creatorului – „*Imago Deo*” – a făcut omul însuși creator, stăpânind natura, nu invers. Mănăstirile au devenit centre de

* Student, Facultatea de Drept, Specializarea Drept European și Internațional, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: mcmitrea@yahoo.co.uk). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. dr. Roxana Mariana Popescu (rmpopescu@yahoo.com).

¹ Conform Gabriela Dragan în *Uniunea Europeană între federalism și interguvernamentalism – Politici comune ale UE*, (<http://www.biblioteca-digitala.ase.ro/biblioteca/carte2.asp?id=453&idb=>) accesat la 16:15; 3.03.2013.

² Adrian Năstase, Bogdan Aurescu, Cristian Jura, *Drept internațional – Sinteze pentru examen, Ediția 5, revizuită și adăugită*, Editura C. H. Beck, București, 2009, pg. 160.

cultură, apărând asemenea unor adevărate fortărețe, în timp ce călugării scriau, copiau manuscrise și descopereau, promovând tehnologii productive.

Papa Ioan Paul II afirma că „*Europa nu este numai un loc geografic ci înainte de toate este o noțiune culturală și istorică, care s-a format prin forța creștinismului, dominând Europa din toate punctele de vedere*”¹.

În contemporaneitate, Uniunea Europeană, în dorința de a fi cât mai obiectivă și de a oferi un spațiu sigur, de toleranță - unitate în diversitate, nu poate ignora prezența și importanța creștinismului, reprezentat politic de Sfântul Scaun, ca factor de echilibru și promotor al păcii și moralității internaționale.

Pentru o relaționare mai eficientă, Uniunea Europeană a încheiat cu Sfântul Scaun – Statul Cetății Vaticanului², mai multe acorduri, printre care și cele monetare, de incluziune al micului stat ecleziastic, în Uniunea Monetară Europeană (având calitatea de observator pe lângă Uniunea Europeană).

Tematica studiului se încadrează în domeniul monetar european, având ca obiectiv piața comună și moneda unică – euro.

Importanța acordurilor monetare între Statul Cetății Vaticanului și Uniunea Europeană este dată atât de legătura Cetății cu Uniunea Europeană pe plan cultural și spiritual, cât și de interdependența dintre Vatican și Republica Italiană.

Obiectivul lucrării este de a prezenta sistematic și cronologic, demersurile directe și indirecte pentru implementarea monedei unice în Vatican.

Se prezintă scurtă istorie a relațiilor monetare dintre Statul Cetății Vaticanului și Italia, pe de o parte, și demersurile pentru Uniunea Monetară Europeană, pe de altă parte, cele două planuri unindu-se prin implementarea monedei unice în Republica Italiană, respectiv Statul Cetății Vaticanului, continuând cu acordurile bilaterale și modificările ulterioare.

2. Interferențele monetare dintre Comunitățile Europene și Sfântul Scaun în calitate de subiect de drept internațional, în perioada 1929 - 1994

Apărut în urma Pactului Laterano la data de 11 februarie 1929, „Statutul Cetății Vaticanului”, semnat de Papa Pius al XI cu Benito Mussolini³, stabilea independența statului Vatican, recunoscând, deasemenea, proprietățile exclusive și jurisdicția suverană asupra unui cartier din nord-vestul Romei, garantând libertatea totală a Episcopului Romei.

În Tratat erau incluse: un tratat politic care „rezolvă și elimină problema romană” având 27 de articole, un Concordat, prin care era reglementată condiția juridică a Bisericii Romano-Catolice în Italia în 45 de articole, și o convenție financiară, având 3 articole, ce susținea Statul Cetății Vaticanului.

În ceea ce privește acordurile monetare, se regăseau prevederi și în Legea nr. 468 din 5 august 1978 și în Legea nr. 362 din 23 august 1988⁴.

¹ <http://www.vipnet.ro/albina/roman.html> accesat la 20:45; 25.02. 2013.

² Sfântul Scaun se referă la guvernarea spirituală și pastorală a episcopului Romei asupra Bisericii Romano-Catolice în timp ce Vaticanul este statul politic, recunoscut ca subiect de drept internațional.

³ Benito Amilcare Andrea Mussolini (1883 – 1945) primul dictator fascist european al secolului XX a fost decorat cavaler de Ludovico Chigi della Rovere Albani, Marele Maestru al Ordinului Suveran Militar de Malta, cu Marea Cruce de Onoare și Devotament a Ordinului, Cf. Roger Peyrefitte, *Knights of Malta*, traducere din franceză în engleză de Edward Hyams. Secker & Warburg, Londra, 1960, p. 96. Trebuie menționat că ordinul înființat în 1045 și aprobat printr-o Bulă Papală în 1113 de Papa Pascal al II-lea, se află sub grija Sfântului Scaun.

⁴ Desegno di legge presentato dal Ministro degli affairi esteri Colombo, di concerto col Ministro del Tesoro Barucci, comunicato alla presidenza il 2 dicembre 1992, Tipografia del Senato (1750), N. 824. *Convenzione monetaria tra la Repubblica Italiana e lo Stato della Città del Vaticano*, p.2. Actul a fost publicat ulterior în Jurnalul Oficial al Republicii Italiene nr. 43 din 22 februarie 1994.

Uniunea Monetară Europeană, cunoaște o vastă istorie. De la Gustav Stresemann, cel care întreba Societatea Națiunilor la 9 septembrie 1929, cu câteva luni mai târziu de semnarea Pactului Lateran: „Unde sunt moneda europeană și timbrul european de care avem nevoie?”, până la îndeplinirea visului european, au fost mai multe etape și încercări.

În decembrie 1969, se desfășoară lucrările summitului de la Haga, unde liderii de stat și de guvern ai statelor membre ale Comunităților Europene, au stabilit Uniunea Economică și Monetară.

În martie 1971, lideri de stat și de guvern ale celor 6 state membre, își dau acordul pentru Uniunea Economică și Monetară, însă în august proiectul s-a oprit brusc din cauza factorilor externi (prăbușirea sistemului de la Bretton Woods).

În urma multor eforturi, reluate în martie 1979, se instituie sistemul monetar european, ce se baza pe conceptul cursurilor de schimb fixe, dar ajustabile, sistem ce a dat o oarecare eficiență.

În luna iunie a anului 1988, Consiliul European de la Hanovra instituie „Comitetul pentru studierea Uniunii Economice și Monetare”, condus de președintele Comisiei Europene, Jacques Delors ce a prezentat în aprilie 1989 raportul ce propunea consolidarea realizării obiectivului, în trei etape, politica monetară a Uniunii fiindu-i încredințată Bancii Centrale Europene, punerea în aplicare a primei etape fiind decisă la Consiliul European de la Madrid, din iunie 1989.

Planul prevedea instituirea Uniunii Economice Monetare în trei etape, și anume: în prima etapă (de la 1 iulie 1990 la 31 decembrie 1993) se prevedea libera circulație a capitalurilor între statele membre (încă de la început remarcându-se statulul aparte al Vaticanului, datorită neutralității sale, nefiind stat membru), a doua etapă (de la 1 ianuarie 1994 la 31 decembrie 1998) presupunea coordonarea politicilor monetare și înființarea Institutului Monetar European ce avea ca sarcină susținerea cooperării între băncile centrale naționale și cea de-a treia etapă (care a început la 1 ianuarie 1999), consta în introducerea trepatată a monedei Euro ca monedă unică a statelor membre și aplicarea coordonată de Banca Centrală Europeană a politicii monetare comune.

Ca o continuare a Consiliului European de la Madrid, lucrările conferinței interguvernamentale din decembrie 1989 de la Strasbourg au condus la elaborarea Tratatului privind Uniunea Europeană, Tratat aprobat cu ocazia Consiliului European de la Maastricht, din decembrie 1991 (semnat la 7 februarie 1992).

Luna decembrie a anului 1991 este vitală pentru Statul Cetății Vaticanului datorită ratificării „*Convenzione monetaria tra la Repubblica Italiana e lo Stato della Città del Vaticano*”¹. Din partea Statului Cetății Vaticanului, convenția, având 9 articole, a fost semnată de Cardinalul Secretar de Stat Angelo Sodano, la Vatican în a treia zi a lunii. Prin această convenție, Statului Cetății Vaticanului îi era reinnoit dreptul de a bate monede și medalii sau decorații pontificale, la Monetăria din Roma². Monedele vaticane și italiene erau recunoscute reciproc de cele două state³.

Prin această convenție bilaterală, se permitea eliberarea unei valori de 1 miliard de lire⁴, bătându-se până la 100 milioane de monede pe an⁵. Deasemenea, se prevedea eliberarea suplimentară a 300 de milioane de lire, bătându-se până la 30 de milioane de monede, în cazuri speciale, și anume: în anul când Sfântul Scaun rămânea vacant, în Anul Jubiliar (Anno Santo Giubiliare) și în anul deschiderii unui Conciliu Ecumenic⁶.

Așadar, maximul de monede bătute sub noua Convenție Monetară din 1991 era mai mic decât maximul de monede autorizat de anterioara convenție.

Republica italiană se angaja se stopeze falsificarea monedelor vaticane pe teritoriul său⁷.

¹ Ibidem.

² Ibidem, Art. 1, p.4.

³ Ibidem, Art. 3-4, p.4.

⁴ Ibidem, Art. 5, p. 5.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem, Art. 6, p. 5.

⁷ Ibidem, Art. 8, p. 6.

3. Demersuri monetare din cadrul Comunităților Europene, între anii 1995-1999

La 15-16 decembrie 1995, Consiliul European ce s-a desfășurat la Madrid, a confirmat că a treia etapă a Uniunii Economice și Monetare urma să înceapă la 1 ianuarie 1999.

Înainte de debutului celei de-a treia etape, s-a adoptat la Luxemburg, la 17 iunie 1997, un regulament¹ ce privea anumite dispoziții referitoare la introducerea monedei unice. Dispozițiile acestuia prevedea că, de la 1 ianuarie 1999, Uniunea Monetară Europeană va fi încetat a mai fi definită ca un „*coș de valute componente*”² și prin introducerea monedei euro (1 euro = 100 cent)³ ce privea operațiunile cotidiene ale întregii populații a statelor membre, s-ar fi eficientizat și simplificat toate operațiunile, eliminându-se conversiile.

Continuitatea contractelor și a altor instrumente juridice nu era afectată de introducerea noii monede unice, datorită principiilor libertății contractuale și continuității, garantându-se siguranța și claritatea juridică⁴.

A fost prezentată starea de fapt precum și detalii tehnice pentru introducerea ulterioară actului, a monedei unice, fundamentându-se pe recunoașterea monetară ca principiu universal.

Regulamentul Consiliului din 3 mai 1998⁵ confirma cele precizate în tratatele anterioare. Afirmă că este necesară o perioadă de tranziție pentru pregătirea unei treceri armonioase la moneda euro, stabilindu-se o echivalență juridică între euro și unitățile monetare naționale⁶.

Acesta prevedea că „orice sumă exprimată fie în unitatea euro, fie în unitatea monetară națională a unui stat membru participant și plătită în interiorul aceluși stat membru prin creditarea contului creditorului poate fi plătită de către debitor fie în unitatea euro, fie în unitatea monetară națională”⁷. Regulamentul cuprindea prevederi referitoare la politica monetară, efectuate de Sistemul European al Băncilor Centrale. Tranzacțiile, plățile și celelalte operațiuni monetare interne (între statele membre) și externe (transfrontaliere) erau reglementate conform dispozițiilor din regulament.

Conform concluziilor Consiliului European de la Madrid, noua datorie publică negociabilă era emisă în unitatea euro de la 1 ianuarie 1999⁸. Consiliul putea adopta măsuri de armonizare a valorilor nominale și specificațiilor tehnice ale tuturor monedelor.

Se prevedea, de asemenea, și măsuri de protecție împotriva falsificării bancnotelor și monedelor.

Decizia Consiliului din 31 decembrie 1998⁹ referitor la poziția luată de Comunitate în ceea ce privește un acord în domeniul relațiilor monetare cu Vaticanul, este primul act ce se referă la un Stat al Cetății Vaticanului având moneda euro, amintind de Acordul Monetar dintre Vatican și Republica Italiană.

Aceasta ținea cont de Tratatul privind Uniunea Europeană, mai ales articolul 109 alin. (3). A fost adoptată având recomandarea Comisiei, opinia Băncii Centrale Europene, și se fundamenta pe Regulamentul Comisiei (CE) nr. 974/98 din 3 mai 1998.

Se reafirma realitatea și strânsa legături ale Vaticanului cu Republica Italiană, fiind necesară existența aceleiași monede în cele două state.

Încă din primul articol al Deciziei, Italia trebuia să notifice Vaticanul în ceea ce privește necesitatea de a reînnoi acordul existent dintre cele două state, la o dată cât mai urgentă, oferind negocieri pentru un nou acord¹⁰.

¹ Regulamentul (CE) nr. 1103/97 al Consiliului, JO L 162, 19.6.1997.

² JO L 162, 19.6.1997, (6), p. 82.

³ Ibidem (2), p. 81.

⁴ Ibidem (7), p. 82.

⁵ Regulamentul (CE) nr. 974/98 al Consiliului, JO L 139, 11.5.1998.

⁶ JO L 139, 11.5.1998, (8), p. 3.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem (14), p. 3.

⁹ Decizia Consiliului 1999/98/EC publicată în JO L 30, 4.2.1999.

¹⁰ JO L 30, 4.2.1999, Art. 1, p. 36.

Vaticanul era împuternicit pentru a folosi euro ca moneda oficială și de face demersuri pentru a opri falsificarea bancnotelor și monedelor euro¹, respectând legislația Uniunii Europene pe teritoriul său², cooperând cu aceasta împotriva falsificării³.

Potrivit articolului 6, Instituțiile financiare ale Statului Cetății Vaticanului aveau acces la sistemele de plată din zona euro, în condiții adecvate, stabilite cu acordul Băncii Centrale Europene.

Republica Italiană avea dreptul să desfășoare negocieri cu Vaticanul în numele Comunității, Comisia și Banca Centrală Europeană fiind și ele asociate la negocieri, asigurându-se că acordul cu Vaticanul era compatibil cu legislația și sistemul monetar al Comunității.

4. Introducerea monedei euro în Statul Cetății Vaticanului

Ca urmare a Deciziei Consiliului, la 29 decembrie 2000, se semnează la Roma între Guvernul Republicii Italiene, reprezentând Comunitatea Europeană și Statul Cetății Vaticanului, reprezentând Sfântul Scaun, un Acord Monetar, acord ce cuprinde 12 articole. Acesta amintește începând cu Laterano, toate actele juridice relevante din punct de vedere monetar⁴, până la prezentul act.

Vaticanul se angaja alături de Republica Italiană să urmeze calendarul ce înlocuia vechea monedă (lira) cu cea nouă (euro)⁵.

Statul Cetății Vaticanului nu emitea bancnote, monede sau surogate monetare de orice fel în afara condițiilor de emisiune convenite cu Comunitatea⁶.

De la 1 ianuarie 2002, Vaticanul putea emite la *Instito Poligrafico e Zecca dello Stato*⁷, un maxim anual monetar în valoare de 670000 euro⁸, caracteristicile tehnice și reprezentațiile artistice fiind asemănătoare cu cele emise în statele membre ce au adoptat moneda unică⁹, Vaticanul având responsabilitatea să anunțe în prealabil detaliile.

Existau, deasemenea, trei excepții, atunci când se suplimenta emisia monetară cu 200000 euro, și anume: în anul când Sfântul Scaun rămânea vacant, în fiecare An Jubiliar și în anul deschiderii unui Conciliu Ecumenic¹⁰.

Conform articolului 4, „valoarea nominală anuală a monedelor euro emise de Statul Cetății Vaticanului, se adăuga volumului de monede emise de Republica Italiană, în scopul omologării Băncii Centrale Europene”¹¹.

Vaticanul avea responsabilitatea de a anunța Republica Italiană, până la 1 septembrie în fiecare an, detaliile feței valorice a monedelor euro ce vor fi emise anul următor¹².

Monedele de colecție emise de Vatican nu erau mijloace legale de plată în Comunitatea Europeană¹³.

Vaticanul putea emite lire italiene până la 31 decembrie 2001, însă de la 1 ianuarie 2002, emitea monede euro conform articolului 8. Tot în articolul 8 se precizau detalii tehnice precum și recunoașterea reciprocă a monedelor între Vatican și Republica Italiană.

¹ Ibidem, Art. 3, p. 36.

² Ibidem, Art. 4 (1), p. 36

³ Ibidem, Art. 4 (2), p. 36.

⁴ Acordul Monetar 2001/C 299/01, J O C 299, 25.10.2001, pp. 1-2.

⁵ J O C 299, 25.10.2001, Art. 1, p. 2.

⁶ Ibidem, Art. 2, p. 2.

⁷ Ibidem, Art. 6, p. 3.

⁸ Ibidem, Art. 3, p.2.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem, Art. 7, p. 3.

¹¹ Ibidem, Art. 4, p. 3.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem, Art. 5, p. 3.

Cetatea Vaticanului se angaja în cooperare cu Comunitatea Europeană cu privire la măsurile împotriva falsificării bancnotelor și monedelor euro și făcea demersuri pentru a suprima și pedepsi orice infracțiune, care ar putea avea loc pe teritoriul său¹.

Articolul 10 era o reactualizare a articolului 6 al Deciziei Consiliului din 31 decembrie 1998, prin care împuternicea instituțiile financiare situate în Statul Cetății Vaticanului să aibe acces la sistemele de plată în Zona Euro. Operațiunile respectau termenii și condițiile stabilite de Banca d'Italia, cu acordul Bancii Centrale Europene².

De la momentul înțrării în vigoare al acestui acord, expira „*Convenzione monetaria tra La Repubblica Italiana e lo Stato della Città del Vaticano*”³.

Conform articolului 12, la fiecare 2 ani, „organismele competente financiare ale Republicii Italiene și a Statului Cetății Vaticanului”⁴, aveau obligația de a revizui prin intermediul procedurii administrative, „sumele menționate la articolele 3 și 7, pe baza indicelui de ISTAT, de evoluția prețurilor de consum din ultimii doi ani, prima revizuire de acest fel efectuându-se începând cu 1 ianuarie 2004”⁵.

În încheierea acordului, se dădea o libertate remarcabilă părților, în sensul că fiecare parte și organism care a participat la procedură, putea solicita o reexaminare a acordului. Deasemenea, oricare dintre părți putea denunța prezentul acord cu un preaviz de un an⁶.

La 3 ianuarie 2003, o nouă etapă a fost punctată de solicitarea oficială a Republicii Italiene⁷ de a crește suma maximă monetară acordată Statului Cetății Vaticanului.

Astfel, la 7 octombrie 2003, la Luxemburg, Consiliul a decis modificarea acordul monetar precedent, semnat la 29 decembrie 2000, la Roma.

Începând cu 1 ianuarie 2004, Vaticanul putea emite anual, monede euro cu o valoare nominală maximă de 1 000 000 (euro)⁸, înlocuindu-se articolul 3 din acordul anterior.

Totodată, în anul când Sfântul Scaun devenea vacant sau de deschidere al unui Conciliu Ecumenic precum și în fiecare An Jubiliar, Statul Cetății Vaticanului putea emite monede în plus față de suma maximă prevăzută anterior, în valoare totală de 300 000 euro⁹.

5. Dezvoltarea relațiilor în domeniul monetar

La 1 decembrie 2009, prin Tratatul de la Lisabona, Uniunea Europeană a dobândit personalitate juridică, deschizându-se, astfel, o nouă perspectivă atât europeană, cât și internațională.

La 17 decembrie 2009, Joaquin Almunia pentru Uniunea Europeană și Excelența Sa arhiepiscopul André Dupuy, nunțul apostolic¹⁰ pe lângă Uniunea Europeană al Sfântului Scaun, au semnat un nou acord monetar, la Bruxelles.

Prin acest acord, se reaminteau, ca fundamente, Regulamentul (CE) nr. 974/98 al Consiliului din 3 mai 1998¹¹, „*Convenzione monetaria tra la Repubblica Italiana e lo Stato della Citta del*

¹ Ibidem, Art. 9, p. 4.

² Ibidem, Art. 10, p. 4.

³ Ibidem, Art. 12, p. 4

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Scrisoarea din partea lui Giulio Tremonti, ministrului Economiei și Finanțelor a Republicii Italiene, către Nikos Christodoulakis, președintele în exercițiu al Consiliului din 3 ianuarie 2003. La data semnării Deciziei Consiliului din 7 octombrie 2003, ce privea majorarea valorii nominale monetare maxime, Giulio Tremonti devenise noul președinte al Consiliului.

⁸ JO L 267, 17.10.2003, p. 1.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Diplomat al Sfântului Scaun, echivalent ambasadorului, cu rang ecleziastic de arhiepiscop.

¹¹ JO, C 28, 4.2.2010, p. 13.

Vaticano”, încheiată la 3 decembrie 1991¹ și Declarația nr. 6 anexată la Actul final al Tratatului privind Uniunea Europeană prin care Comunitatea trebuia să faciliteze renegocierea acordurilor existente cu Statul Cetății Vaticanului² și Acordul monetar precedent, încheiat la 29 decembrie 2000³.

Conform articolului 1, Statul Cetății Vaticanului avea dreptul să utilizeze moneda unică euro, conform Regulamentelor (CE) nr. 1103/97 și (CE) nr. 974/98⁴.

Articolul 2 al Tratatului de la Roma rămânea în vigoare.

Articolul 3 se modifica. Plafonul maxim anual de emisie al monedelor euro creștea de la 1 000 000 euro la 2 300 000 euro⁵ în timp ce partea variabilă care corespundea emisiunii medii de monede pe cap de locuitor al Republicii Italiene înmulțită cu numărul de locuitori ai Statului Cetății Vaticanului⁶.

Se contura existența Comitetului mixt, ce putea revizui anual partea fixă monetară emisă, „ținând seama de inflației IAPC din Italia, și de posibilele evoluții semnificative care afectează piața colecționarilor de monede euro”⁷.

Tot articolul 3 prevedea că Vaticanul putea emite monede comemorative și/sau de colecție, în anii în care Sfântul Scaun era vacant. Dacă se depășea plafonul stabilit, se contabiliza „utilizând partea rămasă din plafonul anului anterior și/sau se deduce din plafonul anului următor”⁸. Emisiunea monedelor euro de colecție se reglementa în articolul 7. Vaticanul putea emite, printr-o derogare, la orice monetărie din Uniunea Europeană⁹.

Majoritatea articolelor erau reactualizate, mutate, dar prezente.

Ca noutate, fără a aduce atingere emisiunii de monede de colecție, se prevedea că Vaticanul trebuia să pună în circulație la valoarea nominală cel puțin 51% din monedele euro emise în fiecare an, Comitetul mixt verificând din cinci în cinci ani, caracterul adecvat al proporției minime de monede care urmează a fi introduse la valoarea nominală, putând a decide majorarea¹⁰.

Statul Cetății Vaticanului se angaja să adopte toate măsurile necesare, prin transpunere directă sau prin acțiuni echivalente, implementarea actelor juridice și a normelor Uniunii Europene în domeniul precum: bancnote și monede euro, prevenirea spălării banilor, prevenirea fraudei și falsificării mijloacelor de plată în numerar și fără numerar, a medaliilor și jetoanelor și al cerințelor de raportare statistică¹¹.

Deasemenea, statul ecleziastic trebuia să se conformeze „legislației bancare și financiare a Uniunii Europene, actelor juridice și normele relevante ale Băncii Centrale Europene, în special privind cerințele de raportare statistică”¹².

Actele juridice și normele ce trebuiau implementate de Statul Cetății Vaticanului, precum și termenele, erau specificate în anexa acordului¹³, actualizată prin publicarea în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene¹⁴.

¹ Ibidem.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem, art. 1, p. 13.

⁵ Ibidem, art. 3, p. 14.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem, Art. 5 (2), p. 14.

¹⁰ Ibidem, Art. 6, (4), p. 15.

¹¹ Ibidem, Art. 8, (1), p. 15.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem, Art. 8, (2), p. 15.

¹⁴ Ibidem, Art. 8, (4), p. 15.

În ceea ce privește soluționarea litigiilor dintre părți, litigii care pot fi generate de aplicarea acordului și care nu au putut fi soluționate în cadrul Comitetului mixt, instanța care deține competența exclusivă era Curtea de Justiție a Uniunii Europene¹, hotărârea acesteia având caracter obligatoriu².

Dacă cele două părți nu luau măsurile necesare pentru a se conforma hotărârii în termenul stabilit de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, cealaltă parte putea rezilia acordul³.

De asemenea, fără a se aduce atingere celor de mai sus menționate, oricare din părți putea rezilia acordul cu preaviz de un an⁴.

Potrivit articolului 11, se înființa Comitetul mixt, cu un rol crucial în relația Statului Cetății Vaticanului cu Uniunea Europeană. Comitetul era compus din reprezentanți ai celor două părți, delegația Uniunii Europene fiind compusă din oficiali ai Comisiei, ai Republicii Italiene și ai Băncii Centrale Europene, adoptând regulile de procedură prin consens⁵.

Comitetul se întrunea cel puțin o dată pe an, președenția acestuia alternându-se, adoptând deciziile cu unanimitate de voturi⁶.

Comitetul mixt, potrivit articolului 11, făcea schimb de opinii și informații, adoptând deciziile menționate cu referire la plafonul maxim de emisiune monetară (art. 3), volumul monetar (art. 6), precum și procedurile de transpunere a legislației Uniunii Europene (art. 8)⁷.

De la data intrării în vigoare a acordului, la 1 ianuarie 2010⁸, prima președenție era deținută de Uniunea Europeană⁹.

De asemenea, de la data intrării în vigoare al Acordului Monetar semnat la Bruxelles, se abroga Acordul Monetar semnat la Roma la 29 decembrie 2000¹⁰.

În anexa Acordului monetar erau menționate dispozițiile legale ale Uniunii Europene care trebuiau implementate până la 31 decembrie 2010.

În domeniul prevenirii și spălării banilor, se implementa Directiva 2005/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 octombrie 2005. Aceasta conținea măsuri privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor și finanțării terorismului¹¹.

Relevante în acest domeniu sunt și Directiva 2008/20/CE a Parlamentului European și Consiliului din 11 martie 2008, ce prevedea competențele de executare conferite Comisiei¹², Directiva 2006/70/CE a Comisiei din 1 august 2006 de stabilire a măsurilor de punere în aplicare a Directivei 2005/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului în ce privește definiția „persoanelor expuse politic” și criteriile tehnice de aplicare a procedurilor simplificate de precauție privind clientela, precum și de exonerare pe motivul unei activități financiare desfășurate în mod ocazional sau la scară foarte limitată¹³, Regulamentul (CE) nr. 1781/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 15 noiembrie 2006 cu privire la informațiile privind plătitorul care însoțesc transferurile de fonduri¹⁴, Regulamentul (CE) nr. 1889/2005 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 octombrie 2005 privind controlul numeralului la intrarea sau ieșirea din

¹ Ibidem, Art. 10, (1), p. 15.

² Ibidem, Art. 10, (2), p. 15.

³ Ibidem, Art. 10, (3), p. 15.

⁴ Ibidem, Art. 12, p. 16.

⁵ Ibidem, Art. 11, (1), p. 16.

⁶ Ibidem, Art. 11, (2), p. 16.

⁷ Ibidem, Art. 11, (3), p. 16.

⁸ Ibidem, Art. 13.

⁹ Ibidem, Art. 11, (4), p. 16.

¹⁰ Ibidem, Art. 14.

¹¹ JO L 309, 25.11.2005, p. 15.

¹² JO L 76, 19.3.2008, p. 46.

¹³ JO L 214, 4.8.2006, p. 29.

¹⁴ JO L 345, 8. 12.2006, p. 1

Comunitate¹ și Decizia-cadru 2001/500/JAI a Consiliului din 26 iunie 2001 privind spălarea banilor, identificarea, urmărirea, înghețarea, sechestrarea și confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunii².

Prevenirea fraudei și a falsificării erau reglementate de Regulamentul (CE) nr. 1338/2001 al Consiliului din 28 iunie 2001 de prevenire a măsurilor necesare protecției monedei euro împotriva falsificării³, modificată prin Regulamentul (CE) nr. 44/2009 al Consiliului din 18 decembrie 2008⁴.

Regulamentul (CE) nr. 2182/2004 al Consiliului din 6 decembrie 2004 reglementa medalioane și jetoanele similare monedelor euro⁵, modificat prin Regulamentul (CE) nr. 46/2009 al Consiliului din 18 decembrie 2008⁶.

Decizia-cadru 2000/383/JAI a Consiliului din 29 mai 2000 privea consolidarea prin sancțiuni penale și de alta natură, a protecției împotriva falsificării, cu ocazia introducerii monedei euro⁷, modificată prin Decizia-cadru 2001/888/JAI a Consiliului din 6 decembrie 2001⁸.

Decizia 1999/C 149/02 a Consiliului din 29 aprilie 1999 privea extinderea mandatului Europol asupra luptei împotriva fabricării de bani falși și a falsificării mijloacelor de plată⁹.

În ceea ce privește înființarea unui program de schimb, asistență și formare profesională pentru protecția monedei euro împotriva contrafăcării (programul „Pericles”), Consiliul a emis Decizia 2001/923/CE în 17 decembrie 2001¹⁰.

Aceasta a fost modificată ulterior prin 2001/887/JAI a Consiliului din 6 decembrie 2001 privind protecția monedei euro împotriva falsificării¹¹, Decizia-cadru 2001/888/JAI a Consiliului din 6 decembrie 2001 de modificare a Deciziei-cadru 2000/383/JAI privind consolidarea protecției împotriva falsificării, prin sancțiuni penale și de altă natură, cu ocazia introducerii monedei euro¹², Decizia 2006/849/CE a Consiliului din 20 noiembrie 2006 de modificare și prelungire a Deciziei 2001/923/CE privind crearea unui program deschimb, asistență și formare profesională pentru protecția monedei euro împotriva contrafăcării (programul „Pericles”)¹³ și în cele din urmă prin Decizia 2006/75/CE a Consiliului din 30 ianuarie 2006, de modificare și prelungire a Deciziei 2001/923/CE¹⁴.

Tot în acest domeniu Consiliul a emis Decizia-cadru 2001/413 din 28 mai 2001 de combatere a fraudei și a falsificării mijloacelor de plată, altele decât numerarul¹⁵.

În ceea ce privește normele referitoare la bancnotele și monedele euro, Consiliul a emis, la 3 mai 1998, Regulamentul (CE) nr. 975/98, privind valorile nominale și specificațiile tehnice ale monedelor euro ce urmează să intre în circulație¹⁶, modificată prin Regulamentul (CE) nr. 423/1999 din 22 februarie 1999¹⁷.

De implementat până la 31.12.2010 erau și Concluziile Consiliului din 10 mai 1999 privind sistemul de management al calității pentru monedele euro, Concluziile Consiliului din 23 noiembrie

¹ JO L 309, 25.11.2005, p. 9.

² JO L 182, 5.7.2001, p. 1.

³ JO L 181, 4.7.2001, p. 6.

⁴ JO L 17, 22.1.2009, p. 1.

⁵ JO L 373, 21.12.2004, p. 1.

⁶ JO L 17, 22.1.2009, p. 5.

⁷ JO L 140, 14.6.2000, p. 1.

⁸ JO L 329, 14.12.2001, p. 3.

⁹ JO C 149, 28.5.1999, p. 16.

¹⁰ JO L 339, 21.12.2001, p. 50.

¹¹ JO L 329, 13.12.2001, p. 1.

¹² JO L 329, 14.12.2001, p. 3.

¹³ JO L 330, 28.11.2006, p. 28.

¹⁴ JO L 36, 8.2.2006, p. 40.

¹⁵ JO L 149, 2.6.2001, p. 1.

¹⁶ JO L 139, 11.5.1998, p. 6.

¹⁷ JO L 54, 27.2.1999, p. 2.

1998, Recomandarea 2009/23/CE a Comisiei din 19 decembrie 2008 privind orientările comune pentru fețele naționale ale monedelor euro și emiterea de monede euro destinate circulației¹, Comunicarea 2001/C 318/03 a Comisiei din 22 octombrie 2001 privind protecția drepturilor de autor a desenului feței comune a monedelor euro², Orientarea BCE/2003/5 a Băncii Centrale Europene din 20 martie 2003 privind aplicarea unor măsuri pentru combaterea reproducerilor neconforme de bancnote euro, precum și schimbul și retragerea bancnotelor euro³ precum și Decizia BCE/2003/4 a Băncii Centrale Europene din 20 martie 2003 privind valorile nominale specificațiile, reproducerea, schimbul și retragerea bancnotelor euro⁴.

Toate aceste dispoziții legale au fost anexate la Acordul Monetar adoptat la Bruxelles, la 17 decembrie 2009, Statul Cetății Vaticanului având obligația de a le implementa printr-un proces sistematic, până la 31 decembrie 2010.

În temeiul articolului 8 alineatul (3) din Acordul monetar dintre Uniunea Europeană și Sfântul Scaun se prevedea faptul că anexa trebuie modificată anual de Comisie pentru a lua în considerare noile acte juridice și norme relevante ale UE, precum și modificările actelor juridice și ale normelor existente⁵. La 2 iulie 2012, executivul Uniunii Europene a emis Decizia de actualizare a anexei.

Se adăuga Regulamentul (UE) nr. 1210/2010 al Parlamentului European și al Consiliului din 15 decembrie 2010 privind autentificarea monedelor euro, și procesarea monedelor euro impropriei circulației⁶ și Decizia BCE/2010 a Băncii Centrale Europene din 16 septembrie 2010 privind verificarea autenticității și calității și repunerea în circulație a bancnotelor euro⁷, ce trebuiau implementate până la 31 decembrie 2012.

La iunie 1942, Papa Pius XII-lea a înființat "*Instituto per Opere di Religione*" – Banca Vaticanului. Aceasta își avea originile din "*Commissione ad pias causas înființată*" de Papa Leon al XIII-lea⁸. Instituția este condusă de un oficial care raportează direct către un comitet al cardinalilor, și și în ultimă instanță, către papa (sau către Camerlengo-ul Sfintei Biserici Romane pe durata "*sede vacante*").

Deoarece activele institutului nu sunt considerate proprietatea Sfântului Scaun, acesta nu este supravegheat de către Prefectura pentru Afaceri Economice ale Sfântului Scaun. În *Pontificio Annuario* este listat, dar nu sub Sfântul Scaun sau Cetatea Vaticanului, ci în paginile cu institutele religioase⁹, culturale¹⁰ și fundațiile de caritate¹¹. Codul de identificare bancară a Institutului pentru lucrări ale Religiei este IORPVAVX.

În conformitate cu statutul său actual, care a intrat în vigoare în 1990, *Instituto per Opere di Religione* este condus de un consiliu de supraveghere și de către o comisie de supraveghere alcătuită din cardinali.

6. Concluzii

Prin prezentul demers științific s-au punctat evenimentele cruciale, dintr-o perspectivă istorico-juridică asupra domeniului financiar și monetar, ale Statului Cetății Vaticanului și Uniunii Europene, pornind de la definirea Statului Cetății Vaticanului, potrivit articolului 3 al Tratatului de la Laterano, semnat la 11 februarie 1929.

¹ JO L 9, 14.1.2009, p. 52.

² JO C 318, 13.11.2001, p. 3.

³ JO L 78, 25.3.2003, p. 20

⁴ JO L 78, 25.3.2003, p. 16.

⁵ La data semnării deciziei, președintele în exercițiu al Comisiei era José Manuel Barroso.

⁶ JO L 339, 22.12.2010, p. 1.

⁷ JO L 267, 9.10.2010, p. 1.

⁸ *Annuario Pontificio* 2012, Città del Vaticano, p. 1908.

⁹ *Ibidem*, pp. 1387-1720.

¹⁰ *Ibidem*, 2012, pp. 1721-1795.

¹¹ *Ibidem*, 2012, pp. 1796-1803.

Au fost evidențiate momentele cheie plasate în context, mergând direct la sursele juridice, la textul tratatelor, al acordurilor publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene sau la alte instrumente juridice relevante.

Ca rezultat, prin demersul juridic s-a reușit asamblarea informațiilor, unitar și sistematic, urmărind și o logică diacronică.

Cercetarea vine în întâmpinarea celor care doresc să deschidă, să cunoască și să pătrundă într-o relație interesantă, atipică, între cele două subiecte de drept internațional, Statul Cetății Vaticanului și Uniunea Europeană.

Dorind a mă specializa în cercetarea Statului Cetății Vaticanului și a Uniunii Europene, voi aprofunda interferențele între cele două entități deoarece în contemporaneitate nu se poate ignora prezența și importanța creștinismului, reprezentat politic de Sfântul Scaun, Statul Cetății Vaticanului, ca factor de echilibru și promotor al păcii și moralității internaționale.

Bibliografie

Cursuri, tratate, monografii:

1. NĂSTASE, Adrian; AURESCU Bogdan; JURA Cristian, *Drept internațional – Sinteze pentru examen, Ediția 5, revăzută și adăugită*, Editura C. H. Beck, București, 2009;
2. PEYREFITTE, Roger; *Knights of Malta*, traducere din franceză în engleză de Edward Hyams. Secker & Warburg, Londra, 1960.

Legislație:

3. Regulamentul (CE) nr. 1103/97 al Consiliului, JO L 162, 19.6.1997.
4. Regulamentul (CE) nr. 974/98 al Consiliului, JO L 139, 11.5.1998.
5. Regulamentul (CE) nr. 975/98, JO L 139, 11.5.1998
6. Regulamentul (CE) nr. 423/1999 din 22 februarie 1999, JO L 54, 27.2.1999
7. Regulamentul (CE) nr. 1338/2001 al Consiliului din 28 iunie 2001, JO L 181, 4.7.2001
8. Regulamentul (CE) nr. 2182/2004 al Consiliului din 6 decembrie 2004, JO L 373, 21.12.2004
9. Regulamentul (CE) nr. 1889/2005 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 octombrie 2005, JO L 309, 25.11.2005
10. Regulamentul (CE) nr. 1781/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 15 noiembrie 2006, JO L 345, 8. 12.2006
11. Regulamentul (CE) nr. 44/2009 al Consiliului din 18 decembrie 2008, JO L 17, 22.1.2009
12. Regulamentul (CE) nr. 974/98 al Consiliului din 3 mai 1998, JO C 28, 4.2.2010
13. Regulamentul (UE) nr. 1210/2010 al Parlamentului European și al Consiliului din 15 decembrie 2010, JO L 339, 22.12.2010
14. Decizia Consiliului 1999/98/EC publicată în JO L 30, 4.2.1999
15. Decizia Consiliului 1999/C 149/02 din 29 aprilie 1999, JO C 149, 28.5.1999
16. Decizia Consiliului 2001/887/JAI din 6 decembrie 2001, JO L 329, 13.12.2001
17. Decizia Consiliului 2001/923/CE în 17 decembrie 2001, JO L 339, 21.12.2001
18. Decizia Consiliului din 7 octombrie 2003, JO L 267, 17.10.2003
19. Decizia Consiliului 2006/75/CE din 30 ianuarie 2006, JO L 36, 8.2.2006
20. Decizia Consiliului 2006/849/CE din 20 noiembrie 2006, JO L 330, 28.11.2006
21. Decizia-cadru 2000/383/JAI a Consiliului din 29 mai 2000, JO L 140, 14.6.2000
22. Decizia-cadru 2001/500/JAI a Consiliului din 26 iunie 2001, JO L 182, 5.7.2001
23. Decizia-cadru 2001/888/JAI a Consiliului din 6 decembrie 2001, JO L 329, 14. 12.2001
24. Deciziei-cadru 2000/383/JAI, 91 JO L 329, 14.12.2001
25. Decizia-cadru 2001/413 din 28 mai 2001, JO L 149, 2.6.2001
26. Directiva 2006/70/CE a Comisiei din 1 august 2006, JO L 214, 4.8.2006

27. Directiva 2005/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 octombrie 2005, JO L 309, 25.11.2005
28. Directiva 2008/20/ CE a Parlamentul European și Consiliului din 11 martie 2008, JO L 76, 19.3.2008
29. Acordul Monetar 2001/C 299/01, J O C 299, 25.10.2001
30. Comunicarea 2001/C 318/03 a Comisiei din 22 octombrie 2001 JO C 318, 13.11.2001
31. Orientarea BCE/2003/5 a Băncii Centrale Europene din 20 martie 2003, JO L 78, 25.3.2003
32. Decizia BCE/2003/4 a Băncii Centrale Europene din 20 martie 2003 JO L 78, 25.3.2003
33. Recomandarea 2009/23/CE a Comisiei din 19 decembrie 2008 JO L 9, 14.1.2009
34. Decizia BCE/2010 a Băncii Centrale Europene din 16 septembrie 2010 JO L 267, 9.10.2010
35. Decizia de actualizare a anexei la, adoptată la 17 decembrie 2009, JO L 174, 4.7.2012,

Acte juridice dintre Statul Cetății Vaticanului și Italia

36. Disegno di legge presentato dal Ministro degli affair esteri Colombo, di concerto col Ministro del Tesoro Barucci, comunicato alla presidenza il 2 dicembre 1992, Tipografia del Senato (1750), N. 824. *Convenzione monetaria tra la Repubblica Italiana e lo Stato della Città del Vaticano*, publicat ulterior în Jurnalul Oficial al Republicii Italiene nr. 43 din 22 februarie 1994.

Anuare

37. Anuario Pontificio 2012, Città del Vaticano

Studii și itemi web

38. **DRĂGAN Gabriela** în *Uniunea Europeană între federalism și interguvernamentalism – Politici comune ale UE* (<http://www.biblioteca-digitala.ase.ro/biblioteca/carte2.asp?id=453&idb>)
39. <http://www.vipnet.ro/albina/roman.html>

IMUNITATEA PREȘEDINTELUI – UN CONCEPT DESUET?

Ina-Cristina ILIE¹
Alina GUTĂ²

Abstract

În prezentul articol ne-am propus să analizăm conceptul de imunitate. Tema pe care o propunem spre analiză va avea în vedere atât prezentarea legislației, a doctrinei dar și o redare a actualelor tendințe pe plan internațional cu privire la subiectul analizat. Studiul se va axa pe prezentarea situației răspunderii șefului statului din România însă, pentru prezentarea concluziilor ca urmare a acestei cercetări, am avut în vedere și țări precum Franța etc.

Cuvinte cheie: Constituție, Președintele țării, răspundere juridică, Înaltă Trădare, procedura de destituire.

1. Introducere

Președintele României reprezintă statul român și este garantul independenței naționale, al unității și al integrității teritoriale a țării. Președintele României veghează la respectarea Constituției și la bună funcționare a autorităților publice. În acest scop, Președintele exercită funcția de mediere între puterile statului, precum și între stat și societate. (Articolul 80 - Constituția României).

Președintele României are rolul de reprezenta statul român în relațiile internaționale; conform Constituției. Președintele este, de asemenea, comandantul forțelor armate și îndeplinește funcția de Președinte al Consiliului Suprem de Apărare a Țării.

În general, Președintele României nu răspunde juridic pe durata mandatului său. Ideea nu este însă clar exprimată în Constituție, ci rezultă indirect, din reglementarea expresă a situațiilor în care acesta poate fi obligat să răspundă.

Potrivit art. 95 din Constituție, atunci când Președintele comite fapte grave de încălcare a prevederilor acesteia, se poate propune de către cel puțin o treime din numărul deputaților și senatorilor suspendarea Președintelui din funcție.

După consultarea Curții Constituționale, se poate adopta propunerea de suspendare, prin votul majorității deputaților și senatorilor. În cazul adoptării propunerii de suspendare, în termen de 30 de zile se organizează un referendum pentru demiterea Președintelui.

De asemenea, Președintele României poate răspunde și penal atunci când comite infracțiunea de înaltă trădare.

Imunitatea³ Președintelui decurge din obligația acestuia de a fi imparțial și independent. Consacrarea constituțională a imunității sale se regăsește în articolul 84, alin (2), potrivit căruia: “Președintele României se bucură de imunitate. Prevederile articolului 72 alineatul (1) se aplică în mod corespunzător.”

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: iinacristina@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. dr. Elena Ștefan (e-mail: stefanelena@gmail.com).

² Student, Facultatea de Drept, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: alisita_alisita2000@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. dr. Elena Ștefan (e-mail: stefanelena@gmail.com).

³ A se vedea și Elena Emilia Ștefan, Manual de drept administrativ, partea I, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p.83

2. Conceptul de imunitate

Imunitatea Președintelui României presupune exonerarea de răspundere penală pentru faptele săvârșite și actele prin care acesta exercită atribuțiile prezidențiale. Trebuie subliniat că exonerarea se referă doar la acte și fapte compatibile cu rolul și funcțiile Președintelui.

Importanța funcției prezidențiale impune ca Președintele să se consacre întru totul, fără a mai fi legat de o altă funcție publică sau privată. Nu este vorba de prevenirea unui conflict de interese între funcția de Președinte și o anumită funcție publică sau privată, ci de faptul că Președintele României, fiind arbitru între puterile statului, precum și între stat și societate, trebuie să adopte o poziție pe deplin obiectivă față de toate părțile aflate în conflict¹. Constituția României consacră și măsuri de protecție de tip parlamentar pentru Președintele României. Astfel, potrivit articolului 84, alineatul (2) din Constituție, acesta se bucură de imunitate și nu răspunde juridic pentru opiniile politice exprimate în timpul și în legătură cu exercitarea mandatului său. Constituția face astfel trimitere expresă la regimul juridic al independenței opiniilor, aplicabil membrilor Parlamentului (articolul 72, alin (1).

Regulă generală instituită de Constituant este *IMUNITATEA*, care are caracter permanent. Excepția de la regulă generală a imunității o constituie instituția juridică a suspendării Președintelui României, potrivit articolului 95 din Constituție.

Președintele României nu poate fi reținut, arestat, percheziționat sau trimis în judecată penală pentru faptele săvârșite și acte prin care se materializează atribuțiile prezidențiale, care sunt compatibile cu rolul și funcțiile Președintelui. Dimpotrivă, încălcarea acestor prerogative ridică problema răspunderii șefului statului în funcție de natură și gravitatea faptelor ce i se impută².

Răspunderea Președintelui de stat. România

Atâta vreme cât Președintele României își exercită atribuțiile în scopul și în limitele prevăzute de Constituție, nu se pune problema răspunderii sale politice sau juridice. În aproape toate sistemele constituționale, ideea centrală cu privire la răspunderea șefului statului este aceea că el se bucură de imunitate și nu răspunde pentru actele săvârșite în exercitarea funcțiilor sale legale.

Sediul acestei materii este articolul 95- "Suspendarea din funcție" și articolul 96 "Punerea sub acuzare". Punerea sub acuzare a Președintelui de republică își are originea într-o instituție ce aparține dreptului constituțional englez, cu privire la miniștrii și anume procedura de impeachment³. Ulterior, impeachment-ul a fost reținut pentru a evoca răspunderea șefului de stat, într-un sistem republican.

Articolul 95 consacră sancțiunea suspendării și sancțiunea demiterii Președintelui prin Referendum.

Președintele nu poate fi tras la răspundere pentru declarații, inițiative sau alte operațiuni efectuate în exercitarea misiunilor prevăzute în articolul 80 și a prerogativelor recunoscute de Constituție în îndeplinirea acestor misiuni⁴.

Răspunderea politică, echivalentă ca terminologie cu răspunderea administrativ-disciplinara consacrată de articolul 95 din Constituție, apare ca o excepție de la această regulă.

Articolul 96 din Constituție reglementează răspunderea penală pentru fapte deosebit de grave sub aspect politic ce pot dobândi și o semnificație penală. Pentru actele sale administrative, Președintele, în baza articolului 21 coroborat cu articolul 52 din Constituție, poate fi tras și la răspunderea administrativ-patrimonială, ca orice autoritate a administrației publice, în condițiile dreptului comun al contenciosului administrativ. În condițiile dreptului comun, Președintele, poate răspunde ca orice cetățean, pentru orice fapte care nu au o nici o legătură cu misiunile și prerogativele funcției sale.

1 Cristian Ionescu, *Tratat de drept constituțional*, Ed. C.H. Beck, Bucuresti, 2008, p. 830

2 Ioan Alexandru, *Drept administrativ*, Ed. Lumina Lex, Bucuresti 2005, p. 185 - 186

3 Marta Claudia Cliza, *Drept administrativ*, partea 1, Editura Pro Universitaria, Bucuresti, 2010, p. 108

4 Marta Claudia Cliza, *Drept administrativ*, partea 1, Editura Pro Universitaria, Bucuresti, 2010, p. 108

Răspunderea politică mai poate fi denumită și răspundere administrativ disciplinară. Acest tip de răspundere este legată de inițiativa parlamentară, de poziția autorității ce exercită jurisdicția constituțională și în final de votul poporului.¹

Răspunderea politică a Președintelui României **are o natură complexă**, juridică și politică în egală măsură, cea juridică îmbrăcând forma suspendării din funcție, care implică Parlamentul în calitatea sa de organ suprem reprezentativ și cea politică implicând în primul rând poporul, ca titular al dreptului fundamental de a-l alege pe șeful statului și de a-l demite atunci când el nu mai justifică încrederea cu care a fost investit de electorat.

Această formă de răspundere intervine atunci când Președintele **a săvârșit fapte grave** prin care încalcă prevederile *Constituției*.

„Măsurile de protecție sunt imunitatea, care privește orice formă derăspundere juridică, cu excepția demiterii de către corpul electoral, potrivit art. 95 alin. (3), sau de către Înalta Curte de Casație și Justiție, potrivit art. 96 alin. (4), precum și imunitatea parlamentară, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 429/2003² de revizuire a Constituției.”³

Problema răspunderii intervine atunci când actele politice sau actele juridice, ori alte măsuri ale Președintelui exced, depășesc abilitările sale constituționale, fiind atrasă răspunderea politică sau răspunderea juridică, după caz.

3.1. Procedura răspunderii politice a Președintelui României:

Potrivit legislației în vigoare și aici ne referim la Constituția României, procedura tragerii la răspundere politică a șefului statului presupune parcurgerea mai multor etape, astfel cum le vom prezenta în cele ce urmează.

1. Procedura de tragere la răspundere pentru fapte grave prin care Președintele încalcă prevederile Constituției, se declanșează de cel puțin 1/3 din numărul deputaților și senatorilor ceea ce înseamnă, potrivit Constituției propunerea de suspendare. Deoarece se estimează că este vorba de fapte grave prin care Președintele a încălcat prevederile Constituției, această propunere trebuie să fie temeinic motivată;

2. Lista cu parlamentari se depune la secretarul general al Camerei, iar data depunerii marchează, oficial, declanșarea procedurii de punere sub acuzare a Președintelui în vederea suspendării. Secretarul General va comunica Președintelui o copie a listei și motivele sesizării. Determinarea Camerei la care se integrează oficial propunerea de suspendare se face după ponderea pe care o au pe listă deputații și senatorii;

3. Sesizarea Curții Constituționale în vederea emiterii avizului consultativ: după primirea avizului Curții Constituționale se poate trece la discutarea propunerii de suspendare, conținutul avizului fiind un criteriu substanțial de referință. Președintele trebuie să fie informat cu privire la conținutul avizului consultativ și poate să ofere explicații în fața Curții Constituționale. Textul Constituției lăsa la latitudinea Președintelui prezența în fața Parlamentului, nestabilindu-i o obligație în acest sens;

4. Propunerea de suspendare dezbătută de Parlament se face după procedură stabilită prin Regulamentul ședințelor comune, iar în favoarea propunerii de suspendare trebuie să voteze majoritatea deputaților și senatorilor;

5. Referendumul pentru demiterea Președintelui se organizează în cel mult 30 de zile de la votul Parlamentului și obligația de organizare revine Guvernului. Dacă poporul la Referendum a

¹ **Marta Claudia Cliza**, Drept administrativ, partea 1, Editura Pro Universitaria, București, 2010, p. 109.

² Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 758 din 29 octombrie 2003.

³ **Mihai Constantinescu**, Antonie Iorgovan, Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, Constituția României revizuită-comentarii și explicații, Editura All Beck, București, 2004, p. 144.

votat pentru demiterea Președintelui, atunci intervine vacanța funcției, iar în termen de 3 luni Guvernul va organiza alegeri prezidențiale.¹

Demiterea din funcție a Președintelui României este sancțiunea politică cea mai severă, care are drept consecință pierderea funcției.

Referendumul reprezintă forma juridică primară de manifestare a suveranității naționale, el evocă democrația directă, iar în cazul art 95 va apărea și ca un mijloc de soluționare a conflictului politic dintre Parlament și Președinție, ambele fiind autorități legitimate de votul popular.²

3.2. Răspunderea penală a Președintelui României (articolul 96 din Constituție)

Președintele se bucură de imunitate, legiuitorul reducând ideea răspunderii penale la ideea punerii sub acuzare pentru înaltă trădare. Conceptul de înaltă trădare este un concept al dreptului constituțional și al dreptului administrativ, dar el are și o semnificație și în dreptul penal. Sintagma “înaltă trădare” depășește sfera strictă a conceptelor juridice, având mai ales o semnificație politică, putând fi definite ca cea mai gravă încălcare a jurământului și intereselor poporului și țării, în exercițiul atribuțiilor prezidențiale.

Un alt autor este de părere că fapta de înaltă trădare nu este o infracțiune care să țină în exclusivitate de ilicitul penal. Este și motivul pentru care ea nu este definită numai ca infracțiune ci pur și simplu ca “faptă” care este apreciată pe planul consecințelor juridice de către Parchetul General și Înalta Curte de Casație și Justiție, ca autorități ale puterii judecătorești.

Constituția utilizând sintagma “înaltă trădare”, putem spune că ea a conceput-o ca o infracțiune foarte apropiată de cea sancționată de Codul penal ca “trădare”. Cazul de înaltă trădare nu este calificat de Codul penal, rolul de a stabili existent unei astfel de situații revenind instanței competente să îl judece, competență extrem de greu de pus în aplicare, nu doar datorită lipsei unui precedent, dar și datorită caracterului ei imprecis.³

Așadar, tragerea la răspundere penală a Președintelui comportă două faze: faza politică și faza judiciară care conține trei etape:

- Trimitere în judecată de către Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție;
- Judecata în fond a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Secția penală;
- Judecata în recurs, în Secțiunile Unite ale Înaltei Curți de Casație și Justiție.

I. Etapa politică

Propunerea de punere sub acuzare, având ca obiect fapta de înaltă trădare, poate fi inițiată de majoritatea deputaților și senatorilor și se aduce, neîntârziat, la cunoștință Președintelui României pentru a putea da explicații cu privire la faptele care i se impută. Președintele poate veni la Parlament pentru a-și formula apărarea pe care o consideră necesară la acuzația care i se aduce. Hotărârea de punere sub acuzare se adoptă în ședință comună a celor două Camere cu un vot calificat de 2/3 din totalul parlamentarilor, iar sub aspect strict juridic ea are semnificația sesizării autorității judecătorești competente pentru începerea urmăririi penale. O dată aprobată propunerea, se instalează interimatul funcției de Președinție, care presupune că prerogativele funcției vor fi îndeplinite temporar, fie de Președintele Senatului, fie de Președintele Camerei Deputaților, care la rândul lor răspund politic și juridic, conform art 95 și 97 din Constituție.

Suspendarea din funcție a Președintelui nu este altceva, în acest caz, decât o procedură prealabilă, obligatorie, care presupune aducerea la cunoștință a faptelor grave prin care s-au încălcat prevederile constituționale de către acesta. Demiterea, propriu zisă, ca sancțiune politică și juridică, are loc numai dacă Parlamentul, prin hotărârea sa, organizează un Referendum național, în condițiile

1 Elena Emilia Stefan, *Manual de drept administrativ, Caiet de seminar, Partea I*, Ed. Universul Juridic, București, p 85

2 A. Iorgovan, op. cit., p. 334

3 C. Ionescu, op. cit., p. 497

prevăzute de Legea nr 3/2000, iar propunerea întrunește votul majorității cetățenilor înscrși pe listele electorale (art 10 din Legea nr 3/2000).

Măsura demiterii din funcție a Președintelui României intră în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, a hotărârii Curții Constituționale de confirmare a rezultatelor referendumului național (art 45, alin 2 din Legea nr 3/2000).

II. Etapa judiciară:

Parchetul General de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție este autoritatea care va realiza urmărirea penală și-l va pune pe Președinte sub acuzare prin rechizitoriu, pentru săvârșirea unei sau mai multor infracțiuni prevăzute de legislația penală specială. Există posibilitatea ca Parchetul General să ajungă la concluzia că acuzația de înaltă trădare nu se poate concretiza, ceea ce are ca efect scoaterea Președintelui de sub urmărire penală.

Numai după ce hotărârea Înaltei Curți de Casație și Justiție a rămas definitivă se poate spune că acuzația de înaltă trădare a avut temei, Președintele fiind demis cu aceeași dată, intervenind vacanța funcției și organizarea de noi alegeri prezidențiale în termen de 3 luni.¹

Judecătorii pot decide fie achitarea Președintelui, fie condamnarea Președintelui. Orice parte nemulțumită de hotărârea condamnării poate face recurs.

4. Prezentare comparativă a procedurii răspunderii penale între Președintele Franței și Președintele României

Sub aspectul răspunderii penale, cazul detaliat de articolul 96 din Constituția României, intitulat “punerea sub acuzare”, în opinia noastră, la acest moment nu are aplicabilitate practică.

Articolul 96 din Constituție prevede că:

- Alineatul (1) “Camera Deputaților și Senatul, în ședința comună, cu votul a cel puțin două treimi din numărul deputaților și senatorilor, pot hotărî punerea sub acuzare a Președintelui României pentru înaltă trădare”.

- Alineatul (2) “Propunerea de punere sub acuzare poate fi inițiată de majoritatea deputaților și senatorilor și se aduce, neîntârziat, la cunoștința Președintelui României pentru a putea da explicații cu privire la faptele ce i se împută”;

- Alineatul (3) “De la data punerii sub acuzare și până la data demiterii Președintele este suspendat de drept”.

- Alineatul (4) “Competența de judecată aparține Înaltei Curți de Casație și Justiție. Președintele este demis de drept la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare”.

Nu există precedent în țara noastră în ceea ce privește această formă de răspundere a Președintelui țării, mai ales că în Codul Penal nu există infracțiunea de “înalță trădare”.

Potrivit Constituției, “înalță trădare” este o faptă care nu are conotații penale, iar pentru declanșarea procedurii acolo descrise, parlamentarii trebuie să califice politic fapta Președintelui drept “fapta de înaltă trădare”, moment care semnifică punerea sub acuzare. La acest moment, Înalta Curte de Casație și Justiție, cea care este competența să îl judece pe Președintele țării nu poate aprecia ce fel de infracțiune a comis acesta deoarece în legislația penală nu avem corespondent pentru asemenea faptă, existând doar infracțiunea de “trădare”, care semnifică altceva, are alt conținut.

Legiuitorul constituant roman reduce raspunderea penală a Președintelui României la „punerea sub acuzare pentru înalta tradare”, care constituie o faptă deosebit de gravă.

Însă, în prezent, proiectul de **Nou Cod penal**² propune în articolul 398 intitulat “înalță trădare” incriminarea faptelor prevăzute la articolul 394 – 397: “trădarea prin transmiterea de informații secrete de stat, trădarea prin ajutarea inamicului, acțiuni împotriva ordinii constituționale,

1. **Elena Emilia Stefan**, *Manual de drept administrativ, Caiet de seminar, Partea I*, Universul Juridic, 2011, p.

săvârșite de Președintele țării sau un alt membru al CSAT și pedepsite cu detențiunea pe viață sau închisoare de la 15 – 25 ani și interzicerea unor drepturi”.

În primul rând, ca oricare alt cetățean roman, Președintele are o răspundere patrimonială, administrativă sau penală de drept comun, în raport cu natura faptei pe care a săvârșit-o, atunci când aceasta nu are legătura cu funcția pe care o exercită.

Ca de exemplu, el poate fi sancționat contravențional pentru o convenție săvârșită ca simplu cetățean, ori poate fi obligat la plata unor despăgubiri civile pentru prejudiciul cauzat altei persoane, după cum el poate fi sancționat pentru o infracțiune care nu are legătura cu exercitarea funcției.

În al doilea rând, sub aspectul faptelor săvârșite în exercitarea funcției.

Acuzarea poate fi întemeiată numai pentru „înlaltă trădare”, care, tradițional, în constituțiile democratice, se exprimă prin această sintagmă. Astfel, Parlamentul nu îndeplinește o funcție jurisdicțională, iar Înalta Curte de Casație și Justiție va putea stabili calificarea juridică în funcție de infracțiunile cele mai grave prevăzute de Codul penal.

De drept, hotărârea de condamnare are ca efect demiterea Președintelui. Este singurul caz în care Președintele României, deși ales de corpul electoral, este demis de autoritatea supremă a jurisdicțiilor naționale, deci de puterea judecătorească”

Din punctul nostru de vedere nu se rezolvă problema semnalată de noi, a imposibilității aplicării cazului de răspundere penală Președintelui țării, deoarece textele propuse în Noul Cod penal nu detaliază conținutul infracțiunii de „înlaltă trădare” comise de Președintele țării.

În Franța, prin revizuirea Constituției care a avut loc pe 23.02.2007, cu privire la statutul Președintelui Republicii, s-a introdus procedura de destituire a acestuia de către Parlament, într-o nouă abordare.

Este vorba de fapt, de “înlocuirea cazului de înlaltă trădare” prevăzut anterior de către Constituție cu “procedura de destituire”.

Revizuirea constituțională din 23 februarie 2007 a clarificat statutul de Președinte al Republicii și responsabilitățile sale penale, civile și administrative. Astfel, președintele "nu este responsabil pentru actele ca atare" (articolul 67). Aceasta iresponsabilitate este absolută și permanentă: ea este valabilă atât în dreptul politic, penal, civil și administrativ, și nici o acțiune nu poate fi luată împotriva șefului statului pentru actele efectuate în calitate de președinte, chiar și după sfârșitul mandatului său.

Aceasta iresponsabilitate are două excepții: șeful statului poate fi acționat în justiție la Curtea Penală Internațională pentru crime împotriva umanității, sau supus la procedurile de suspendare ", cu încălcarea îndatoririlor sale vădit incompatibile cu exercitarea mandatului său " (articolul 68).

Pentru actele de șef de stat care nu aparțin exercitării atribuțiilor prezidențiale, Președintele nu poate intenta o procedură judiciară sau administrativă pentru durata mandatului său. Ea are un "sabotaj", inclusiv parlamentarilor care au fost anterior disponibili (articolul 26). Această inviolabilitate este completă, deoarece acoperă, de asemenea răspunderea penală, civilă și administrativă. Dar aceasta este temporară, deoarece aceasta expiră la o lună după încheierea mandatului prezidențial. Drepturile de terțe persoane, cu toate acestea, sunt conservate prin suspendarea termenului de prescripție și de blocare a pieței.

Reforma din 2007 a aprobat propunerile Comisiei, stabilite de președintele Chirac 03 iulie 2002, acuzat de a reflecta asupra răspunderii penale a statutului de șef al statului. Acest comitet, prezidat de Pierre Avril, a sugerat să confirme "imunitate temporară" șefului de stat pentru exercitarea funcțiilor sale, și anume suspendarea urmăririi penale și acte de informare dar, de asemenea, să introducă punerea sub acuzare acum consfințită în Constituție.

Ea a luat, de asemenea, abordarea adoptată de către Curtea de Casație, în hotărârea sa din 10 octombrie 2001, care a stabilit că președintele se bucură de o imunitate temporară până la sfârșitul mandatului său implicând și suspendarea urmăririi penale.

Există, așadar, astăzi, în cadrul mandatului său, și a stabilit deoparte ipoteza "încălcarea îndatoririlor sale vădit incompatibile cu exercitarea mandatului său", a cărui definiție nu a fost specificată, Președintele este din punct de vedere politic și penal iresponsabil.

O alta diferență, de data aceasta terminologică între cei doi șefi de stat comparați, constă în aceea că, spre deosebire de Constituția României unde se consacra expres titulatura: « Președintele României », în cazul Franței, se folosește noțiunea de: « președintele republicii ».

Concluzii

În prezentul studiu ne-am propus să analizăm conceptul de imunitate raportat la persoana Președintelui de stat. Așa cum am afirmat la începutul acestui studiu, am procedat la prezentarea prevederilor legale ale acestei situații juridice și apoi am trecut la analiza concretă a doi șefi de stat.

Pe baza celor prezentate de noi mai sus, a reieșit că imunitatea este un concept viu, de mare actualitate, nicidecum un concept desuet.

Nici o persoană nu este mai presus de lege, prin urmare chiar și Președintele de stat poate fi tras la răspundere juridică, iar răspunderea penală este cea mai gravă situație în care se poate afla asemenea șef de stat.

Dincolo de aceste soluții punctuale, se poate observa că menținerea intactă a actualului regim constituțional de la articolele 95 și 96 creează premise duble a unui blocaj constituțional și a unei tensiuni între votul referendar și idea modernă de reprezentare. Efectul ultim este, incontestabil, fragilizarea democrației constituționale. În plus, se poate menționa faptul că, în reglementarea actuală, articolul 95 nu are corespondent în nici un text constituțional al unei națiuni membră a Uniunii Europene. Din acest punct de vedere, eliminarea lui apare ca o formă de europenizare constituțională.

Modalitatea de suspendare a Președintelui diferă de la stat la stat. Majoritatea țărilor prevăd ca primul om în stat să poată fi demis în urma votului parlamentarilor fără a mai fi organizat un referendum, cum este cazul României.

În opinia noastră este mai viabilă procedura de destituire a Președintelui în Franța decât răspunderea penală a Președintelui în România deoarece dacă s-a hotărât ca acesta se face vinovat de înaltă trădare, el trebuie demis imediat, pentru că are în cunoștință de ceea ce se poate întâmpla în cazul în care va trăda țara pentru care a depus jurământ, că va face tot ce îi stă în putere de a o apăra și de a aduce doar beneficii națiunii.

Bibliografie.

- **Marta Claudia Cliza**, "Drept administrativ, Partea I", Ed. Universul Juridic, București.
- **Elena Emilia Ștefan**, "Manual de drept administrativ, Caiet de seminar, Partea I", Ed. Universul Juridic, București, 2011.
- **Dana Apostol Tofan**, "Instituții administrative europene", Ed. C.H. Beck, București,
- **Cristian Ionescu**, "Tratat de drept constituțional", Ed. C.H. Beck, București,
- **Ioan Alexandru**, "Drept administrativ", Ed. Lumina Lex, București,
- Noul Cod penal
- Constituția României
- Constituția Franței
- **Mihai Constantinescu**, **Antonie Iorgovan**, **Ioan Muraru**, **Elena Simina Tănăsescu**, Constituția României revizuită-comentarii și explicații, Editura All Beck, București, 2004
- **Elena Emilia Ștefan**, Manual de drept administrativ, partea I, Ed. Universul Juridic, București, 2011.

Surse web consultate:

- www.assemblee.nationale.fr
- www.vie-publique.fr
- www.presidency.ro

EVAZIUNEA FISCALĂ

Adriana CAPROȘ¹

Abstract

Citându-l pe Franklin D. Roosevelt, „impozitele , până la urmă, sunt cotizatiile pe care le plătim pentru privilegiul de a fi membrii unei societăți organizate.”. Evaziunea fiscală constă în sustragerea de la plata acestor impozite, este un fenomen îngrijorător al societății secolului XXI și ne determina să ne punem întrebarea „In ce societate ne dorim să trăim? In una haotică, sau una organizată?”. Conceptul de evaziune fiscală îmbracă 2 forme: legală și nelegală. In sistemul juridic, termenii „sustragere” și „legal” formează un paradox, de aceea evaziunea fiscală legală a fost denumită și „optimizare legală”. Dat fiind că evaziunea fiscală reprezintă un pericol social, este reglementată ca o infracțiune în legea 241/2005 privind prevenirea și combaterea evaziunii fiscale.

Cuvinte cheie: evaziune, fraudă, legal, infracțiune, sancțiune, combatere.

1.Introducere

Dată fiind definiția dreptului financiar, și anume: reglementarea relațiilor financiare potrivit necesităților, conținutului și cuprinsului fondurilor publice, încadrăm dreptul financiar în una din ramurile dreptului public. Invățăm cum este constituit fondul monetar, cum este administrat în favoarea interesului general. Raporturile juridice financiare se formează când un subiect este statul sau organizațiile publice și celălalt persoane particulare. Aceste raporturi privesc prerogativele și obligațiile subiectelor de drept public.

Evaziunea fiscală a fost una din principalele preocupări ale juriștilor români de la începutul secolului. Având în vedere numeroasele lucrări scrise în acea perioadă, conceptului de evaziune fiscală i s-a dat mai multe definiții. In prezent, cea mai elocventă și de asemenea susținută de dicționarul explicativ al limbii române, evaziunea fiscală reprezintă sustragerea de la plata obligațiilor fiscale. Din cauză că acest fenomen a luat amploare, apariția Legii nr. 87/1994 privind măsuri de combatere a evaziunii fiscale a constituit o necesitate. Obiectivul vizat în această cercetare este educația fiscală. Consider că populația, contribuabilii nu au suficiente cunoștințe referitoare la domeniul fiscal. Prezenta lucrare este compusă din 3 capitole. Primul capitol reliefează dispozițiile Legii nr. 87/1994, prima lege privind combaterea evaziunii fiscale pentru a se putea face apoi diferența cu capitolul 3 care conține atât dispozițiile prezentei legi și anume Legea nr. 241/2005 privind prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, cât și cauzele modalitățile de evitare a impozitului și de măsurare a evaziunii. Capitolul 2 prezintă paradisul fiscal și centrele offshore, astfel încât se evidențiază forma legală a evaziunii fiscale și anume optimizarea fiscală.

Conținutul propriu-zis al lucrării:

I. Legea nr. 87/1994

1. Legea penală

- Evaziune fiscală. Aplicarea legii penale mai favorabile

Potrivit art. 13, alin. 1 se aplică legea favorabilă inculpatului atunci când din momentul savârșirii infracțiunii până la pronunțarea hotărârii definitive intervin mai multe legi penale. Dacă noua lege presupune majorarea sancțiunilor, nu se pune problema dezincriminării, astfel încât

¹ Student, Universitatea Nicolae Titulescu, Facultatea de Drept, e-mail: adriana.capros@yahoo.com. Acest studio a fost coordonat de catre prof. univ. dr Viorel Ros, e-mail: viorelros@asdpi.ro

instanța de recurs trebuie să mențină pedeapsa stabilită de instanța de fond, să aplice dispozițiile art. 13 C. Pen. În urma modificării Legii 87/1994 prin Legea 161/2003, art. 13. a fost abrogat, fiind preluat în art. 11, alin (1) al Legii republicate 545/2003. În urma abrogării acestei legi prin Legea 241/2005, prevederile art. 11 se regăsesc în mare parte în art. 9, alin (1) din noua lege. Sub aspectul încadrării juridice, față de momentul epuizării infracțiunii, legea penală în cauză este mai favorabilă decât cea ulterioară momentului săvârșirii infracțiunii.

Potrivit art. 10 din Legea 241/2005 privind prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, dacă prejudiciul cauzat prin infracțiunea de evaziune fiscală este de până la 50 000 de euro, în echivalentul monedei naționale, acoperirea integrală a pagubei înlătură răspunderea penală și duce la aplicarea unei sancțiuni administrative. Chiar dacă legea cere ca acoperirea pagubei să se facă în cursul urmăririi penale sau al judecării până la primul termen de judecată, legea nouă îi este favorabilă inculpatului și dacă a achitat suma până la primul termen fixat după intrarea în vigoare a legii, chiar dacă este în recurs.

- Calitatea de contribuabil.

Prin contribuabil înțelegem persoana fizică sau juridică obligată prin lege la plata taxelor și impozitelor.

Infracțiunea de evaziune fiscală atunci când inculpatul săvârșește fapta în calitate de contribuabil, sustrângându-se de la plata taxelor și impozitelor, nedeclarând veniturile impozabile.

- Infracțiunea prevăzută de art. 10. din Legea nr. 87/1994

În baza art. 10 din legea 87/1994, constituie infracțiune întocmirea incompleta sau necorespunzătoare de documente primare sau de evidență contabilă ori acceptarea unor astfel de documente, cu scopul de a împiedica verificările financiar-contabile pentru identificarea cazurilor de evaziune fiscală, iar potrivit art. 1 din aceeași lege, evaziunea fiscală constă în sustragerea de la plata impozitelor, taxelor și a altor sume datorate bugetului de stat sau bugetelor extrabugetare de către contribuabili. Dacă subiectul activ nu are calitatea de contribuabil, nu sunt întrunite elemente constitutive ale infracțiunii prevăzute de art. 10 din Legea nr. 98/1994.

În cazul în care persoana juridică în calitate de contribuabil realizează un venit ilicit de aproape 2 000 000 de lei, suma pe care nu a evidențiat-o în contabilitate și, deci, s-a sustras de la îndeplinirea obligațiilor fiscale, atunci se realizează simultan elemente constitutive ale infracțiunii potrivit art. 11, 12, 13, 14 din Legea nr. 87/1994. De asemenea, nedeclararea veniturilor provenite din concesiunea unui spațiu comercial sau a unui imobil constituie infracțiune.

Distincția dintre art. 12 și art. 13 din Legea nr. 87/1994 se face în baza încadrării juridice. Art. 12 face referire la nedeclararea veniturilor impozabile, ascunderea sumei impozabile, pe când art. 13 se referă la declararea veniturilor impozabile, dar neînregistrarea lor în actele contabile.

- Continuitatea și unicitatea infracțiunii de evaziune fiscală

Dacă se săvârșesc două infracțiuni într-un interval scurt de timp, se consideră a fi doar una singură. Spre exemplu, dacă în interval de 10 zile se realizează vânzarea unui produs către două persoane diferite și prețul încasat este înregistrat în acte la o valoare sub cea reală se aplică sancțiunea pentru o singură infracțiune.

Dacă neplata taxelor și a impozitelor se realizează prin două operațiuni distincte și în momentul producerii pagubei, atunci evaziunea fiscală capătă un caracter unic și vor fi aplicabile sancțiunile pentru două infracțiuni săvârșite.

Conținutul infracțiunii de evaziune fiscală cuprinde și uzul de fals deoarece în anumite cazuri evaziunea fiscală constă în neînregistrarea veniturilor în acte contabile în scopul diminuării taxelor și impozitelor sau sustragerii de la obligațiile fiscale. Evaziunea fiscală este o infracțiune complexă, potrivit art. 13 din Legea nr. 87/1994 poate fi săvârșită în mai multe modalități, printre care omisiunea evidențierii în acte contabile a veniturilor, înregistrarea unor cheltuieli care nu au la bază operațiuni reale, etc.

II. Evaziunea fiscală și paradisul fiscal

Din definiția dată evaziunii fiscale se face mai greu distincția dintre penal și contravențional, dar mai ales dintre licit și ilicit. Este un fenomen național și internațional, este o noțiune greu de explicat având în vedere faptul că nu există o definiție legală a fraudei fiscale. Această imprecizie provine de la clasificarea evaziunii, și anume legală și nelegală. Termenul de „evaziune” implică termenul „sustragere”, ce duce la fraudă, la ilicit. Din cauza faptului că legiuitorul a alăturat 2 termeni cu conotație total opusă, evaziunea fiscală legală a căpătat denumirea de *optimizare fiscală*. Aceasta reprezintă posibilitatea contribuabililor de a plăti impozite mai mici în mod legal și de a nu se sustrage de la obligațiile fiscale.

Spre exemplu, „un contribuabil care realizează venituri în cuantum de 100 000 lei/an și cu cheltuieli aferente în cuantum de 20 000 lei/an, în măsura în care îndeplinește condițiile stabilite de art. 112 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, va opta pentru plata impozitului pe veniturile microîntreprinderilor, reglementat de Titlul IV din Codul fiscal, și nu pentru plata impozitului pe profit, reglementat de Titlul II din Codul fiscal.

Impozitul pe profit se stabilește aplicând cota de impozit de 16%(prevăzută de art. 17 C. Fiscal) asupra profitului impozabil, ceea ce înseamnă că, în situația dată, impozitul pe profit va fi de 12.800lei. Impozitul pe veniturile microîntreprinderilor se stabilește aplicând cota de 3%(prevăzută de art. 112 C. Fiscal) asupra veniturilor impozabile, ceea ce înseamnă că impozitul pe venit va fi pe 3000 lei. (...). În această situație, contribuabilul poate opta pentru plata unui impozit mai mic, adică pentru plata impozitului pe veniturile microîntreprinderilor, iar această opțiune este una legală.”¹

O situație care ar putea fi încadrată în optimizarea fiscală este cea a paradisului fiscal, ce se caracterizează prin centrele offshore. Aceste centre oferă posibilitatea contribuabililor de a plăti impozitele limitate. Ei nu fac decât să-și exercite dreptul de a-și stabili sediul afacerii, aleg diminuarea impozitelor în condițiile prevăzute de lege. Paradisul fiscal este o practică constantă ce funcționează în temeiul principiului consacrat în Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului și în Codul Civil și anume că „ceea ce nu este interzis este permis”. Orice contribuabil poate transfera sediul societății în paradisurile fiscale nefiind sancționat.

Evaziunea fiscală este o stare a economiei direct proporțională cu taxele și impozitele. Punctul cel mai sensibil al contribuabililor este interesul bănesc. Atunci când li se pune în pericol acest interes prin majorarea taxelor și impozitelor, tind spre sustragerea de la obligațiile fiscale în unele cazuri, sau în altele, spre transferul în paradisul fiscal. În unele țări, paradisul fiscal este considerat un proces de investiție cu fiscalitate redusă.

Din punct de vedere psihologic, cei mai tentați în săvârșirea infracțiunii de evaziune fiscală sunt oamenii de afaceri care își doresc câștiguri din ce în ce mai mari și care în mod inconștient își focalizează întreaga atenție asupra banilor. În schimb, însă, un om de rând este obișnuit cu regula, de la care nu se abate.

Limita dintre evaziunea fiscală și optimizarea fiscală este foarte ușor de trecut. Cu ușurință, se poate trece de la o extremă la alta. Având în vedere că textul de lege și doctrina de specialitate de altfel, sunt ambigue, contribuabililor le crește riscul de a săvârși infracțiunea. De asemenea, majorarea taxelor, impozitelor au capacitatea de a împinge contribuabilii, mai ales pe cei cu multe obligații fiscale, să încerce să scape sau să minimizeze ceea ce au de plătit.

• Evaziunea fiscală în paradisul fiscal

Forma cea mai importantă și cunoscută de evaziune fiscală legală o reprezintă centrele offshore. Contribuabilii își mută afacerile de pe piețele de bază (onshore) din cauza taxelor foarte mari și reglementării severe a societăților pe o piață mai maleabilă din aceste puncte de vedere. Originile centrelor offshore au fost societățile cu răspundere limitată din Anglia ce au apărut încă din

¹ Instrumente juridice- Evaziunea fiscală- Comentarii și exemple practice”-Neculai Cârlescu, Editura C.H.Beck, București 2012

anii 1960-1970. Centrele offshore se caracterizează prin calitatea produselor comercializate, serviciile oferite, strategiile de marketing. Datorită prețurilor scăzute, aceste centre capătă o reputație mai bună decât piața de bază astfel încât poate lua naștere o competiție a taxelor. Așadar, societățile de pe piața de bază intră în faliment dacă încearcă să-și ofere serviciile la un pret mai scăzut, echivalent centrelor offshore deoarece profitul ar fi mic, iar taxele și impozitele pe profit nu ar fi direct proporționale. Elveția a fost un important factor în dezvoltarea paradisiului fiscal prin oferirea serviciilor bancare secrete evreilor acceptând depozite anonime.

Pentru unii contribuabili, centrele offshore reprezintă o porțiță pentru a fraudă legea și acesta este obiectivul lor principal. Inșă paradisiul fiscal ofera numeroase facilități de care contribuabilii pot beneficia astfel încât sunt opusul onshore-urilor în totalitate.

III. *Evaziunea fiscală și Legea nr. 241/2005 privind prevenirea și combaterea evaziunii fiscale*

Legea nr. 241/2005 adaugă noi termeni în definiția dată evaziunii fiscale de Legea nr. 87/1994, astfel încât, evaziunea fiscală face referire și la „operațiunile fictive”, acte înscrise care nu au la bază operațiuni reale.

• Cauzele evaziunii fiscale

Fiind un fenomen de o amploare considerabilă, cauzele infracționiste sunt numeroase. Contribuabilii predispuși la a săvârși infracțiunea de evaziune fiscală sunt influențați de factori, nu neaparat economici, care aparțin societății contemporane, dar și antice, având în vedere că evaziunea fiscală datează înca din Antichitate.

În primul rând, factorul economic, care include obligațiile fiscale, taxele și impozitele ce sunt într-o continuă expansiune determină mulți contribuabili să încerce să se sustragă de la plata lor. Este tendința omului de a plăti cât mai puțin, sau poate chiar deloc. Acest fapt se datorează și educației fiscale a contribuabililor. Pe durata acestei cercetări științifice, am adresat întrebări referitoare la paradisiul fiscal mai multor oameni de rând, administratori ai unei societăți comerciale, iar raspunsurile au fost foarte scurte. Unii au auzit de aceste centre offshore, însă nu au informații exacte referitoare la ele, nu știu în ce țări se practică și cum funcționează, iar alții nu au auzit deloc.

În al doilea rând, ambiguitatea legii referitoare la evaziunea fiscală, având în vedere că o lege privind combaterea evaziunii fiscale a intrat în vigoare după 4 ani după Legea societăților comerciale.

În al treilea rând, majorarea taxelor și impozitelor îi desemnează vinovați pentru fenomenul evazionist pe cei care le stabilesc. Evaziunea fiscală este o urmare, o consecință, dar și o oglindire a obligațiilor fiscale. O parte din contribuabili nu văd un interes în a le plăti, nu văd niciun beneficiu astfel încât prin diferite modalități, fraudează bugetul de stat.¹ Facem referire cu precădere la România, unde potrivit unui studiu al Serviciilor Române de Informații din 1994, evaziunea fiscală realizată ajunsese la 38% din PIB, contribuabilii plătesc impozitele pentru funcționarea statală și pentru dezvoltarea societății. Majoritatea nu văd această dezvoltare, nici economică, nici educativă, astfel încât o parte din majoritate sunt tentați să fraudeze statul.

În al patrulea rând, consider paradisiul fiscal o posibilă cauză a evaziunii fiscale. Având în vedere că centrele offshore funcționează sub o alta politică, unde impozitele sunt foarte mici, la fel și prețurile, centrele onshore pentru a rămâne pe piață tind să micșoreze prețurile. Inșă, pentru a-și oferi serviciile la prețuri mai mici, pentru obținerea unui profit, ar trebui ca și taxele și impozitele să fie pe măsură. Astfel, societățile de pe piața de baza ori intră în faliment, ori intră în capcana evaziunii fiscale și prin diferite modalități se sustrag de la plata taxelor și impozitelor.

¹ „Natura omeneasca are intotdeauna tendinta sa puna interesul general in urma interesului particular; ea este inclinata sa considere impozitul mai mult ca pe un prejudiciu si nu ca o legitima contributie la cheltuielile publice si sa vada intotdeauna cu ochi rai pe acela care vrea sa-i micșoreze patrimoniul. D.D. Saguna, op. Cit. P. 1054”- Viorel Ros, Curs universitar-Drept financiar, Ed. All Beck, p. 314

- Modalități de evitare a impozitului

Toate aceste modalități sunt consecința lacunelor din legea fiscală. Spre exemplu, regimul de evaluare forfetară a materiei impozabile este un regim fiscal de favoare reglementat prin însăși legea fiscală, care asigură evaziunea. O altă modalitate de a se sustrage plății impozitului este substituirea timpului muncit cu timpul liber. Contribuabilii preferă să se abțină de la o acțiune impozabilă din cauza presiunii fiscale. Evaziunea fiscală apriorică este de asemenea o modalitate de evitare a impozitului. Deși se cunosc venituri care pot alcătui bugetul de stat, legiuitorul ignoră total acest lucru. Datorită insuficienței legislative, contribuabilii găsesc numeroase modalități de a se sustrage de la plata impozitului în parte, sau în totalitate. În concluzie, „singurul vinovat de producerea evaziunii prin astfel de mijloace este legiuitorul”.¹ Cazurile cele mai frecvente de evaziune fiscală sunt: înregistrarea veniturilor la o valoare mai mică decât cea reală, formarea fondurilor de amortizare sau de rezervă mai mari decât cele reale, venitul total al membrilor familiei se împarte în mod egal indiferent de contribuția fiecăruia, donațiile filantropice, indiferent dacă au fost sau nu făcute duc la sustragerea de la impunere a unei părți din venit, scăderea din venit a cheltuielilor de protocol, etc. Aceste modalități fac referire mai exact la reducerea impozitelor sau neînregistrarea integrală a veniturilor prin munca la negru, fraudă și evaziune fiscală, etc., ceea ce se mai numește și „economia neagră”.

- Modalități de măsurare a evaziunii fiscale

Evaziunea fiscală, ca un fenomen de o amploare considerabilă, este foarte greu de măsurat. Societatea contemporană este într-o continuă expansiune astfel încât aprecierea fraudelor relativ sau absolut se realizează greu. Serviciul Român de Informații a făcut un raport în anul 1994 din care a rezultat un procent de 38 din PIB în România al infracțiunilor de evaziune fiscală. Marea Britanie este plasată între 7% și 15% din PNB, Franța la aproximativ 3% din PIB, Suedia între 3,8 și 5,5% din PIB, Canada a înregistrat 10% din impozitele pe venit colectate, etc. Estimarea făcută în România este posibil să fi fost făcută pentru intrarea în vigoare a Legii pentru combatere, așadar orice aproximare este făcută pentru un interes. Modalitățile de măsurare sunt: aproximativă și a eșantionului reprezentativ. Metoda aproximativă se referă la presupuneri, o afirmație politică, în necunoaștință de cauză probabil, iar metoda estimativă se face prin instrumente tehnice, economice în conformitate cu art. 67 din O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală. „Ceea ce nu se cunoaște este că este virtual imposibil de a măsura întinderea fraudei, deoarece oamenii nu vor admite că încalcă legea.”²

- Infracțiunile de evaziune fiscală

Potrivit Legii nr. 241/2005, infracțiunile pot fi de rezultat sau de pericol în funcție de urmare. Evaziunea fiscală este încadrată în infracțiune de pericol conform art. 9 alin. (1), lit. a), b) și c) deoarece nu este necesar un rezultat material. Așadar, pentru a săvârși infracțiunea de evaziune fiscală nu trebuie întocmai sustragerea de la plata obligațiilor fiscale, ci doar să aibă acest scop. Conform art. 4 și art. 5 din Legea nr. 241/2005, latura subiectivă a legii reprezintă intenția directă deoarece împiedicarea organelor de specialitate de a efectua verificările financiare, fiscale și ne prezentarea documentelor legale se fac doar cu un anumit scop.

Contribuabilii au obligația de a-și ține documentele de evidență contabilă, conform art. 3 din Legea nr. 241/2005, în perfectă stare și să anunțe dispariția sau degradarea lor în cel mult 3 zile. Art. 4 din aceeași lege se referă la refuzul nejustificat al contribuabililor de a prezenta documentele legale sau bunurile patrimoniale. Așa cum am spus mai sus, art. 4 și art. 5 prezintă un anumit scop pentru definirea intenției și anume de a opri organele competente să facă cercetarea fiscală. Art. 5, sub incidența aceluiași scop, pedepsește împiedicarea organelor de specialitate. Art. 6 reglementează o infracțiune de rezultat deoarece conține obiect material. Contribuabilul trebuie să plătească taxele și

¹ D.D.Șaguna, Pătru Rotaru-Drept financiar și bugetar, Ed. All Beck, p. 231

² C.V. Brown & P.M. Jackson, Public Sector Economics, Oxford 1982, citați de D.D.Șaguna, op. cit. p. 1069, Viorel Roș-Drept financiar, p. 321.

impozitele sau contribuțiile cu reținere la sursă în cel mult 30 de zile de la data scadentă și aici notăm: declararea, reținerea și plata impozitului pe dividende (art. 36 C.fisc.), reținerea la sursă a impozitului-plățile anticipate (art. 52 C. Fisc.), reținerea impozitului din investiții, din venitul de pensii, din premii și jocuri de noroc, etc. Art. 7 face referire la timbre, banderole sau formulare tipizate cu regim special. Având în vedere că factura nu mai are regim special, legiuitorul are în vedere bilete de intrare la jocurile de noroc, borderou achiziție cereale și produse procesate din cereale, marcaje, aviz de însoțire primar și secundar, document administrativ de însoțire și document de însoțire, registre intrări-ieșiri material lemnos, chitanțe, etc. Art 8 cuprinde 2 infracțiuni distincte. Cea din alin. (1) se consumă atunci când persoana a primit suma de bani ramburs sau restituită, iar cea din alin. (2) are o formă specială de comitere a infracțiunii de asociere. Art. 9 evidențiază obligația contribuabililor de a contribui la bugetul de stat prin taxele și impozitele legale. Observăm că această sustragere, ascundere se poate face prin diferite forme și se pedepsește cu închisoare între 2 și 8 ani, iar dacă prejudiciul a fost mai mare de 100 000 euro, echivalentul monedei naționale, conform alin. (2) pedeapsa minimă sau maximă se majorează cu 1 an și dacă a fost mai mare de 500 000 de euro, potrivit alin. (3), limita minimă și maximă prevazute de lege se majorează cu 3 ani.

- Cauze de nepedepsire și cauze de reducere a pedepselor

Potrivit art. 10 din Legea nr. 241/2005, contribuabilului ce a săvârșit infracțiunea de evaziune fiscală achită prejudiciul în cursul urmăririi penale sau până la primul termen de judecată i se înjumătățește limita de pedeapsă. Dacă prejudiciul este mai mic de 100 000 de euro este aplicabilă pedeapsa doar cu amenda, iar dacă este mai mic de 50 000 de euro se poate aplica doar o amendă administrativă ce se înregistrează în cazier. Însă, conform alin. (2) din aceeași lege, dacă contribuabilul a mai săvârșit o infracțiune reglementată de Legea nr. 241/2005 în ultimii 5 ani nu îi sunt aplicabile dispozițiile alin. (1).

Concluzii

În cadrul acestui studiu am urmărit colectarea de informații mai greu accesibile omului de rând. După cum am precizat în lucrare, am făcut un sondaj pentru a vedea câte persoane știu, spre exemplu, de paradisul fiscal, care este un concept cu o amploare destul de mare și spre uimirea mea, foarte puține persoane știau. Consider că educația fiscală a contribuabililor este indubitabil necesară, atât pentru cei ce conduc o afacere, cât și pentru cei ce deocamdată urmăresc dezvoltarea societății în care trăiesc pentru a putea ajuta apoi acest proces. Am prezentat factorii ce conduc la săvârșirea infracțiunii de evaziune fiscală pentru că în momentul în care sunt citați se impregnează în subconstient și din punct de vedere psihologic, vor fi evitați. De asemenea, cauzele acestui fenomen sunt prezentate în cercetare pentru a putea evidenția lipsurile societăților în care evaziunea fiscală are un procent ridicat. Prin evidențierea atât a Legii nr. 87/1994, cât și a Legii nr. 241/2005 prin care a fost abrogată cealaltă, se observa evoluția societății și majorarea fraudelor fiscale. Prin acest studiu am evidențiat evaziunea fiscală ca fiind un domeniu îngrijorător, într-o continuă expansiune.

Referințe bibliografice

- Viorel Roș, Curs universitar-Drept financiar, Ed. All Beck, Bucuresti 2005
- Neculai Cârlescu, Evaziunea fiscala-Comentarii si exemple practice, Ed. C. H. Beck, Bucuresti 2012
- Nicoleta Cristuș, Evaziunea fiscala si spalarea banilor-Practica judiciara, Ed. Hamangiu, Bucuresti 2006
- Av. Rudolf Schmutzer, Av. Hobjilă Isabela, Evaziunea fiscala-Jurisprudenta, Ed. Moroșan-Nicora, Bucuresti 2010
- D. D. Șaguna, Pătru Rotaru, Drept financiar si bugetar, Ed. All Beck, Bucuresti 2003
- Viorel Roș, Paradisul fiscal

IMPORTANȚA JURISPRUDENȚEI CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI ÎN ELABORAREA ACTELOR NORMATIVE

Rodica RIZEA¹

Abstract

Datorită implicării sale în promovarea drepturilor omului, Curtea Europeană a Drepturilor Omului. este în percepția publică o "Curte Supremă", unde toate greșelile făcute de sistemul național de justiție pot fi "îndreptate". În consecință, din ce în ce mai multe plângeri au fost depuse la Curtea de Strasbourg.

Pornind de la numeroasele condamnări ale statului român s-a impus ca necesitate modificarea legii privind tehnica elaborării actelor normative. Legiuitorul român în momentul elaborării legii trebuie să țină cont de Convenția Europeană a Drepturilor Omului dar și de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

Cunoașterea jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului a devenit imperativ necesar pentru autoritățile române în vederea evitării încălcării drepturilor fundamentale ale omului.

Proiectul de act normativ trebuie să instituie reguli necesare, suficiente și posibile care să conducă la o cât mai mare stabilitate și eficiența legislativă. Soluțiile pe care le cuprinde trebuie să fie temeinic fundamentate, luându-se în considerare interesul social, politica legislativă a statului român și armonizarea legislației naționale cu legislația comunitară și cu tratatele internaționale la care România este parte, precum și cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

Cuvinte cheie: *jurisprudența, act normativ, legislația comunitară, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, tehnica legislativă.*

Introducere

Anlizând hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului în cauzele împotriva României se pune în lumină faptul că aceste condamnări se datorează puterii legislative, executivului, instanțelor de judecată, Ministerul Public și Curții Constituționale.

Lipsa de pregătire a sistemului și lipsa unei strategii de adaptare graduală a acestuia la standardele europene au condus la condamnarea în cele mai variate domenii: dreptul de acces la instanță, executare silită, percheziția, prevezibilitatea actului normativ, viața privată, suspendarea din funcție, "accesibilitatea" actului normativ.

Totodată, din aceeași analiză se evidențiază pe de o parte atât ponderea mare a responsabilităților concurente ale celor trei puteri ale statului cât și faptul că pe primul loc se găsește puterea legislativă prin legile cu prevederi contrare Convenției care aplicate ca atare, au dus la aceste încălcări.

Din acest considerent, cunoașterea în ansamblu a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului a devenit, un imperativ necesar pentru toate autoritățile române constituind prioritatea de grad zero a tuturor structurilor statale în vederea remedierii urgente a încălcării situațiilor care au generat condamnarea statului de către instanța de la Strasbourg prin nerespectarea drepturilor fundamentale ale omului.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea din Pitești, (e-mail rizea_rdc@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prof. univ. dr. Iulia Boghirnea (iuliaboghirnea@yahoo.com)

Pentru evitarea acestor condamnări ale statului român, s-a impus ca necesitate modificarea și completarea Legii 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative.

Importanța jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în elaborarea actelor normative

Actele normative sunt cele care organizează funcționarea statală a autorității publice. Prezența actului normativ în sistemul izvoarelor formale ale dreptului este rezultatul activității constructive desfășurate de organe specializate numite organe legiuitoare și sunt îndreptate să reglementeze relațiile sociale fundamentale dintr-o societate¹.

Tehnica juridică este un concept complex care desemnează anumite reguli, principii, metode, procedee, operații folosite pentru elaborarea, realizarea, aplicarea și interpretarea normelor juridice.

Tehnica legislativă este parte constitutivă a tehnicii juridice și cuprinde un „ansamblu de metode și procedee care au ca scop să asigure o formă corespunzătoare conținutului actului juridic normativ”².

Norma juridică îmbracă o formă tehnică potrivită prin acțiunea conștientă și rațională a legiuitorului căruia „îi revine nu numai misiunea de a desluși substanța unor reguli de conduită, ci este în măsură să asigure o ordonare a desfășurării relațiilor sociale”³.

Operațiunea legiferării este făcută de organe legiuitoare denumite și „legislator” sau „legiuitor”⁴ și presupune două mari momente. În primul rând el constată existența situațiilor sociale ce impune o reglementare juridică și în al doilea rând după ce această constatare de fapt s-a făcut, legislatorul caută să-și dea seama care este idealul juridic care trebuie să se aplice acestor situații de fapt, inspirându-se din conștiința juridică a societății respective”⁵.

Consiliul Legislativ a elaborat sistemul național de reguli și proceduri legislative, care s-au concretizat în Legea nr.24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative⁶.

În ceea ce privește redactarea textelor normative, mulți autori consideră acest lucru nu numai o știință, ci și o artă. Chiar dacă statele pot învăța unul din experiența altuia, în ultimă instanță, fiecare își evaluează propriul sistem legislativ, având în vedere doar modul în care acesta ar urma să funcționeze cel mai bine.

În Legea nr.24/2000 precizează clar că actele normative trebuie redactate într-un stil concis, sobru, clar și precis, care să excludă orice echivoc, cu respectarea strictă a regulilor gramaticale și de ortografie.

În ceea ce privește trimiterile, modificările și completările unui act normativ, acestea trebuie făcute cu claritate, concis, iar când e vorba despre modificări, acestea trebuie să conțină în întregime textul vizat, cuprins în articol, alineat sau în elementul marcat al unei enumerări. Dispozițiile de modificare și completare se încorporează la data intrării lor în vigoare, în actul de bază, identificându-se cu acesta⁷.

¹ Ion Craioveanu, *Teoria generală a dreptului*, Editura Craiova 1999, p.185

² Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed a 3-a, Editura C.H.Beck, București, 2008 p.226

³ Anita Naschitz, *Teorie și practică în procesul de creare a dreptului*, Editura Academiei R.S.R. București 1969, p.200

⁴ Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, op.cit. p.167

⁵ Mircea Djuvara *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv* Editura All Beck București 1999p. 372

⁶ Legea nr. 24 din 27 martie 2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, publicată în „Monitorul Oficial” nr. 139 din 31 martie 2000.

⁷ Sorin Popescu, Victoria Țândăreanu, *Probleme actuale ale tehnicii legislative*, București, Edit. Lumina Lex, 2003., p. 54–59

În ceea ce privește structura actului normativ, în mod tradițional aceasta este următoarea: titlul, formula introductivă, preambulul, partea dispozitivă, anexele.

Prin semnarea Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale la 7 oct 1993, chiar în ziua aderării sale la Consiliul Europei, România a întors pagina totalitarismului și și-a făcut intrarea în clubul democrațiilor europene. Ratificând respectiva convenție, România a recunoscut oricărei persoane aparținând jurisdicției sale drepturile și libertățile definite în acest instrument și, acceptând în același timp dreptul la recurs individual la Comisia Europeană a Drepturilor Omului, ea a subscris la un sistem internațional și chiar supranațional de control. Astfel a acceptat obligațiile care decurg din aceasta, iar în consecință Convenția Europeană a Drepturilor Omului a dobândit aplicabilitate directă în dreptul intern român¹.

Atât Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale cât și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului reprezintă structura centrală a oricărui sistem judiciar iar puterea legislativă trebuie să aibă în vedere standardele europene de protecție a drepturilor omului în procesul de elaborare și adoptare a actelor normative. Puterea executivă în activitatea de punerea în aplicare a legilor, ori de adoptare a ordonanțelor simple sau de urgență, precum și a altor acte administrative trebuie să se alinieze drepturilor și garanțiilor stabilite în jurisprudența instanței europene iar instanțele de judecată naționale, organele de urmărire penală ori alte instituții din statele membre ale Consiliului Europei ce își desfășoară activitatea în domeniul justiției civile sau penale trebuie să vegheze că drepturile și libertățile fundamentale ale omului să fie garantate efectiv.

Obligația instituțiilor naționale de a interpreta legislația internă în conformitate cu normele europene rezidă în următoarele dispoziții constituționale.

Art 11 alin 2 prevede că “ tratatele ratificate de Parlament potrivit legii, fac parte din dreptul intern”. Prin urmare odată cu adoptarea legii de ratificare a Convenției Europene aceasta a devenit parte integrantă a sistemului de drept și a dobândit în cadrul acestuia aplicabilitate directă.

Art 148 alin 2 atribuie dreptului Uniunii Europene caracterul obligatoriu și prioritate față de dispozițiile contrare din legislația internă.

În baza art 19 al Convenției Europene a Drepturilor Omului , Curtea Europeană a Drepturilor Omului are sarcina să asigure respectarea de către statele membre a angajamentelor ce rezultă pentru ele din Convenție.

Conform statisticilor la sfârșitul anului 2010, România ocupa locul al treilea cu 135 de decizii în clasamentul statelor condamnate Curtea Europeană a Drepturilor Omului fiind înregistrate aproximativ 140.000 de plângeri². Ca și în anii precedenți, 4 state ”dețineau” mai mult de jumătate din plângeri (55,9%) : 28,9% împotriva Rusiei, 10,9% împotriva Turciei, 8,6% împotriva României și 7,5% împotriva Ucrainei.

La finele anului 2011 România își menține locul patru în tipul statelor împotriva cărora se formulează cele mai multe cereri dar numărul dosarelor în care s-a constatat că România a încălcat Convenția pentru Drepturile Omului a scăzut la 58. Dintre aceste drepturi s-au încălcat : nerespectarea dreptului la un proces echitabil sau la durata procedurii (articolul 6 din Convenție); încălcarea dreptului de proprietate (articolul 1 din Protocolul nr.1 adițional la Convenție); nerespectarea dreptului la libertate și la siguranță (articolul 5), interzicerea torturii (articolul 3).

Analizând situația și raportând calculul la suma totală a responsabilităților între cele trei puteri, pentru perioada 1994-2011 pe primul loc se regăsește puterea legislativă (35,71%), urmată de puterea judecătorească (29,64%), puterea executivă (26,47%) Ministerul Public (8,00%) și Curtea Constituțională (0,16%)³.

¹ Vincent Berger – Prefața la „Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului “- prima ediție în limba română 1997 – IRDO

² Raportul anual 2010 a Curții Europene a Drepturilor Omului p.11

³ Hotărârile CEDO în cauzele împotriva României. Analiză, consecințe, autorități potențial responsabile” Volumul VII (paginile 2971-3005)

Potrivit statisticilor Curții Europene a Drepturilor Omului la 31 decembrie 2012 România ocupa locul șase având 8.700 cazuri reprezentând 6,8% din numărul total fiind devansată de Rusia (22,3%), Turcia (13,2%), Italia (11,1%), Ucraina (8,2%)¹.

Pornind de la numeroasele condamnări ale statului român s-a impus astfel ca necesitate modificarea legii privind tehnica elaborării actelor normative prin luarea în considerare a Convenției Europene a Drepturilor Omului dar și a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului.

Cunoașterea jurisprudenței Curtea Europeană a Drepturilor Omului a devenit imperativ necesar pentru autoritățile române în vederea evitării încălcării drepturilor fundamentale ale omului și implicit a sancționării Curții de la Strasbourg.

Este de remarcat faptul că Parlamentul României, prin **Legea nr. 29/2011** pentru modificarea și completarea Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative², a stabilit că proiectul de act normativ trebuie să instituie reguli necesare, suficiente pentru o stabilitate și eficiență legislativă și avându-se în vedere armonizarea legislației naționale cu legislația Uniunii Europene și cu tratatele internaționale la care România este parte, precum și cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

În activitatea de documentare pentru fundamentarea proiectului de act normativ se vor examina practica Curții Constituționale în acel domeniu, jurisprudența în materie a Curții Europene a Drepturilor Omului, practica instanțelor judecătorești în aplicarea reglementărilor în vigoare, precum și doctrina juridică în materie.

Când este cazul, se vor face propuneri de modificare și completare a actelor normative interne, ale căror dispoziții nu sunt concordante cu cele ale actelor internaționale la care România este parte sau nu asigură compatibilitatea cu dreptul comunitar ori se află în contradicție cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

Guvernul, în termen de cel mult 3 luni de la data comunicării hotărârii Curții Europene a Drepturilor Omului, prezintă Parlamentului proiectul de lege cu privire la modificarea și completarea sau abrogarea actului normativ ori a unor părți ale acestuia care vin în contradicție cu dispozițiile Convenției Europene a Drepturilor Omului și ale protocoalelor adiționale la aceasta, ratificate de România, și cu hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului³.

Legea nr.24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 260 din 21 aprilie 2010, se modifică și se completează după cum urmează:

Articolul 6 (1) evidențiază faptul că *proiectul de act normativ trebuie să instituie reguli necesare, suficiente și posibile care să conducă la o cât mai mare stabilitate și eficiență legislativă. Soluțiile pe care le cuprinde trebuie să fie temeinic fundamentate, luându-se în considerare interesul social, politica legislativă a statului român și cerințele corelării cu ansamblul reglementărilor interne și ale armonizării legislației naționale cu legislația Uniunii Europene și cu tratatele internaționale la care România este parte, precum și cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*⁴.

În felul acesta România va avea de câștigat prin reducerea numărului de plângeri depuse la Curtea de la Strasbourg și implicit evitarea plăților la care aceasta le poate efectua în situația depistării încălcării prevederilor Convenției .

¹ European Court of Human Rights – Annual Report 2012

² Publicată în M. Of., Partea I, nr. 182 din 15 martie 2011.

³ Hotărârile CEDO în cauzele împotriva României. Analiză, consecințe, autorități potențial responsabile” Volumul VI pag. 2618

⁴ Legea nr. 29/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative publicată în M. Of., Partea I, nr. 182 din 15 martie 2011

La articolul 7, după alineatul (3) se introduce un nou alineat și anume (3¹) cu următorul cuprins:

*Propunerile legislative, proiectele de legi și celelalte proiecte de acte normative vor fi însoțite, în mod obligatoriu de o evaluare preliminară a impactului noilor reglementări asupra drepturilor și libertăților fundamentale ale omului*².

Legiuitorul nu trebuie să elaboreze în mod întâmplător, haotic ci printr-un proces complex, având la bază un studiu științific temeinic și aprofundat al realității și al nevoilor sociale, prin care se asigură corespondența necesară între faptele reale și drept care să nu lezeze într-un fel drepturilor și libertăților fundamentale ale omului. O astfel de lege care a fost creată fără să se țină cont de trebuințele sociale reale se va confrunta cu fenomenul de respingere, de revoltă a faptelor împotriva legilor³.

Astfel activitatea de documentare trebuie să aibă în vedere practica Curții Constituționale în acel domeniu, jurisprudența în materie a Curții Europene a Drepturilor Omului, practica instanțelor judecătorești în aplicarea reglementărilor în vigoare, precum și doctrina juridică în materie.

Într-o bogată jurisprudență, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, a subliniat importanța asigurării accesibilității și previzibilității legii, instituind și o serie de repere pe care legiuitorul trebuie să le aibă în vedere pentru asigurarea acestor exigențe. Astfel, în cauze precum *Sunday Times* contra Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord 1979, *Rekvenyi* contra Ungariei 1999, *Rotaru* contra României 2000, *Damman* împotriva Elveției 2005, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat că „nu poate fi considerată lege decât o normă enunțată cu suficientă precizie, pentru a permite individului să-și regleze conduita. Individul trebuie să fie în măsură să prevadă consecințele ce pot decurge dintr-un act determinat”, „o norma este previzibilă numai atunci când este redactată cu suficientă precizie, în așa fel încât să permită oricărei persoane- care la nevoie poate apela la consultanță de specialitate- să își corecteze conduita”, „în special o normă este previzibilă atunci când oferă o anumită garanție contra atingerilor arbitrare ale puterii publice”⁴.

Sub acest aspect, principiul securității juridice se corelează cu un alt principiu, dezvoltat în dreptul comunitar, și anume principiul încrederii legitime.

O altă modificare o constituie articolul 13 care după litera c) s-a introdus o nouă literă, litera d), și are următorul cuprins:

d) *proiectul de act normativ trebuie să fie corelat cu dispozițiile Convenției Europene a Dreptului Omului și ale protocoalelor adiționale la aceasta, ratificate de România, precum și cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*⁵.

„Elaborarea legilor nu este numai o artă, ci este, în egală măsură, o știință sau mai exact o tehnică și, în plus, o tehnică dificilă”⁶. Rigorile legiferării își găsesc expresia în normele de tehnică legislativă, care trebuie respectate de legiuitorul român la elaborarea oricărui act normativ⁷. Legea nr. 24/2000 prevede în acest sens o serie de reguli, respectiv „textul legislativ trebuie să fie formulat clar, fluent și inteligibil, fără dificultăți sintactice și pasaje obscure sau echivoce. [art. 7 alin. (4)]; „în cadrul soluțiilor legislative preconizate trebuie să se realizeze o configurare explicită a conceptelor și noțiunilor folosite în noua reglementare, care au un alt înțeles decât cel comun, pentru a se asigura

¹ Ibidem

² Nicolae Popa, Teoria generală a dreptului, op.cit. p.173

³ Ion Predescu, Marieta Safta Principiul securității juridice, fundament al statului de drept, Repere jurisprudențiale

⁴ Legea nr. 29/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative publicată în M. Of., Partea I, nr. 182 din 15 martie 2011

⁵ Jean-Claude Piris – „Union européenne: comment rédiger une législation de qualité dans 20 langues et pour 25 Etats membres”, în „Revue du droit public”, nr. 2/2005, p. 476

⁶ Art. 3 din Legea nr. 24/2000

⁷ Beatrice Ramașcanu, Jurisprudența CEDO în cauzele împotriva României, Ed. Hamangiu, 2008, p. 711

astfel înțelegerea lor corectă și a se evita interpretările greșite.” [art. 24]; „actele normative trebuie redactate într-un limbaj și stil juridic specific normativ, concis, sobru, clar și precis, care să excludă orice echivoc [iar în art. 34 alin. (1)].”

În considerarea aceleiași obiectiv, vizând calitatea legislației, actul normativ menționat impune fundamentarea soluțiilor legislative, pentru o cât mai mare stabilitate și eficiență legislativă, stabilește reguli privind integrarea armonioasă a proiectelor de acte normative în ansamblul legislației, unicitatea reglementării, evitarea paralelismelor, precum și cu privire la modificare, completare, abrogare și alte evenimente legislative.

Însă existența unor probleme de interpretare și aplicare a legii este inerentă oricărui sistem de drept, deoarece, în mod inevitabil, normele juridice au un anumit grad de generalitate. Așa cum remarca și Curtea Europeană a Drepturilor Omului, de exemplu în cauza Dragotoniou și Militaru-Pidhorni împotriva României, 2007¹, „din cauza principiului generalității legilor, conținutul acestora nu poate prezenta o precizie absolută.

Articolul 21 s-a modificat și are următorul cuprins:

Articolul 21 În activitatea de documentare pentru fundamentarea proiectului de act normativ se vor examina practica Curții Constituționale în acel domeniu, jurisprudența în materie a Curții Europene a Drepturilor Omului, practica instanțelor judecătorești în aplicarea reglementărilor în vigoare, precum și doctrina juridică în materie².

România are un sistem de drept de tip Romano-Germanic, în care sistemul judecătoresc nu se bazează pe existența precedentelor judiciare ci se concetreză mai ales asupra interpretării legii însăși și a modului în care aceasta se aplică într-un caz anume. Un exemplu ar fi procedurile legate de naționalizarea proprietății, unde deși există o jurisprudență consistentă a Curtea Europeană a Drepturilor Omului contra României, majoritatea judecătorilor continuă să-și bazeze deciziile doar pe legislația națională sau a încercat să aplice o combinație de legislație națională și de jurisprudență Curtea Europeană a Drepturilor Omului., însă rezultatul nu a fost în totalitate urmat.

Astfel pentru a se evita sancțiunile și reducerea numărului de plângeri împotriva României, articolul 21 modificat propune ca pentru fundamentarea actului normativ, activitatea de documentare să țină cont de practica Curții Constituționale în acel domeniu, jurisprudența în materie a Curții Europene a Drepturilor Omului, practica instanțelor judecătorești în aplicarea reglementărilor în vigoare, precum și doctrina juridică în materie.

Se observă de asemenea o modificare și la articolul 22 care are următorul cuprins:

(1) Soluțiile legislative preconizate prin noua reglementare trebuie să aibă în vedere reglementările în materie ale Uniunii Europene, asigurând compatibilitatea cu acestea.

(2) Prevederile alin.1 se aplică în mod corespunzător și în ceea ce privește dispozițiile cuprinse în tratatele internaționale la care România este parte, precum și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

(3) Când este cazul, se vor face propuneri de modificare și completare a actelor normative interne ale căror dispoziții nu sunt în concordanță cu cele ale actelor internaționale la care România este parte sau nu asigură compatibilitatea cu dreptul comunitar ori se află în contradicție cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

(4) Guvernul, în termen de cel mult 3 luni de la data comunicării hotărârii Curții Europene a Drepturilor Omului, prezintă Parlamentului proiectul de lege cu privire la modificarea și completarea sau abrogarea actului normative ori a unor părți care vin în contradicție cu dispozițiile

¹ Legea nr. 29/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative

² Ibidem

Convenției Europene a Drepturilor Omului și ale protocoalelor adiționale la aceasta, ratificate de România, și cu hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului¹.

România s-a angajat în mod oficial să respecte drepturile omului și valorile democratice atunci când a semnat Convenția. Astfel deciziile acesteia sunt obligatorii iar autoritățile interne trebuie să acorde mai multă atenție implementării complete a sentințelor.

Sistemul judiciar românesc, după adoptarea și ratificarea Convenției, a dovedit incoerență datorită absenței unui mecanism eficient care să evalueze deficiențele din legislația internă și care să implementeze cu ușurință deciziile importante ale Curții Europene a Drepturilor Omului deși se observă un progres.

Mecanismul național care evaluează dacă proiectele de lege și legile existente sunt compatibile cu standardele Curții Europene a Drepturilor Omului s-a dovedit indecvat în practică, iar ineficiența sa are mai multe cauze. Pentru aceasta se impune o mai bună coordonare între diferitele agenții ale ramurii executive responsabile în domeniul drepturilor omului (Agentul Guvernamental – Ministerul Afacerilor Externe, Ministerul Justiției, Ministerul de Finanțe etc.), comisiile privind respectarea drepturilor omului din Parlament și puterea judecătorească (atât curțile cât și Consiliul Superior al Magistraturii), atâta timp cât comunicarea între acestea este foarte limitată sau inexistentă.

Punerea în aplicare a deciziilor Curții Europene a Drepturilor Omului variază foarte mult de la adoptare fără probleme (ca în cazul legislației de protecție a copilului) la dezvoltarea lentă a cadrului legal (cum s-a întâmplat în cazul legilor privind libertatea de exprimare) și până la un refuz total al aplicării (exemplu deciziilor cu privire la reforma serviciilor secrete). Această variație nu surprinde dacă ne gândim că aplicarea unor decizii care ating domenii sensibile depinde de voința politică și mă refer la reforma foarte mult amânată a serviciilor secrete, sau decizii care necesită punerea în aplicare a deciziilor judecătorești definitive sau o lungime rezonabilă a procedurilor.

Un alt aspect îl constituie poziția puterii judecătorești din România față de Convenție și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului care prin articolele 11 și 12 ale Constituției române ce stipulează o prevalență a Convenției față de legislația internă cât chiar și față de legea fundamentală în materie de respectarea drepturilor omului, pot aplica jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în mod direct fără consultarea Curții Constituționale. Însă adesea curțile sunt reținute în a aplica direct Convenția datorită cadrului legal care însuși afectează drepturile omului.

CONCLUZII

Având în vedere statisticile Curții Europene a Drepturilor Omului ce evidențiază poziția României privind condamnările statului datorită nerespectării dispozițiilor Convenției Europene a Drepturilor Omului și ale protocoalelor adiționale ratificate de România prin încălcarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, modificarea legii privind tehnica elaborării actelor normative, reprezintă un imperativ necesar pentru autorități. Trebuie de asemenea avut în vedere faptul că nicio lege nu trebuie modificată fără un motiv întemeiat sau să tulbure firea lucrurilor iar elaborarea să fie concepută pentru oameni cu posibilități modeste de înțelegere.

În activitatea de documentare pentru fundamentarea proiectului de act normativ se vor examina practica Curții Constituționale în acel domeniu, jurisprudența în materie a Curții Europene a Drepturilor Omului, practica instanțelor judecătorești în aplicarea reglementărilor în vigoare, precum și doctrina juridică în materie.

REFERINȚE BIBLIOGRAFICE

• Berger Vincent – Prefața la „Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului” - prima ediție în limba română 1997 – IRDO

¹ Edina Koronczi, Faculty of Law, Miskolc University, Hungary (jogaszpalanta90@gmail.com). This study has been elaborated under the coordination of Dr. Éva Erdős.

- Craioveanu Ion, *Teoria generală a dreptului*, Editura Craiova 1999,
- Djuvara Mircea *Teoria generală a dreptului. Drept rațional , izvoare și drept pozitiv* Editura All Beck București 1999
- Naschitz Anita, *Teorie și practică în procesul de creare a dreptului* , Editura Academiei R.S.R. București 1969,
- Piris Jean-Claude – „Union européenne: comment rédiger une législation de qualité dans 20 langues et pour 25 Etats members”, în „Revue du droit public”, nr. 2/2005
- Popa Nicolae, *Teoria generală a dreptului*, Ed a 3-a, Editura C.H.Beck, București, 2008
- Popescu Sorin, Victoria Țândăreanu, *Probleme actuale ale tehnicii legislative*, București, Edit. Lumina Lex, 2003.
- Predescu Ion, Marieta Safta *Principiul securității juridice , fundament al statului de drept, Repere jurisprudențiale*
- Ramașcanu Beatrice, *Jurisprudența CEDO în cauzele împotriva României*, Ed. Hamangiu, 2008,
- Legea nr. 24 din 27 martie 2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, publicată în „Monitorul Oficial” nr. 139 din 31 martie 2000.
- Legea nr. 29/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative publicată în M. Of., Partea I, nr. 182 din 15 martie 2011
- Hotărârile CEDO în cauzele împotriva României. Analiză, consecințe, autorități potențial responsabile” Volumul VI
- Hotărârile CEDO în cauzele împotriva României. Analiză, consecințe, autorități potențial responsabile” Volumul VII
- European Court of Human Rights – Annual Report 2012
- Raportul anual 2010 a Curtii Europene a Drepturilor Omului

TAX HARMONIZATION IN HUNGARY AND IN THE EUROPE UNION

Koronczai Edina¹

Abstract

This essay will be about tax harmonization in Hungary and in the European Union, including the Hungarian and the International economic policy's relation, the bank tax characterizes in domestic and union look, and the transactional tax gets to mentioning too. Firstly inside the topic of the economic policy, the Hungary's and the European Union's economic policy's relation are presented. I considered to review it shortly because the introduction of the special taxes „why and the way in” will be more understandable.

Keywords: economic policy, tax, bank, economic crisis, governments, Member State, consequence, transactional tax, privatisation, GDP,

1. The Hungarian and the international economic policy's relation

The Hungarian politics have pursued since 2010 differs in important concerns from the international organisations' recommendations. In Hungary the economic politics get sharp turned, first the international institutions loan condition, and then to the political changes after 2010. Our financial lives unusual measures have affected, very soon the regulatory and tax conditions changed to a large extent.

The Hungarian economic policy has only temporarily been able to even approach to sustainable fiscal path, the savings culture is not developed. It is striking that our economic life depends on how much motion in the sphere of domestic politics roots.

Significant differences:

The twitch of economic policy's is more powerfully impress in Hungary, than in other areas country.

- At us the processor of privatisation – which for the market sales procedure was his basis technique - sooner expanded on the insurers and the banks.
- While in other country they did not start the privatisation in these sectors, or the technique of privatisation by coupons and other methods they try out, till then the state of the financial organisations began early at us.

2.) Bank taxes in Hungary

The first type of bank tax - used in Hungary even today – was introduced in 2008, and was levied on the interest income earned from government subsidised HUF mortgage loans. Its rate is 5 per cent, it is imposed on this type of interest income, and the revenue raised is equivalent to approximately HUF 11 billion p.a. Due to its nature, it is paid proportionately by banks involved in mortgage lending retail clients.

¹ Kovács Levente: Banki kölönadók az Európai Unióban (tanulmány) Pénzügyi Szemle 2012/3. 360.o.

The second type of tax imposed on financial organisations - in the context of highly intense government crisis management activities - was introduced in 2010, and its base is the adjusted balance sheet total of 2009. Up to a balance sheet total of HUF 50 billion its rate is 0.15 %, above which level (as of 2011) it increases to 0.53 per cent. The total amount collected from the whole banking sector is approximately HUF 120 billion p.a. It is paid by the whole banking sector, and its effects have been especially severe for banks focused on corporate finance, as the usual corporate margins cannot handle a tax content of 0.5 per cent. Its effects on new start-up banks and traditionally very small banks and savings cooperatives have been modest.

At the same time, it bears mention that bank taxes and excessive regulation have also had an impact on the activity rate of credit institutions. Yet in spite of the decline, the balance sheet total indicator continued to grow until the announcement of the bank tax in 2010; it was only at this point that it turned negative.¹

„Predictability of the regulatory environment is always a necessary condition for the functioning of the economy, a crisis in itself is able to mitigate its negative consequences - while clearly confirms the absence of the external factors caused devastating effects.” - it can be read at the Hungarian Banking Association 2012th on May 9 press release. 2

As I already mentioned it Hungary's government signed an agreement with Hungarian Bank League on 15. December 2011. The government declared it in the agreement, that

▲ **the bank tax rate and based on in 2012 will not changed compared the existing regulations.,**

▲ **in 2013, the rate is reduced by 50%, while**

▲ **in 2014, only the rule of law of European Union accepted bank tax or used by the European Union's Member States bank bases and bank rates average level is not exceeding bank tax may be assessment.**

As already known, the Hungarian banking sector was get in tightness: due to the crisis increased credit losses, the Hungarian government oversized separate tax is on client. This not only reduces the banks' position in the result, but also acts as a brake on economic development, and thus put additional burden on the banking industry. This worsens the position of the Hungarian banking system in the region and threatens the future development.

2.1. Crisis influence to the banksector

His direct effect firstly in a part of the sources freezing up, and was discoverable in his rise in prices, which the existing and potential debtors' risk increasing followed. The crisis management of our country struggling with the serious balance problems was accompanied by a budgetary correction with a considerable measure.

His indirect effect was the special tax. The crisis direct effects significantly rised up impose to banks. all his greatness, all his assessment method regarding unique tax. The government held out the prospect of the population housing loan debtors' help though, concerns assessed that the giving his imposition in a contrast the " the banks on the time of a crisis happening megsegítése" a capital

1 Magyar Bankszövetség Sajtóközleménye 2012. május 9.

2 **Gross domestic product (GDP)** is the market value of all officially recognized final goods and services produced within a country in a given period of time. GDP is related to national accounts, a subject in macroeconomics. GDP is not to be confused with gross national product (GNP) which allocates production based on ownership.

purpose, however is still not an acceptable reason of the government imposed banks large, on a retrospective basis set, and the loss-making banks also imposed a special tax. Unfortunately the Hungarian government didn't aim for it, to keep kind of common EU position, or at least heard of the European Commission or other international corporations opinion.

3.) Transaction tax in Hungary

3.1. The agreement

The banks and the government agreement is not only the local subsidiary banks, but also with the involvement of parent banks was born at the 2011th on 15 December. In this the Hungarian Bank Association took pledges called Growth Pact. The Member States of the EU heads of state-, or government on the 28. June 2012.th meeting of brussels accepted the package of measures, which financial stability aimed steps for the promotion of economic growth complemented decisions.

3.2. Problems with the transaction tax

▪ **problem:** The effect of the transaction tax is not only big business turnover but also a portion of their savings can be exported to an already declining credit-deposit ratio of banks operating in Hungary sector. What is this actually meant? The corporate source amount can be reduced by up to 15 percent if the Parliament vote for the 2 percent transaction fees. *Levente Kovacs, Secretary General who said that "the higher this deductions, it rather needs to be warding off the increased burden on customers – because the banking sector unprofitable."* Such a general extent, a high rate of imposed transaction tax is not common anywhere else. The financial institutions sector's loan-to-deposit ratio is now waste to 120 per cent, but the banks didn't reduce their capital, but also they couldn't extend the part of resources of the parent bank.

▪ **problem:** It could mean 10 percent decline of GDP1. *Levente Kovacs explained it this way: „the corporate loan portfolio one percent decrease is may cause the GDP half-percent shrinkage.”* Basis of the information from the Banking Association of the current asset lending, banks will still be active, renew the companies current asset lending. However the effect of high tax burden get into danger, so it can be happen the GDP aforementioned 10 percent decline.

▪ **problem:** The burdens rises doesn't allow the banks revenue reduction, so it will not be able to contribute to the recovery of the banking sector. The loan / deposit ratio is now 120%, the resources is difficult to may be held due to lack of profitability in Hungary, so this ratio is expected to decline further. 2

▪ **problem:** The Hungarian government with the transaction levy and bank tax had levied an average of five times of DGP proportionately of the banks. And while the euro countries are tax revenues are reinvested with the economic recovery may be justified imposition of the tax, in Hungary the financial institutions tax clearly working against economic growth.

3.3. The Hungarian and EU transaction tax between "harmony"

△ The Hungarian transaction levy a completely different item than what the EU is planning to introduce. The case in Hungary is the wealth sales levy, perhaps it could be compared to the property transfer fees, but in our case the fee payment obligation join with payment operations and the daily payments. In addition the fee each financial operations is automatically displayed, you have to pay again and again.

1 <http://www.magyarhirlap.hu/gazdasag/visszautet-a-gazdasagra-a-tranzakcios-illetek-hatasa>

2 http://hvg.hu/gazdasag/20121025_Tranzakcios_ado letöltés ideje: 2012.10.25.

▲ Other the tax revenue target group, background of the introduction, degree. In Hungary, the bond and stock transactions instead of the already extremely difficult financial situation of households and firms will bear the burden of transaction fee (transfers, cash withdrawals, check payments and other financial transactions). But the general public is not equally affected: the wealthier customers banks is certainly spared the tax is passed on, so they do not leave their financial institution.

▲ While the EU financial transaction would be about the EU's GDP 0.4 percentage – while the Hungarian – with the second increased Matolcsy Package – version can be take over 340 billion, that is, one per cent of the country's GDP. With this we are the high front. If we add to this the same amount bank tax too, which is means an additional amount of about 120 to 140 billion burden next year, the charge levied of the financial sector has been kick about 2 per cent of the country's economic performance.¹

4.) Adoharmonization in the European Union

The represent of the tax policy the most important symbol of the individual states financial sovereignty, in hand it is also the most important element of national economic policies, what is based on subsidizing expenditure and redistribution of income. In the European Union the represent of tax policy is mainly in the Member States competence, and the Union will be only living the equipment of harmonization if certain issues of local (national) level, can not be solved.

Its primary purpose is, at the tax policy's represent of Member States the European Community founder contract set goals realise are not compromised.

We can talk about 2 type of adoharmonization:

▲ „The positive harmonization happen in legislation or community regulatory level, so, so secondary sources of law (in particular Directive) level is often referred to as harmonization. This harmonization mainly the community of indirect taxes, such as general turnover tax and the excise tax, which can be explained that the turnover and excise tax limit the maximum extent of the common market functioning of major goods and services movement. The greatest results are in this area (pl. az ún. VIES rendszer).”²

▲ „The negative harmonization firstly rest on prohibition, what prohibitions are refer to discrimination. This process is mainly concern the direct taxes harmonization. If so the purpose is, that the Member States' tax rules do not lead to arbitrary discrimination or protectionism, otherwise the differences between them are maintained”³

EU tax harmonization efforts in the direction of development of the internal market and economic and monetary union means to ensure the proper functioning of the main strike direction. Within this, special attention is paid to the European Union's internal market circumstances operating businesses and individuals to solve practical problems.⁴

1 Budapesti Gazdasági Főiskola, Magyarország Eu-harmonizációs kötelezettségei az adózás területén, különös tekintettel az ÁFA-ra 16.o.

2 Budapesti Gazdasági Főiskola, Magyarország Eu-harmonizációs kötelezettségei az adózás területén, különös tekintettel az ÁFA-ra 16.o.

3 Dr. Óry Tamás: Adoharmonizáció az Európai Unióban, Kiadó: Magyarország Külügyminisztériuma 18.o.

4 The **Group of Twenty Finance Ministers and Central Bank Governors** (also known as the **G-20, G20, and Group of Twenty**) is a group of finance ministers and central bank governors from 20 major economies: 19

5.) Bank taxes in the European Union

Bank taxes are a result of government measures aimed at managing the consequence of the global economic crisis. In the European Union the imposition of a financial transaction tax has been discussed at several levels as a method enjoying general support. Without waiting for the bureaucratic processes of the EU and without any impact studies in particular. 17 Member States have been imposed bank taxes of some kind or another. The study primarily examines the potential impacts of introducing financial transaction taxes, cautioning decision-makers to exercise restraint in light of the expected economic consequences.

5.1. Background

Following the outbreak in 2008 of the global economic crisis with its roots in the financial sector, governments were suddenly faced with a twofold task. On one hand, they had to ensure the stability of the financial sector, for which regulation was seen as the most natural method. Although the supervisory authorities, central banks and governments took only belated steps in this direction, the (excessive) regulation presented through intense communication conveyed professional competence and commitment to the general public. The other task ensued from the crisis management method employed by governments early on, and was related to the costs of stabilising systematically important banks. At the outbreak of the crisis, both national governments and EU officials expected a short-lived crisis, and thus did not spare even taxpayer money to mitigate the effects. In this context, significant public funds were used to stabilise the banking sector in several countries.

One of the decisions adopted at the G-20¹ summit in September 2009 was to request the IMF to launch a broadly-based debate about how the burden assumed by governments to reform the banking system could be offset by the financial sector. In its preliminary report of April 2010 finalised in June the IMF proposed two types of taxes:

1.) **The Financial Stability Contribution (FSC)**, a contribution that could be used to support the sector in the future. The contribution proposed was a flat rate, but different types of institutions. This could be converted into a multiple rate scheme in the future, in light of the institutional risks. The IMF did not specify the tax base which would be a key issue and a source of debate for those concerned.

2.) **The Financial Activities Tax (FAT)** would be based on the profit generated by financial institutions and/or on certain remunerations (for example wage costs). This type of tax could also be used for other purposes, including achieving budgetary targets.

In June 2011, the Commission already restricted its proposal to the Council to the FTT². However, it left the door open to initiating the introduction of the other tax types in the future.

countries plus the European Union, which is represented by the President of the European Council and by the European Central Bank.

1 FTT: Financial Transaction Tax (Tobin-tax) : An excise tax assessed on currency conversions. The tax is imposed to help stabilize currency and interest rates by penalizing currency speculation. Revenues from this tax are intended to be used for global priorities such as environmental and basic human needs. The tax is named after its proponent, Nobel laureate economist James Tobin.

2 Kovács Levente: Banki kölönadók az Európai Unióban (tanulmány) Pénzügyi Szemle 2012/3.

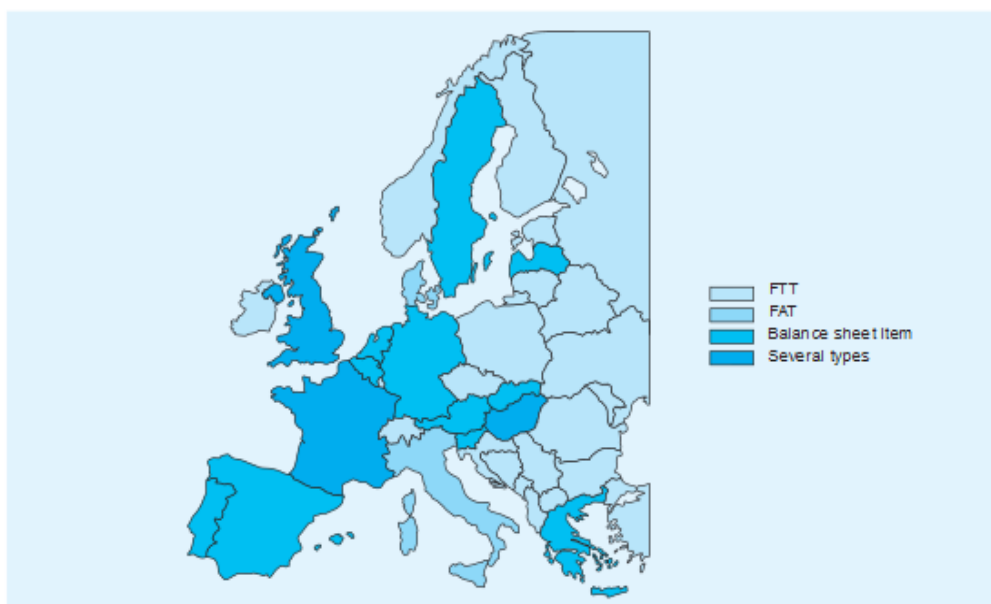
5.2. Taxation in the Member States of the EU

Members have so far been unable to agree on a comprehensive and standardised bank tax in the European Commission. Without waiting for the bureaucratic processes of the EU, and without any impact studies in particular, 17 Member States have imposed bank taxes of some kind or another in the past on or two years.

The wide range of bank taxes used, the sharply different rates, the hurried introduction processes and the lack of consultation with the national banking associations all point to an ad hoc attitude rather than to thorough preparations based on impact assessments. As demonstrated by Chart 2, three basic types have been introduced.¹

Chart 2

TYPES OF BANK TAX IN THE EUROPEAN UNION



Source: EBF Executive Committee report; Report on Other Regulatory Priorities, 22 June 2012
 Figure prepared by: Márk Fenyő (University of Miskolc)

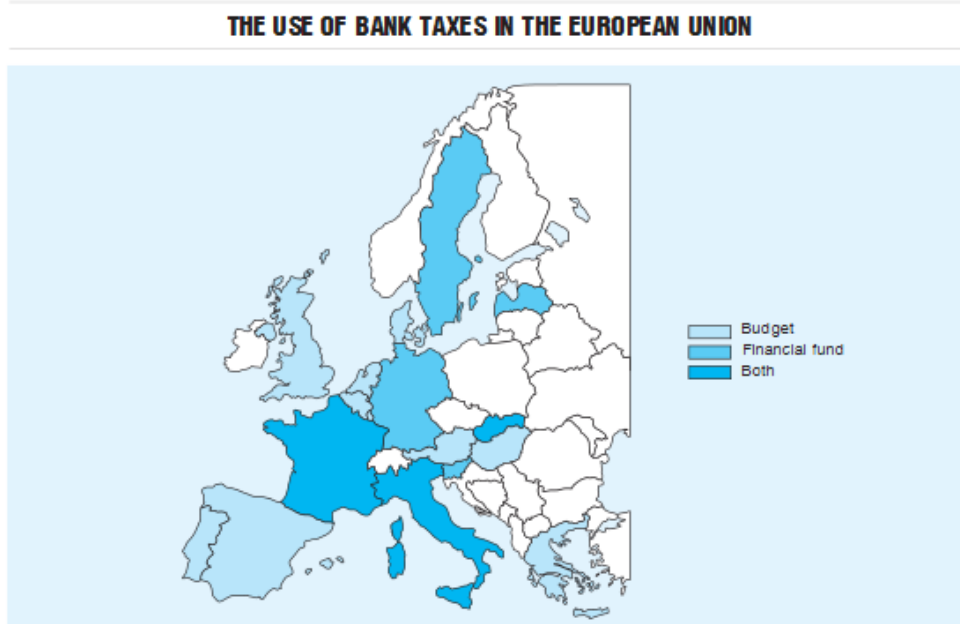
The most widely used tax (applied in 15 Member States) is based on specific balance sheet items, while the FTT and the FAT-type has been introduced in three countries, respectively. In some Member States, these tax types are applied in a mixed way, i. e. two Member States (Hungary and the United Kingdom) use two types, while one Member State (France) uses each of the three different types. Taxation based on a specific balance sheet items has become so widely used probably because this is the form that can be used best for the purposes of planning central budgetary revenues.²

¹ Kovács Levente: Banki kölönadók az Európai Unióban (tanulmány) Pénzügyi Szemle 2012/3.

² Kovács Levente: Banki kölönadók az Európai Unióban (tanulmány) Pénzügyi Szemle 2012/3.

Bank taxes are used in different ways. In some countries, such tax revenues are ear-marked for special purposes; in other countries they are used to balance the budget, while a third group of countries have used a combination of these two approaches. Chart 3 illustrates the above information.¹

Chart 3



Source: EBF Executive Committee report, Report on Other Regulatory Priorities, 22 June 2012
 Figure prepared by: Márk Fenyő (University of Miskolc)

The graph clearly shows that the Member States generally viewed as more risky use the total amount of this tax revenue to balance their budgets. The less indebted countries viewed as more stable, however, have been able to create a separate future fund from the imposition of the bank tax. In the European Union, Hungary is the country that has selected its crisis management tool kit and designed its series of measures from the broadest range of options, occasionally using methods considered unorthodox. This has drawn the intense attention of both international bodies and the political leadership of several countries. Some EU Member States, and – because of the similarity of its conditions - Slovakia in particular have been increasingly viewing Hungary as a model (MTI, 08:59, 2 August 2012). Other countries and international legal system, the protection of investors, predictability and the present model of economic growth into question.²

6.) Conclusions

^ Overall, the transaction tax can be corresponding generate revenues tool, especially in the global policy goals finance. In order to operate effectively and fairly, the participating countries should try to agree on a global financing instrument what is acceptable to all.

¹ Kovács Levente: Banki kölönadók az Európai Unióban (tanulmány) Pénzügyi Szemle 2012/3.

² Student, Universitatea Nicolae Titulescu, (e-mail: daniel_yury2007@yahoo.com); lucrarea a fost coordonată de asist. univ. dr. Elena Emilia Ștefan, (e-mail: stefanelena@gmail.com).

△ The financial transaction tax only can be imagined at EU level. It should be remembered, however, that the financial sector is global in nature and characterized by mutual of concentrations.

△ The biggest fault of the government that is not mature, meaningful and relevant economic policy. They mostly directed the country by communication and political aspects, what the public named a *kind of special way of economic policy*.

△ “Hungary's economic policies should continue to strengthen the country, as well as confidence in economic governance, to ensure fiscal sustainability and improve the perception of investors towards the countries...” (Iryna Ivaschenko, the Head of Representation in Budapest of the International Monetary Fund(IMF))

References:

▪ Kovács, L. (2011): Banki különadók az EU-ban. Magyar Közgazdasági Társaság konferenciája. Pécs (Bank taxes in the EU. Conference of the Hungarian Association of Economists. Pécs)

▪ European Comission. (may 2012). Technical Fiche: Tax Contribution of the Financial Sector.

▪ Csillik, P. (2011): I-III. Negyedéves hitelintézeteki teljesítmény (I-III. Quarterly performance of credit institutions) www.bankszovetseg.hu

▪ IMF Final Report for the G20. (June 2010). A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector.

▪ Dr. Bozsik Sándor-Dr. Fellegi Miklós: Adózási ismeretek, Miskolci Egyetem, Gazdaságtudományi Kar, Üzleti Információgazdálkodási és Módszertani Intézet, Pénzügyi Intézet Tanszék 2010.

▪ Dr. Óry Tamás: Adóharmonizáció az Európai Unióban, Kiadó: Magyarország Külügyminisztériuma

▪ Dr. Herich György: Nemzetközi adózás II. átdolgozott kiadás, Penta Unió 2006.

ABUZUL AUTORITĂȚILOR PUBLICE

PARASCHIV Daniel¹

Abstract

Dreptul administrativ necesită, poate mai mult decât oricare altă ramură de drept public, maleabilitatea în gândire, spirit deschis, adaptat cerințelor vremii, timpul fiind cel care urmează să confirme sau să infirme valabilitatea pozițiilor exprimate. Dar, chiar și pentru acesta, efortul de documentare, de analiză de prelucrare și în final de redactare, într-o formă apreciată ca cea mai elaborată, a tematicii propuse, doar unei sfere restrânse de interesați rămâne considerabil. Se poate spune că uneori, că Dreptul administrativ este un drept politic el fiind legat cel mai, mult sau cel mai frecvent, de politic sau de politică. Să nu înțelegem însă, că într-un stat de drept și într-o adevărată democrație constituțională. Dreptul administrativ ar fi la discreția politicianismului, el are principiile și constantele sale care rezistă la valurile politice.

Cuvinte cheie: *autorități publice, abuz, Constituție, corupție, buna administrare*

Introducere

Se poate considera ca în ideea unei bune administrări și în contextul combaterii excesului de putere a autorităților publice cu care ne confruntăm zilnic fiind un adevărat adversar redutabil al conceptului de democrație, există mai multe aspecte ce trebuie luate în considerare, care vor fi prezentate în capitolele prezentei lucrări, după cum sunt enumerate acestea sunt:

1. Aspecte generale ale abuzului de putere definiție din punct de vedere al dreptului administrativ
2. Spețe privind abuzul de putere
3. Pârghile de control așa zise autonome de control al puterilor în stat
4. Principiile unei bune administrări context european și național
5. Rolul cetățeanului într-o bună administrare
6. Liberul acces la informațiile de interes public

Continutul propriu zis al lucrării

Secțiunea I

Ce este abuzul autorităților publice?

Referitor la noțiunea de abuz există nenumarate forme ale acestuia, o prima formă de abuz o reprezintă abuzul în serviciu, care conform legiuitorului este: fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește în mod defectuos și prin aceasta cauzează o pagubă ori o vătămare (altă decât o pagubă) a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice constituie abuz în serviciu potrivit ²

Prin noțiunea de public înțelegem tot ceea ce privește autoritățile publice, instituțiile publice, instituțiile sau alte persoane juridice de interes public, administrarea, folosirea sau exploatarea

¹ art. 297 din Codul penal (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 510 din 24/07/2009).

² Legea 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției modificată și completată de OUG 40/2003

bunurilor proprietate publică, serviciile de interes public, precum și bunurile de orice fel care, potrivit legii, sunt desemnate, nominalizate, arătate ca fiind de interes public.

În dreptul interbelic, legea incrimina și pedepsea sub denumirea generală de abuz de putere orice activitate ilegală a funcționarului public, care ar consta, fie din uzurparea unei atribuții, fie dintr-un abuz al puterii sale legale, fie dintr-un exces de competență, ori abătându-se în orice mod de la îndatoririle inerente funcției sale printr-o activitate pe care legea nu o considera infracțiune și care ar fi fost săvârșită în scopul de a procura cuiva pe nedrept un folos sau a-i cauza o pagubă. Aceași pedeapsă se aplică și când asemenea activități ar fi fost îndeplinite în scopul de a constrânge pe nedrept o persoană să facă sau să nu facă sau să sufere ceva. Controlul asupra administrației este o necesitate veche de când lumea. Importanța acestei probleme a crescut în epoca contemporană; intervențiile statului și în consecință, riscurile de abuz s-au înmulțit, în același timp cu generalizarea recunoașterii drepturilor individuale și a voinței de a le apăra împotriva arbitrarului sau, mai general, împotriva oricărui exces manifestat de puterea publică. „Declarația drepturilor omului și cetățeanului” din 1789, este astăzi integrată în Constituția Franței de la 1958 și recunoscută implicit în textele tuturor constituțiilor din țările democratice consacându-se astfel rezistența împotriva opresiunii ca fiind un drept fundamental, lupta împotriva unei guvernări care violează drepturile poporului constituind dreptul cel mai sacru și, în același timp, o obligație indispensabilă

1) CE ESTE ȘI CE NU ESTE CORUPȚIA SI ABUZUL DE PUTERE

Ce este corupția?

Definiție: Corupția, în sens larg, reprezintă folosirea abuzivă a puterii încredințate, fie în sectorul public fie în cel privat, în scopul satisfacerii unor interese personale sau de grup.

Orice act al unei instituții sau autorități care are drept consecință provocarea unei daune interesului public, în scopul de a promova un interes/profit personal sau de grup poate fi calificat drept 'corupt'.

Nu este însă obligatoriu să existe un prejudiciu (concret sau material) al interesului public pentru a putea identifica o faptă de corupție¹.

Exemplul 1.1: avem cazul OUG nr.37/2009 privind unele măsuri de îmbunătățiri în domeniul funcției publice deconcentrate ale ministerelor ,astfel după primăvara anului 2007 partidul X a reușit scoaterea partidului Y de la guvernare,prin eliminarea membrilor partidului Y din Guvern la conducerea serviciilor publice deconcentrate au ramas numai reprezentanții partidului X,ori persoane care agreau acest partid.La sfârșitul lui 2008 în urma alegerilor parlamentare s-a format un guvern din doua partide majoritare Y și Z a cărui listă și program de guvernare au fost aprobate prin Hotărârea Guvernului nr.31 din 22 decembrie 2008.

Deci în anul 2009 a început cu un guvern în care șefii ministerelor erau Y sau Z,în timp ce șefii serviciilor publice deconcentrate rămăseseră de altă culoare politică.

În aceste împrejurări, la 22 aprilie 2009 a fost adoptată OUG nr37/2009 ,in preambulul căreia se menționează că această reglementare a fost cerută de necesitatea eficientizării activității instituțiilor publice și în scopul îmbunătățirii actului managerial în condițiile reducerii cheltuielilor bugetare.

Astfel Guvernul României

- a eliminat din categoria funcțiilor publice de conducere funcțiile de director executiv și respectiv aceea de director executiv adjunct de la nivelul serviciilor publice deconcentrate ,iar titularii acestora au fost eliberați din funcție

- a înființat funcția de director coordonator, care a fost trecută din regimul funcției publice, în regim contractual, persoanele numite urmând să își exercite atribuțiile în baza unui contract de management ,pe care urmau să-l încheie

¹ Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, consolidată 2009

Respectiva ordonanță a fost găsită de către Curtea Constituțională ca fiind neconstituțională dispozițiile legii de aprobare a OUG nr 37/2009. Cu o zi înainte Guvernul adoptat o alta ordonanță de urgență nr.105/2009 privind unele măsuri în domeniul funcției publice, precum și pentru întărirea capacității manageriale la nivelul serviciilor publice, prin OUG 105/2009 a fost abrogată OUG nr 37/2009 dar Guvernul a continuat optica ordonanței de urgență abrogate așa că pentru conducerea serviciilor publice deconcentrate a fost păstrată soluția „directorilor coordonatori”.

În momentul de față conducerea serviciilor publice deconcentrate ale ministerelor și a altor organe de specialitate ale administrației publice centrală este asigurată de directori executivi și respectiv, directori executivi adjuncți, funcții publice de conducere la care s-a revenit ca urmare a adoptării Legii 41/2010 prin care au fost modificate, între altele, dispozițiile pct.4 și pct.5 din anexa la L.188/1999.

Astfel, se pune capăt unei vădite instabilități legislative cu privire la funcțiile publice de conducere de la nivelul serviciilor publice deconcentrate care, prin efectele sale a pus semnul întrebării scopul declarat al reglementărilor respective și anume necesitatea eficientizării activității instituțiilor publice. Îmbunătățirea actului managerial, reducerea cheltuielilor bugetare, iar parafrazându-l pe judecătorul dr. Emanuel Albu „**Rolul puterii executiv-administrative nu este sa dea de lucru justiției**”

Exemplul 1.2:

Să presupunem că o primărie organizează conform procedurilor de achiziții publice o licitație de lucrări pentru asfaltarea unei străzi. Compania X participantă la licitație oferă o sumă de bani, unuia/unora dintre membrii comisiei de evaluare, sumă care este acceptată. Dacă după deschiderea ofertelor:

- oferta companiei X este inferioară ca și raport calitate/preț altei oferte și totuși primește lucrarea suntem în prezența unui fapt de corupție
- oferta companiei X este cea mai bună sub aspect calitate/preț și primește lucrarea suntem tot în prezența unui fapt de corupție

„Punerea în întârziere”

Adeseori ne confruntăm cu așa spusă greutate a autorităților publice de înainta vreun dosar spre soluționare încât de cele mai multe ori onestul cetățean care se străduie pentru a-și recăpăta proprietatea din domeniul statului ajunge în ipostaza în care costurile depuse respectivei acțiuni sunt mai cel puțin echivalente cu valoarea proprietății revendicate.

Astfel această tardivitate a autorităților reprezintă un abuz nu prin o acțiune depășire a competențelor sale, ci din potrivă prin pasivitatea acestora, neîndeplinindu-și obligațiile.¹

Conform marelui politician **William Gladstone** „punerea în întârziere” a justiției reprezintă neaplicare acesteia întrutot: **Justice delayed, is justice denied.**

Pe de altă parte, trebuie precizat că celeritatea nu este întotdeauna o calitate : o justiție rapidă poate fi o justiție expeditivă, deci o justiție proastă². De aceea, trebuie să se găsească punctul de echilibru între necesitatea unei judecăți realizate cu celeritate și necesitatea unei judecăți corecte și complete asupra aspectelor de fapt și de drept deduse judecății. În acest sens, « durata rezonabilă » a procedurii trebuie interpretată atât în sens comun, adică al unei durate prea lungi de timp, cât și într-un sens mai puțin întâlnit, anume al unei durate prea scurte. Cât timp art.6 par.1 din Convenție garantează dreptul la o judecată într-o durată de timp rezonabilă, o interpretare textuală a acestuia nu limitează sfera sa de aplicabilitate doar la situația în care durata procedurii se situează dincolo de normalitate. Este greu de presupus că autorii Convenției s-au gândit și la situația opusă atunci când

¹ J.-F. Renucci, *Droit europeen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 219

² www.prefecturabrasov.ro

au formulat acest drept, însă formularea textului permite interpretarea lui și în sensul consacării unui drept de a nu fi supus unei judecăți expeditivă. La fel cum o procedură prea lungă anulează dreptul de acces la justiție, tot așa o procedură prea expeditivă riscă să producă același efect.

II) MECANISME DE PLÂNGERE ADMINISTRATIVĂ ÎMPOTRIVA CORUPȚIEI, ABUZURILOR ȘI A ALTOR FORME DE ÎNCĂLCARE A LEGII.

Departamente cu atribuții de control și modul de sesizare¹

Pentru faptele de abuz în serviciu sau de neglijență, precum și pentru faptele care pot constitui încălcarea legilor sau a drepturilor se adresează chiar instituțiilor administrației publice competente în problema semnalată².

Aceste instituții sunt:

În administrația centrală - ministerele și direcțiile județene ale ministerelor, agențiile și autoritățile din subordinea ministerelor (Ex: Ministerul Sănătății și direcțiile județene de sănătate publică, Ministerul Muncii Solidarității Sociale și Familiei și direcțiile județene de muncă și solidaritate socială sau autoritățile din subordinea ministerului, Inspecția Muncii, Casele de pensii și asigurări sociale etc.)

În administrația locală – prefecturile, consiliile județene și primăriile precum și instituțiile din subordinea acestora (Ex: Prefectura Iași, Consiliul Județean Ilfov, Primăria Sectorului 2 București sau Direcția de Protecție Socială Dolj, Administrația Domeniului Public etc).

În cadrul ministerelor și a autorităților subordonate, a prefecturilor și primăriilor există compartimente specializate de control. Aceste compartimente de control au atribuții de verificare doar în limita competențelor instituțiilor publice unde sunt organizate. Spre exemplu, compartimentul de control de la Casa de pensii poate verifica numai activitatea funcționarilor de la Casa de pensii legată de atribuțiile de serviciu, nu și întocmirea dosarelor de cercetare pentru fapte de corupție.

III) Trebuie luat în vizor deasemenea **Limitarea puterii și funcționarea puterii în realizarea statului de drept și probleme cu care se confruntă acestea**

Astfel se pune întrebarea „cum să dai guvernului destulă putere fără ca să îi dai prea multă”. Întrucât riscul de a abuza de putere aparține doar celor care o dețin.

Pentru exercitarea unei funcții de control asupra puterii politice și respectiv a limitării abuzului de putere a instituțiilor administrative s-au format anumite pârghii de control în statul de drept printre care enumerăm: **Curtea Constituțională, Avocatul Poporului și Consiliul Lesgativ.**

1. Curtea Constituțională (1991-2003)

Prin structurile consacrate constituțional, în scopul realizării controlului, asupra modului, în care autoritățile publice corespunzătoare celor trei funcții clasice ale statului își exercită atribuțiile cel mai importantă instituție o reprezintă Curtea Constituțională, datorită considerației acordate chiar prin Constituție acestei autorități, un titlu distinct, titlul V conținând nu mai puțin de 6 articole. Deși această instituție ar trebui, dintre toate să prezinte linia de front al abuzurilor legislative exercitate de Parlament observăm din ce în ce mai mult o lipsă de putere a hotărârilor Curții și deasemenea o încercare de limitare a atribuțiilor acestei instituții.

¹ Legea 503/2002 pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului 43/2002, privind Parchetul National Anticorupție

² Pentru detalii complete Elena Emilia Ștefan, „Ombudsmanul European și dreptul la o bună administrare”, CKS 2010, Vol. I al Conferinței, pag. 756-788, Ed. Prouniversitaria

Astfel poziția adoptată de Adunarea Constituantă, diferită față de proiectul Comisei de limitare strictă a atribuțiilor Curții a permis în timp, aceluși exces de putere al autorităților publice, dornice în mod inevitabil să își impună punctele de vedere, tot mai indiferente la aspectele de neconstituționalitate. Prin urmare avem nenumărate cazuri în care deși Curtea Constituțională declarase o lege de aprobare a unei ordonanțe prin referire la conținutul efectiv al ordonanței ca neconstituțională ordonanța a continuat să-și producă efectele.

De fapt ceea ce contează în ultimă instanță este voința Parlamentului cu privire la viabilitatea legii declarată neconstituțională, dacă există intenția vădită de a respecta poziția Curții Constituționale, e foarte simplu să nu fie acordat votul de două treimi din fiecare cameră performanță oricum dificil de realizat. Sub aspectul îngrădirii excesului de putere al Parlamentului se sesizează o problemă în ceea ce privește caracterul restrâns și chiar restrictiv al competenței Curții Constituționale, dar desigur clar și precis și reglementată, problemele apărute privind în general constituționalitatea atât în fondul reglementărilor cât și procedurilor de adoptare. Evitarea unor astfel de situații s-ar fi putut realiza prin acordarea unei competențe largite Curții Constituționale, menținând în Constituție prevederea referitoare la dreptul acestei autorități publice de a îndeplini orice alte atribuții prevăzute prin legi organice.

2. Consiliul legislativ

Rolul consiliului legislativ este de a aviza sub aspectul constituționalității al tehnicii de redactare și concordanței cu normele juridice în vigoare, un asemenea organism s-a impus în final, datorită convingerii unanime privind necesitatea adoptării în termen scurt de noi acte normative esențiale pentru evoluția societății românești. Observăm că aceeași grijă a Parlamentului de a restrânge cât mai mult posibil puterea autorităților independente care ar putea interveni pozitiv într-o formă sau alta în domeniul activității de legiferare, fără însă a o împiedica, Consiliului i-au fost restrânse atribuțiile privind avizarea proiectelor de legi propunerilor legislative și proiectelor de ordonanțe și de hotărâri cu caracter normativ ale guvernului. Astfel în mod nejustificat actele normative emise de ministere sau de alte autorități ale administrației publice centrale au rămas în afara controlului, veritabil risc în asigurarea caracterului unitar al legislației.

3. Avocatul Poporului

Instituția Avocatul Poporului apare pentru prima dată în România în anul Constituția din 1991 iar rațiunea apariției ei constă în protecția pe care această autoritate publică o poate oferi într-o societate democratică împotriva măsurilor sau acțiunilor luate de putere. Instituția este organic legată de problematica asigurării legalității în activitatea organelor și aparatului de stat a respectării drepturilor și libertăților cetățenești contra oricărui abuzuri acțiuni arbitrare sau erori ale autorităților publice. Un aspect important care trebuie luat în considerare este faptul că înainte de orice altceva forța instituției **depinde de personalitatea** celui care o îndeplinește sarcina acestuia fiind aceea de a se asigura ca organismele guvernamentale sa își îndeplinească atribuțiile în conformitate cu normele ce le sunt aplicabile în orice stat de drept bazat pe domnia legii și de a descuraja corupția sau abuzul de putere.

Prin urmare Avocatul Poporului este o veritabilă pârgă de control al acțiunilor și măsurilor abuzive aparținând autorităților publice, astfel oricărei persoane vătămate îi este garantat prin lege posibilitatea de a face plângere în cazul violării unor drepturi ale omului în raport cu alte organe ale statului.

Deși respectiva instituție prezintă o popularitate la nivelul țărilor europene fiind considerată o adevărată armă împotriva abuzului și a excesului de putere, prezintă totuși anumite imperfecțiuni ce țin de puterea sa de constrângere, întrucât posibilitățile Avocatului Poporului de a impune respectarea legii sunt adeseori cu totul reduse, o posibilă soluție ar putea prezenta adoptarea unor anumite

modalități juridice concrete pentru a impune respectarea legii, ca declanșarea unei proceduri disciplinare sau chiar penale ori chiar aplicarea de sancțiuni pecuniare. Pentru situația în care „Avocatul Poporului constată ca soluționarea cererii este de competența Ministerului Public se află pe rolul unei instanțe judecătorești sau care ca obiect erori judiciare în loc de sesizarea autorității competente, soluția eficientă și firească ar fi fost mai degrabă aceea de a-i recunoaște Avocatului Poporului dreptul de a declanșa unele proceduri judiciare direct în fața instanțelor, iar pentru sistemul instituțional românesc ar fi vorba mai ales de recunoașterea dreptului de a introduce în fața instanțelor de contencios administrativ.

Astfel se pot spune că aceste limite impuse diferitelor autorități independente nu surprinde cu nimic întrucât din nefericire continua neglijare a principiilor democratice și legale ale Constituției, înecându-se din ce în ce mai mult o ușoară deviere legislativă de la atribuțiile de constrângere a acestor instituții, duc la diminuarea Avocatului Poporului și anume pe de-o parte retrângerea competenței sale la doar autoritățile administrației publice iar pe de altă parte posibilitățile extrem de reduse de a acționa deja expuse.

În concluzie deși această instituție nu poate funcționa eficient într-un stat de drept atâta vreme cât celelalte autorități publice cu atribuții de control nu au dobândit poziția firească într-un stat de drept, dar mai ales în practica parlamentară și cea guvernamentală sunt frecvente situațiile de încălcare a legilor în măsura în care acestea se dovedesc totuși constituționale.

Secțiunea a-II-a Buna administrare și principiile acesteia **Principiile unei bune administrări**

1. Legislația europeană:

Comitetul Miniștrilor Consiliului Europei, adoptând Recomandarea (2007) 2007, a definit buna administrare ca fiind o componentă a unei guvernări, fiind astfel nouă principii care stau la baza activităților autorităților publice din țările membre a Consiliului Europei: **-principiul legalității, principiul egalității, principiul imparțialității, principiul proporționalității, principiul securității juridice, principiul respectării termenului rezonabil, principiul participării, principiul respectării vieții private și principiul transparenței**

De la aceste nouă principii elaborate în Recomandarea Consiliului Europei se elaborează două mari idei importante referitoare la o bună administrare

Good administration

-buna administrare poate fi asigurată numai printr-o reglementare de calitate, care trebuie să fie corespunzătoare, corectă și clară, cuprinzătoare și accesibilă

Sound administration

-buna administrare va depinde, fiind condiționată întotdeauna de calitatea organizării structurilor administrative, eficacitatea și eficiența acestora, de managementul resurselor umane, materiale și financiare

Aceste concepte apar pentru prima dată în hotărârile instanțelor europene respectiv Curtea de Justiție cât și Tribunalul de Primă Instanță care fac referire la art. 41 al Cartei Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene –dreptul la o bună administrare. „Orice persoană are dreptul de a beneficia, în de privește probleme sale, de un tratament imparțial, echitabil și într-un termen rezonabil din partea instituțiilor, organelor, oficialilor și agenților Uniunii...”

2. Rolul privatului într-o bună administrare:

Prin crearea unei guvernări deschise și transparente, de altfel instituirea unor mecanisme funcționale prin care se sporesc oportunitățile cetățenilor de a participa la luarea deciziilor și de a fi consultați și implicați în procesul de guvernare s-au elaborat anumite principii general acceptate care prin respectarea lor duc la o bună administrare, acestea sunt

- Deschidere, adică administrația publică ascultă cetățenii și mediul de afaceri și ia în calcul sugestiile acestora în procesul de proiectare și implementare a politicilor publice.
- Transparența ceea ce înseamnă ca informația cu privire la activitatea administrației cu privire ce urmează a fi desimnată publicului trebuie să fie credibilă, relevantă și oferite rapid.
- Responsabilitate, însemnând ca funcționari publici au obligația de a fi responsabili pentru acțiunile întreprinse, să elaboreze acte administrative clare, transparente și pe înțelesul cetățeanului.

3. Rolul cetățeanului într-o bună administrare

Asemenea dreptului de vot care trebuie privit ca și o îndatorire a unui cetățean european dreptul la o bună administrare prevede posibilitatea oricarei persoane a își impune acest lucru în fața autorităților publice, sprijinindu-se atât pe legislația europeană cât și pe cea internă.

Astfel acesta se bucură prin calitatea sa de cetățean sau rezident al Uniunii Europene să existe un drept la o bună administrare în raport cu instituțiile Uniunii Europene, respectiv conform art.41 al Cartei Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene

Orice cetățean are dreptul să își vadă cauzele tratate imparțial, echitabil și într-un termen rezonabil de către instituțiile și organismele Uniunii.

Acest drept presupune¹ în special 1. dreptul oricarei persoane de a fi ascultată înainte ca o măsură să fie luată împotriva sa 2. dreptul oricarei persoane de a avea acces la dosarul care o privește respectând interesele legitime ale confidențialității, ale secretului profesional și ale cauzelor sale 3. obligația administrației de a-și motiva deciziile.

4. Legislația la nivel național.

Cât privește legislația la nivel național, există un drept fundamental la o bună administrație la care se referă Recomandarea CM/Rec 2007/2007, prevezatut în favoarea cetățenilor celor 47 de state membre ale Consiliului Europei, în ce privește raporturile acestora cu instituțiile și organele administrative din statele ai caror rezidenți sunt.

Pentru realizarea unei bune administrări, Comitetul Miniștrilor a recomandat Guvernelor statelor membre ale Consiliului Europei următoarele

- Să promoveze buna administrare în cadrul principiilor statului de drept și democrației
- Să promoveze buna administrație printr-o organizare și o funcționare eficientă și economică a resurselor, cu un sistem de obiective și indicatoare de performanță, care îi permită verificarea periodică a activității fiecărei structuri administrative și a fiecăruia dintre agenții săi
- Să întărească mecanisme corespunzătoare de control, interne și externe, a activității

5. Liberul acces la informațiile de interes public.

Legea nr 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public a fost adoptată de Parlament în octombrie 2001, iar Normele metodologice de aplicare a legii, prin Hotărârea de Guvern nr.23/07.02.2002. Această reglementare survine în contextul necesității îndeplinirii de către România a criteriilor pentru admiterea în Uniunea Europeană. Acest drept împreună cu art.31 din Constituția României accesul liber și neîngrădit la informațiile de interes public este regula iar limitarea accesului la informație excepția. Accesul la informația de interes public poate fi definit drept posibilitatea oricarei persoane de a obține informații aflate în posesia instituțiilor statului și a autorităților și instituțiilor administrației publice locale.

¹ Președintele Parlamentului, Hans-Gert Pöttering, a subliniat, în discursul său susținut la ceremonia de semnare a Tratatului de la Lisabona, importanța pe care o are Carta pentru cetățeni. "Astăzi, proclamarea oficială a Cartei pentru Drepturile Fundamentale ne dă șansa și obligația să clarificăm, în fața celor aproape 500 milioane de cetățeni ai Uniunii Europene și a generațiilor viitoare, exact ce înseamnă unificarea Europeană. Tratatul de la Lisabona, care va fi semnat joi de șefii de stat și de guvern ai Uniunii, conferă Cartei același caracter obligatoriu ca și tratatele".

Dreptul oricărei persoane la informație are trei dimensiuni :

1.dreptul de a fi informat din oficiu,de către autoritățile/instituțiile publice cu privire la aspecte importante ale funcționării

2.dreptul de a cere informații

3.dreptul a fi informat către mass-media cu privire la diverse aspecte din sfera publică Toate aceste drepturi sunt garantate de Constituție existența,cunoașterea,respectarea si exercitarea lor constituie elemente de bază pentru asigurarea transparenței procesului de guvernare.Având in vedere rolul informației în societate și in mod deosebit a informației de interes public,liberul acces la acesta permit controlul guvernanților asupra actelor de autoritate și a prestațiilor guvernanților care trebuie să fie în interesul publicului,în mod deosebit al cetățenilor.Informarea publicului cu privire la drepturile sale și promovarea unei culturi de transparență guvernamentală sunt esențiale pentru atingerea scopurilor legislației privind libertatea de informare. În plan european, Tratatul de la Lisabona face trimitere la Carta drepturilor fundamentale¹², considerată un adevărat catalog de drepturi de care toți cetățenii Uniunii trebuie să beneficieze în raport cu instituțiile Uniunii și cu garanțiile obligatorii din punct de vedere juridic ale legislației comunitare. Aceasta conține o secțiune pe tema solidarității, care enumeră o serie de drepturi și principii cu relevanță directă pentru domeniul social, cum ar fi dreptul la informare și consultare în întreprinderi, dreptul de a negocia acorduri colective și de a acționa colectiv, dreptul de acces la servicii de plasare a forței de muncă și de protecție împotriva concedierilor nejustificate și dreptul la securitate și la asistență socială. Aceste drepturi se inspiră în mare parte din alte instrumente internaționale, precum Convenția europeană a drepturilor omului, oferindu-le o formă juridică în cadrul Uniunii. Instituțiile Uniunii trebuie să respecte drepturile înscrise în Cartă. Aceleași obligații revin statelor membre atunci când pun în aplicare legislația Uniunii. Curtea de Justiție va garanta aplicarea corectă a Cartei. Includerea Cartei in Tratat este mai mult decat benefică deoarece nu modifică atribuțiile Uniunii asa cum s-ar parea, ci oferă drepturi consolidate și mai multă libertate cetățenilor.

Concluzii:

Scopul urmarit prin intermediul acestei lucrări este de a pune in evidență excesul de putere practicat de autoritățile publice in desfășurarea activității lor de zi cu zi.Tendința folosirii puterii in scopuri personale este o parte fireasca a naturii umane ,în același timp este necesar ca intr-un stat de drept în care se pune accentul pe separarea puterii si păstrarea unei bune administrări a cetățenilor o face precum spune și părintele teoriei separației puterilor in stat “Bunul simț constă în mare măsură în cunoașterea nuanțelor lucrurilor.Nimic nu împiedică mai mult doctrina decât să îmbraci toate lucrurile într-o robă de doctor”³

Bibliografie

- Cristian Clipa, Teoria funcției publice, București
- Dana Apostol Tofan, Puterea discreționară și excesul de putere, București
- Emil Balan. Consolidarea capacității administrative, București
- Emil Balan, Dreptul la o bună administrare, București
- Elena Emilia Ștefan, “Ombudsmanul European și dreptul la o bună administrare”, CKS 2010, Vol. I al Conferinței, pag.756-788, Ed.Prouniversitaria
- Ghid anticorupție pentru cetățeni www.prefecturabrasov.ro

¹ Pentru detalii vezi http://europa.eu/institutional_reform/index_en.htm

² Montesquieu *Defense de l'Esprit des Lois*)

* dr. Szabolcs Szilágyi, PhD Student, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary, (szilagyszabolcs88@gmail.com). This study has been elaborated under the coordination of Dr. István Olajos.

THE LEGAL PROBLEMS OF A BIOMASS ENERGETIC SYSTEM

Szilágyi Szabolcs*

Abstract

The main object of this article is the biomass, specify the legal problems in connection with a biomass energetic system. At first, I outline the renewable energy in general and also the biomass. For the sake of the easier understanding, I try to outline the legal background of the problems, including the contracts relating to soil, waste management and the authorisation procedure of a biomass energy system. In connection with the biomass power station, I present the environmental effects.

Keywords: *biomass, energetic system, legal problems, renewable energy, authorisation process, biomass power station, contracts.*

1. Introduction

The University of Miskolc decided in 2010, that the institution will take part in the project of elaboration of a biomass energetic system in Csernely between 2011 and 2013. Csernely is a small village in North-Hungary. The aim of the project is the elaboration of a power management model in Csernely. It is a complex program, because the most important aim is the performance of technical, environmental, legal, economic, sociocultural and legal casemaps. The leaders of the project would like to produce an attitude-shaping model, which can be used in other villages. The main point, that the village should be able to create and maintain its own independence of energy. In my article, I deal with the most important legal tasks and problems, and I try to outline them step by step.

The project focuses on the disadvantaged small villages. The project in Csernely is a complex system, which is unique in Hungary and also in Europe. In Europe, there were a lot of Spanish, English and German research, but such a special project were fulfilled nowhere. In the mentioned countries, the researchers searched, which renewable energy sources could use in the different areas. In Hungary, a similar system has already been established in Pornóapáti. Unfortunately, the different legal and economic steps have not been elaborated, so the system works laboriously.

2. The concept of biomass

Biomass, as a renewable energy source, is biological material from living or recently living organisms. As an energy source, biomass can either be used directly, or converted into other energy products such as biofuel.¹

3. The renewable energy sources

In connection with the renewable energy sources,² the Kyoto Protocol is a protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change that set binding obligations on the industrialised countries to reduce their emissions of greenhouse gases. Hungary also commits to limit

¹ LÁNG István: Környezetvédelmi Lexikon, Akadémiai Kiadó, 2002.

² BÜKI Gergely: Köztisztviselési Stratégiai Programok, Megújuló energiák hasznosítása (MTA, Budapest 2010.) 30-33. p.

or reduces emissions of fourgreenhouse gases (GHG) and two groups of gases. At negotiations, the countries collectively agreed to reduce their greenhouse gas emissions by 5,2% on average for the period 2008-2012. This reduction is relative to their annual emissions in a base year, usually 1990. Since the US has not ratified the treaty, the collective emissions reduction of countries falls from 5,2% to 4,2% below base year.¹

4. The legal steps and problems

Legal steps of the project are the following.

4.1. Questionnaire survey

The first step is the questionnaire survey in the population. The results of this survey supported the knowledge, which enable the elaboration of the legal steps. The questionnaire survey was in 2011. Some students in the faculties of University of Miskolc fulfilled the survey. There were a lot of questions, but I dealt with only the legal questions in connection with the soils and biomass.

4.2. The contracts relating to soil

The biomass can be produced by different materials. In Csernely, in connection with the questionnaire survey, need to examine the vegetable waste, the municipal waste and energy crops.

Soil is necessary to produce energy crops.² The population of Csernely commented in the survey, that near to the village, there were soils without using (unreclaimed lands). The owners of these land are also the local government and private individuals. For the aim of producing energy crops in these soils, different contracts must be made.³ It is worth mentioning the contract of lease,⁴ the contracts of metayage and cultivation contracts. These contracts are ruled by the Hungarian Civil Code⁵ and the Act of Land.⁶ Considering the relevant legal rules, this step is manageable solving the occurrent problems.

4.3. The waste management

The next question is the producing of biomass from municipal waste. In this case, only a portion of the waste is important (for example paper and plastic). Examining the issue, some problems are detailed. On the one hand, the elamination of contract is complex between the local government and the public service operator and in this field, there are plenty of other questions. On

¹ NYÍREGYHÁZI FŐISKOLA KÖRNYEZETTUDOMÁNYI TSZ.: Megújuló energiák. Forrás (2011.07.28.): <http://www.ezermester.hu/articles/article.php?getarticle=520>

² KAUTÉLA ZRT.: Energiánövények. Forrás (2011.08.11.): http://www.energiacentrum.com/news/energianovenyek_energianad_energiafuz_energiafuz_vagy_mas_energetikailag_hasznosithato_termesztett_kulturak.htm

³ CSÁK Csilla (szerk.): Agrárjog. Novotni Kiadó, Miskolc, 2010.

⁴ In connection with the contracts of lease: OLAJOS István: A haszonbérleti szabályozás ármoldalai (Magyar Jog, 2001, 2. szám); MISKOLCZI BODNÁR Péter: Mezőgazdasági haszonbérlet In: BÍRÓ Gyögy (szerk.) Szerződési alaptípusok. Novotni Kiadó, Miskolc, 1997; HERPAI Annamária: Haszonbérlet In: BÍRÓ Gyögy (szerk.) Szerződési alaptípusok. Novotni Kiadó, Miskolc, 2003; OLAJOS István: A termőföldről szóló törvény változásai a kormányváltások következtében - gazdasági eredményesség és politikai öncélúság. Napi jogász – Cég és Jog, 2002.10.13.

⁵ Hungarian Civil Code (Act of IV, 1959)

⁶ Act of Land (Act of LV, 1994)

the other hand, the provisions of the Act of waste management¹ can be observed, but the environmental problems are significant. So the elaboration of this step is difficult or impossible.²

4.5. The authorisation procedure of a biomass energy system

The next cardinal question is the authorisation procedure of the biomass energetic system in Csernely. For the utilization of produced biomass needs heat or power stations, depending on heating or producing electricity to be used for these energy sources. The construction of the heat station, several problems should be worked out, for example the question of using expensive natural gas.

In general, the most important facts are, that the combined heat and power systems are very useful systems in which wood waste, such as wood chips, is used to generate power, and heat is created as a byproduct of the power generation system.

Systems have a very high cost because of the high pressure operation. Because of this high pressure operation, the need for a highly trained operator is mandatory, and will raise the cost of operation. Another drawback is that while they produce electricity they will produce heat, and if producing heat is not desirable for certain parts of the year, the addition of a cooling tower is necessary, and will also raise the cost. There are certain situations where combined heat and power system is a good option.

Wood product manufacturers would use a combined heat and power system because they have a large supply of waste wood, and a need for both heat and power. Other places where these systems would be optimal are hospitals and prisons, which need energy, and heat for hot water. These systems are sized so that they will produce enough heat to match the average heat load so that no additional heat is needed, and a cooling tower is not needed.

In connection with Csernely, the authorisation procedure is a complex legal task. In Hungary, there are not any act in connection with the authorisation procedure of renewable energy sources, so in this legal step, we need to analyse a lot of legal rules and acts. In fact, there are an installation and an operational approval process. In this case, three separate processes are mentioned. It is necessary to obtain on the other hand the environmental licence,³ on the second hand the licence of construction, and thirdly the licence of Hungarian Energy Office.⁴

The legal problem is caused by the number of licences, because the whole process will be elongated. I think it would be necessary to standardize or shorten the deadlines and legislate an act of authorization procedure in connection with the renewable energy sources.⁵

4.6. The environmental effects

The environmental effects is one of the most important part, which comprises all legal steps. In the context of the energy system,⁶ the most important aim is the protection of environment in compliance with the legal rules. The basic criterion for us to minimize the negative environmental effects and maximize the potential environmental benefits of producing and using of the biomass energy. In addition to the positive effects of biomass, there are also negative environmental effects.⁷

¹ Act of Waste Management (Act XLIII, 2000)

² Similar analyse is conducted by CSÁK Csilla: Hulladékgyártás In: Csák Csilla: Környezetjog I. kötet Novotni Kiadó, Miskolc, 2008. 133-156. p.

³ Act of Environment (Act LIII, 1995)

⁴ Act of District heating (Act XVIII, 2005)

⁵ Szilágyi Szabolcs: The authorisation procedure of a combined heat and power biomass system and the environmental effects. University of Miskolc, Doktori Akta, 2012.

⁶ Olajos István – Szilágyi Szabolcs: The energetic problems of district heating systems in townships. Magyar Energetika; 2012/6.

⁷ Similar analyse is conducted by GARAY Péter – KOZÁK Anita – MÉDER Zsombor – NYÁRS Levente – RADÓCZNÉ KOCSIS Teréz: A biomassza hasznosítása Magyarországon (Agro Napló 2010/07)

In connection with the positive effects, production of energy crops¹ is useful for the protection of surface waters. In addition, the production of biomass promotes the cultivation of soil and the covering of plants, so these are one of the most important creatures of the protection of water and wind erosion.

Turning to the negative effects, in connection with the production, preparation, collection and transport of biomass energy crops, we need to calculate some carbon dioxide emission. On the other hand, water supply problems and salinization of soils are occurred by the increasing size of irrigation. Thirdly, the spread of agricultural technologies degrades the natural resources. Finally, during the burning of biomass, a large quantities of gas are produced, which can raise the thinning of ozone layer. In my opinion, these problems are relievable and preventable with adequacy approach.

5. Experts in the project

In this project, a lot of experts are necessary to work in the aim of successfull elaboration of the project. In connection with my essay, the legal experts are the most important persons. The legal professionals can draw up the soil contracts, furthermore they examine the legal rules and acts and determine the necessity of modification of the legal rules. They also take part in the elaboration of legal regulation of separation on district heating pipes and the conduction of authorisation procedure.

6. Conclusions

I presented the project in connection with the renewable energy and the biomass in general, the contracts relating to soil, waste management, the ruling process of a biomass energy system and also the environmental effects of an energy system. In connection with the authorisation procedure, the procurement of the different licences is very long, because the authorities don't observed the deadlines. Without authorities's commitment, the main authorities don't adjudicate. In my opinion, the solution is a closed system determining the deadlines. The other solution is the legal regulation of the contract of accession. Unfortunately, nowadays the environmental pollution is world-wide. Last but not least in connection with a biomass energy system, important function is the protection of environment, so people need to observe the legal rules.²

To sum up, in my article, I outlined the legal tasks and problems in connection with elaboration of the Csermely's project. It can be concluded that the project is a complex plan, because a number of tasks must be prepared and carried out to ensure elaboration of the system after 2013. The project will be completed, when I can give solutions the unforeseen legal problems.

References

1. Act of District heating (Act XVIII, 2005)
2. Act of Environment (Act LIII, 1995)
3. Act of Land (Act of LV, 1994)
4. Act of Waste Management (Act XLIII, 2000)
5. BÜKI Gergely: Köztisztületi Stratégiai Programok, Megújuló energiák hasznosítása (MTA, Budapest 2010.) 30-33. p.
6. CSÁK Csilla (szerk.): Agrárjog, Novotni Kiadó, Miskolc, 2010.
7. CSÁK Csilla: Hulladékgyártó In: Csák Csilla: Környezetjog I. kötet Novotni Kiadó, Miskolc, 2008. 133-156. p.

¹ MAROSVÖLGYI Béla: Energetikai ültetvények létesítése és hasznosítása, Konferencia Kiadvány, Keszthely, 1998. 298-303. p.

² Szilágyi Szabolcs: An environmental impact assessment in connection with the biomass energetic system in Csermely. Volume of Sustainable Natural Resources conference, 2012.

8. GARAY Péter – KOZÁK Anita – MÉDER Zsombor – NYÁRS Levente – RADÓCZNÉ KOCSIS Teréz: A biomassza hasznosítása Magyarországon (Agro Napló 2010/07)
9. HERPAI Annamáris: Haszonbérlet In: BÍRÓ György (szerk.) Szerződési alaptípusok. Novotni Kiadó, Miskolc, 2003.
10. Hungarian Civil Code (Act of IV, 1959)
11. LÁNG István: Környezetvédelmi Lexikon, Akadémiai Kiadó, 2002.
12. KAUTÉLA ZRT.: Energianövények. Forrás (2011.08.11.): http://www.energiacentrum.com/news/energianovenyek_energianad_energiafu_energiafuz_vagy_mas_energetikailag_hasznosithato_t_er-mesztett_kulturak.html
13. MAROSVÖLGYI Béla: Energetikai ültetvények létesítése és hasznosítása, Konferencia Kiadvány, Keszthely, 1998. 298-303. p.
14. MISKOLCZI BODNÁR Péter: Mezőgazdasági haszonbérlet In: BÍRÓ György (szerk.) Szerződési alaptípusok. Novotni Kiadó, Miskolc, 1997.
15. NYÍREGYHÁZI FŐISKOLA KÖRNYEZETTUDOMÁNYI TSZ.: Megújuló energiák. Forrás (2011.07.28.): <http://www.ezermester.hu/articles/article.php?getarticle=520>
16. OLAJOS István: A haszonbérleti szabályozás árnyoldalai (Magyar Jog, 2001, 2. szám)
17. OLAJOS István: A termőföldről szóló törvény változásai a kormányváltozások következtében - gazdasági eredményesség és politikai öncélúság. Napi jogász – Cég és Jog, 2002.10.13.
18. OLAJOS István – SZILÁGYI Szabolcs: The energetic problems of district heating systems in townships. Magyar Energetika; 2012/6.
19. SZILÁGYI Szabolcs: An environmental impact assessment in connection with the biomass energetic system in Csernely. Volume of Sustainable Natural Resources conference, 2012.
20. SZILÁGYI Szabolcs: The authorisation procedure of a combined heat and power biomass system and the environmental effects. University of Miskolc, Doktori Akta, 2012.

RESPONSABILITATEA ȘI JUSTUL ÎN VIZIUNEA SOCRATICĂ

IRIMIA Oana Iulia¹

Abstract

Lucrarea de față are drept obiectiv prezentarea viziunii platoniciene asupra justiției și a responsabilității individului față de societate, așa cum aceasta rezultă din analiza dialogurilor platoniciene, din lucrările scrise de către celălalt admirator al său- Xenofon, căruia i-a salvat viața și din reflecțiile lui Aristotel, care a avut ocazia să se distanțeze emoțional de Socrate, fiind născut după moartea acestuia și, totodată, să studieze vreme de 20 de ani la Academia lui Platon.

Personaj central al acestor dialoguri, devenit ulterior personaj-cheie al gândirii europene, Socrate este unul dintre primii gânditori care și-a exprimat respectul nelimitat și rațional față de lege, ca emanație a statului. Conform acestei viziuni, justiția este o forță care se manifestă în primul rând în sufletul uman și devine principiu integrator al sufletului și al vieții. De altfel, dreptatea se numără printre bunurile divine date omului iar respectarea cursului sau se numără printre datorii principale ale omului. Episodul dramatic al operei platoniciene- sinuciderea socratică- este exemplul cel mai grăitor de asumare a responsabilității în numele unui principiu rațional și în deplină concordanță cu morala, principiu rezultat în urma unor discuții permanente și a unei cunoașteri de sine aduse la nivel de adagiu. Principalele direcții vizate vor fi relația dintre principiile morale și principiile juridice, viziunea socratică asupra statului și dreptului, conceptul de responsabilitate și mostenirea lăsată de Socrate urmașilor săi, printre care ne numărăm și noi, tinerii juriști.

Cuvinte cheie: responsabilitate, justiție, stat, drept, rațiune

Motto- *'A trăi bine e unul și același lucru cu a trăi frumos și drept'*

1. Introducere

Unul dintre principalele subiecte de dezbateră în cadrul filosofiei europene, cât și al științei, eticii sau religiei creștine, viața atenianului Socrate constituie totodată și un domeniu de interes pentru științele juridice atât din punct de vedere gnoseologic, cât și ca metodă sau etică. Din punct de vedere al specializării juridice, considerăm că știința teoriei generale a dreptului cuprinde și aria noastră de interes, aflată la confluența dintre știința juridică, etică și filosofie juridică.

Exemplul oferit de întreaga sa viață cât și de modul de apărare din cadrul procesului și, în final, atitudinea demnă în fața morții, deși nedrepte, îl fac pe celebrul gânditor atenian un reper în studiul moralei și al procesului de cunoaștere. Știința juridică se raportează la principiile moralei și la relația dintre stat, drept și cetățean și pentru acest motiv acest studiu de caz va constitui o sursă inepuizabilă de inspirație.

Lucrarea de față urmărește analiza conceptului de *responsabilitate* în viziunea socratică, cu alte cuvinte modul în care normele juridice și cele morale se reflectă în comportamentul unui personaj devenit celebru tocmai prin capacitate de a trece prin filtrul moralei și al rațiunii atât faptele

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: irimiaoanaiulia@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.Univ.Dr. Nicolae Popa (e-mail: elenapopa2004@gmail.com)

² Platon, Criton, Banchetul și alte dialoguri, Criton, București- Editura Mondero, 2003, 48d, pag. 47, afirmația îi aparține lui Socrate

cât și cuvintele utilizate de către conducătorii cetății cât și de cetățeni și chiar și de alte categorii considerate ca fiind inferioare¹. Mărturiile privind gândirea socratică se află în dialogurile platoniciene, scrise în special cu prilejul procesului din 399 î.Hr., precum și în relatările lui Xenofon și în lucrările lui Aristotel. La acest obiectiv principal se adaugă analiza raportului dintre principiile de ordin moral și cele de ordin juridic pentru a putea înțelege poziția unică adoptată de către acesta în interiorul polis-ului atenian. Pentru a clarifica mai apoi înțelesul de *responsabilitate* și de *principii morale* și cele *juridice* este necesar să ne plasăm în cadrul constructului politic și juridic întrucât sunt ariile în care aceste concepte se manifestă în modul cel mai firesc. Cu această ocazie vom apela și la informații de ordin istoric și prosopografic. În final, unul dintre obiective vizează reliefaarea influenței pe care Socrate a exercitat-o asupra contemporanilor și generațiilor care i-au succedat temporal, printre acestea numărându-se micile școli socratice, gânditorii creștini timpurii sau întemeietorii și principalii reprezentanți ai gândirii moderne, printre care și școala dreptului natural.

Metodele adoptate pentru atingerea obiectivelor studiului sunt analiza logică a dialogurilor, în special prin vizarea metodelor folosite de către însuși Socrate, cât și analiza comparativă și istorică a societății ateniene și a celei ideale precum și a celei contemporane, insistând pe elementele de asemănare.

Deși i-au fost dedicate numeroase studii de etică, teoria cunoașterii, spiritualitate și logică, în plan juridic studiile nu au vizat noutatea pe care metoda inductivă a adus-o în studiul principiilor juridice și a moralei și nici implicațiile pe care intelectualismul moral le-a avut asupra modului de a privi educația juridică și conceptul de *responsabilitate* și cel de *sanțiune*.

2. Principii morale și principii juridice

Derivarea principiilor și normelor juridice din normele de morală și din obiceiuri est un fapt demonstrat de însăși evoluția societăților umane. Problema legitimității morale a reglementărilor pozitive actuale, ilustrat prin preocupările dreptului natural în special, pe când și a dreptului istoric în subsidiar, este dintre aspectele centrale ale teoriei generale a dreptului și a filosofiei dreptului. Pentru ca această problemă să poată fi dezbătută a fost necesară apariția istorică a celebrului atenian întrucât a fost cel care a demonstrat obiectivitatea eticii, deci caracterul său științific. După cum susține și profesorul Mircea Djuvara², celebrul profesor neokantian, ideile etice cât și cele naturale se nasc sub presiunea socială, însă acest fapt nu împiedică posibilitatea stabilirii valorii lor de adevăr și celei de drept sau nedrept, bine sau rău. Cu alte cuvinte, conștiința etică există în mod autonom față de cea intelectuală, deci etica există ca știință autonomă. Putem observa așadar, cel puțin doi gânditori influențați de gândirea socratică/ uneori voalată de cea platoniciană- Immanuel Kant și Mircea Djuvara.

În general, temele din etica greacă gravitează în jurul a doi termeni- cel de *fericire* (eudaimonia) și virtute (arete)³. Virtutea se identifică în discuțiile socratice cu rațiunea, iar sufletul depinde de rațiunea orientată către virtute⁴. Virtutea înseamnă- cumpătare, respectul legilor, bărbăția, dreptatea, curajul, justețea și binele. Prin intermediul lui Platon, ideile lui Socrate capătă consistență logică- omul poate să cucerească lumea într-un mod virtuos în condițiile în care își cunoaște propriul micro-cosmos, căci acolo găsește copiile lumii ideilor.

¹ Cum este cazul sclavilor sau al femeilor

² Mircea Djuvara, Despre autonomia conștiinței morale și juridice, Tipar Mișcarea, vezi și Mircea Djuvara, Origines historiques de la doctrine du droit de la nature et des gens, Omagiu C. Stoicescu, Tipar Bucovina, I.E. Torouțiu, 1940

³ Christopher Rowe, Plato, New York, St Martin's Press, 1984

⁴ „la om toate depind de suflet (care are facultăți), facultățile sufletului depind de rațiune, însă numai în măsura în care vor să fie bune” – Menon, 88, d-e, după Gh.Al.Cazan, Introducere în filosofie, București-Editura Actami, 1999, pag. 138

Principiul central al viziunii socratice este acela de a trăi bine, care este același lucru cu a trăi frumos și drept¹, din aceasta rezultând identificare binelui cu frumosul și dreptul, toate fiind elemente centrale ale vieții individului care se ghidează după rațiune și a statului în care trăiește. Pentru a demonstra că principiile moralei trebuie mereu aplicate după o apreciere rațională a situației, Socrate inițiază o serie de dialoguri cu diferiți reprezentanți ai cetății ateniene. Concluziile la care a ajuns au fost de multe ori în contradicție cu ceea ce el însuși numea opinia generală sau a maselor întrucât au presupus o apreciere critică și nu circumstanțială a faptelor și judecăților. Pentru acest motiv, a atras un număr important atât de prieteni și admiratori cât și de dușmani care au văzut în argumentarea bazată pe metoda inductivă sau de ‘moșire’ a adevărului o metodă de manipulare similară demonstrațiilor aparținând sofștilor.

Ideea binelui produs al gândirii raționale și aplicabil în funcție de situație, Justiția reducându-se la o sumă de proporții raționale căci binele unuia nu se opune celuilalt, fiind universal este susținută și de către Aristotel². Aceeași idee este discutată în altă formă și de către Gorgias, despre care se spune că prefera justiția dreptului rigid și literii legii, legile pozitive trebuind a fi supuse judecății pentru a putea identifica eventualele injustiții care ar putea interveni³.

Socrate s-a aflat tocmai în această postură în momentul judecății și al pronunțării sentinței- după ce a demonstrat că niciuna dintre acuzațiile care i se aduceau nu puteau fi susținute a cerut în mod implicit re-analizarea interpretărilor faptelor și a valorilor morale atribuite, însă acest lucru nu s-a petrecut și nici litera legii nu a fost aplicată întrucât nici introducerea de zei noi și nici influențarea educației tinerilor nu aveau prevăzute pedeapsa capitală. A acceptat însă sentința tocmai pentru a oferi un exemplu contemporanilor și urmașilor săi de curaj în fața morții, de responsabilitate a propriilor fapte în fața legiuitorilor cât și de asumare a propriilor concepții despre moartea și filosofare⁴.

3. Stat și drept

Viața lui Socrate constituie exemplul cel mai grăitor al unui om dedicat pietății și dreptății așa cum el însuși o afirmă⁵, iar procesul în care va fi acuzat constituie unul dintre cele mai puternice contestări a principiului echității și justiției, precum și a principiului libertății și egalității. Întreaga epocă greacă clasică s-a confruntat cu perioade în care legitimitatea statului și a dreptului impus era contestabilă din pricina regimului politic de tip dictatorial. În acest context, rolul de reprezentant al societății civile și l-a asumat Socrate, singurul din întregul sfat⁶ cât și din cetate care a luat atitudine în momentul în care Sfatul celor 500 a decis unanim să trimită la moartea generalii în lipsa unor procese individuale. Un alt astfel de exemplu de respingere a tiraniei este atitudinea luată împotriva ,tiraniei celor 30⁷ din 404 î.Hr. îl reprezintă refuzul de participa la arestarea lui Leon din Salamina,

¹ Platon, Criton, op.cit., 48b, p.47

² Aristotel, Metafizica, Edit. Iri, cap. XII

³ Vezi și M.Djuvara, , Origines historiques de la doctrine du droit de la nature et des gens, Omagiu C. Stoicescu, Tipar Bucovina, I.E. Torouțiu, 1940

⁴ Scopul filosofiei, așa cum e prezentat în Phaidon, 67a- 67b, pag.168, fiind pregătirea pentru moarte- *melete thanatou*- adică detașarea de lumea sensibilă. *Poate că acesta-i adevărul- celui ce nu-i curat nu i se cade să se atingă de ce este curat*

⁵ Xenofon, Amintiri despre Socrate, Apologia, București- Editura Univers, 1987, pag. 235

⁶ Sfatul celor 500, din ale cărui 50 de membrii s-au prezentat în fața tribunalului din Pyrtaneu.

⁷ În 404 se instaurează regimul celor 30 de tirani, caracterizat prin proscritii și regim de teroare, pe fondul slăbiciunii politice și economice produse de războiul cu Sparta dintre 431 și 404 și de creșterea absenteismului politic al cetățenilor. Printre tirani se vor număra și Critias și Alcibiade, foști discipoli ai lui Socrate. Această legătură a încurajat creșterea neîncrederii față de învățăturile lui Socrate, însă așa cum nota și Xenofon în Amintiri... nu se poate crea o legătură cauză-efect întrucât aceasta nu le-a vorbit niciodată despre legitimitatea tiraniei asupra cetății și nu i-a încurajat, ci chiar a încercat să-i descurajeze.

chiar cu prețul propriei condamnări, iminentă dacă regimul nu s-ar fi prăbușit în doar un an din pricina propriilor excese, moment în care este declarată aministie politică.

Dreptatea și justul nu pot fi cunoscute decât prin intermediul rațiunii, fiind corelative ideilor de Adevăr, Bine și Frumos¹. Pentru acest motiv, în *Republica* se recomandă educarea *paideia*-oamenilor din fragedă copilărie, vreme de 20 ani, prin cultivarea științelor, aritmeticii, geometriei, astronomiei, muzicii și dialecticii pentru a le conferi acestora capacitatea de a alege forma de guvernare cea mai dreaptă, adică cea care le oferă gradul cel mai însemnat de libertate. Tot în acest dialog este făcută analogia dintre individ și cetate cu cea dintre parte și organism- statul împrumut de la oameni caracterul lor puternic și spiritul dreptății în care sunt crescuți, pe când o cetate alcătuită din caractere pline de slăbiciuni nu poate avea decât un regim politic pe măsură, adică abuziv și coruptibil. Totodată, în momentul alegerii conducătorului cetății trebuie ales cel iubitor de înțelepciune, adică capabil să renunțe la propriile nevoi pentru a căuta să aducă cât mai multe beneficii poporului pe care îl reprezintă și nu pe cei iubitori de biruințe adică de propria glorie sau cei iubitori de câștiguri². Legile pe care astfel de conducători înțelepți le dau au rolul unificării indivizilor și a corectării slăbiciunilor acestora, precum principiul Binelui în cunoaștere. O cetate unificată se bazează pe respectul de către toți cetățenii a legilor sale, însă aceste legi trebuie să reflecte Binele moral în primul rând și spiritul dreptății. Socrate tocmai aceste legi le-a respectat chiar dacă l-au trimis la moarte, Xenofon chiar că *Purtarea sa este plină de respect față de lege, atât în viața civilă cât și în cea militară, astfel încât era un model pentru toată lumea*³. Acest lucru nu l-a împiedicat să pună în discuție modul în care conducătorii interpretează și aplică legea, așa cum s-a întâmplat în cadrul procesului în care a primit o sentință capitală în condițiile în care nu săvârșise niciuna dintre crimele pentru care se da o asemenea pedeapsă- nici jaful oamenilor, al lăcașurilor sfinte, nici omoruri sau înșelăciuni.

Statul trebuie să se ocupe de prosperitatea cetățenilor pe care îi guvernează și trebuie să înlăture nedreptățile pe care cei slabi le pot suferi din partea celor mai puternici. Totodată, trebuie să urmărească propria conservare prin păstrarea legitimității, motiv pentru care judecătorii consideră că acuzațiile ce i se aduc- aceea de a fi corupt tinerii și cea de a fi introdus zei noi în cetate- ar putea fi considerate ca motive serioase de îngrijorare, în special în condițiile creșterii popularității lui Socrate pe fundalul unei democrații fragile, afectate de războiul îndelungat purtat cu Sparta.

Problema nedreptății sentinței apare în contextul condamnării lui Socrate din 399 î.Hr., la acuzațiile lui Meletos și Anytos, în spatele acestora aflându-se de fapt evidente motive politice. În *Apologie* și *Criton* este discutată problema dreptății și a nedreptății îndreptate împotriva propriei persoane și asupra altora, precum și împotriva statului atenian. Astfel, după pronunțarea sentinței considerate de către mulți atenieni ca fiind nedreaptă, lui Socrate i se propune de mai mulți discipoli sau simpatizanți evadarea, însă va refuza întrucât acest gest îl consideră ca fiind unul de supremă nedreptate față de statul și legile sub care a ales să trăiască și cărora, în consecință, să li se supună. Astfel, argumentarea lui Socrate, bazată pe dialogul fictiv dintre sine, în poziție de evadat și legile și statul atenian, pe de-altă parte, ajunge la afirmarea necesității cunoașterii legii și a respectului judecății realizate de către organele statului, indiferent dacă judecata este una echitabilă ori nu. Astfel, crima pe care o asemenea încălcare ar atrage-o este una triplă⁴- în primul rând pentru că i-au fost oferite drepturile și libertățile încă din momentul nașterii sale, cărora le corespund și obligații, printre care aceea de respectare și executare a sentințelor judecătorești, apoi pentru că nu respectă legile și nici nu încearcă să demonstreze că sentința este greșită și, în al treilea rând, pentru că nu

¹ *Domeniul inteligibilului, mai presus de toate este ideea Binelui, că ea este anevoie de văzut, dar că, odată văzută, ea trebuie concepută ca fiind pricină pentru tot ce-i drept și frumos*, Platon, *Republica*, pag.316

² N.Popa, I.Dogaru, Gh.Dănișor, D.C. Dănișor, *Filosofia dreptului. Marile curente*, Editura C.H.Beck-București, 2007, ediția a II a, Secțiunea a IV a- Platon, pag.356

³ Xenofon, *Amintiri despre Socrate*, IV, pag. 114

⁴ Platon, *Criton*, 51d- 52b

optează în mod clar și sincer pentru respectul normelor sau, dimpotrivă, pentru refuzul lor pentru motive justificabile. Mai mult, consecința cea mai clară va fi aceea că răspunzând unei sentințe considerate ca fiind nedrepte printr-o nouă nedreptate¹, își va face mai mult rău propriei persoane, confirmând, de fapt, acuzațiile care i s-au adus- va influența în mod nociv tinerii să nu respecte legile și statul.

Astfel, Socrate *ar fi vrut mai bine să moară respectând legile decât să trăiască încălcându-le*², confirmând valoarea dublă a finalității legii- aceea de realitate morală și cea de realitate ontică, fără de care existența în contextul social nu este posibilă. Dreptatea sau înfăptuirea legilor înseamnă a-l face pe cel nedrept drept, educația realizându-se pe tot parcursul vieții în scopul realizării unei vieți virtuozitate. În acest punct putem observa viziunea modernă a lui Socrate- înfăptuirea legii se realizează atât sub forma sancțiunii cât și sub cea a prevenirii prin permanentă antrenarea a capacității raționale și a simțului moral.

4. Conceptul de „responsabilitate”

Responsabilitate este un fenomen social care exprimă un act de angajare a individului în procesul integrării sociale și prespune ca premisă esențială existența libertății sociale a individului. Astfel, individul considerat ca fiind capabil să-și asume drepturi și obligații este, așadar, conștient de consecințele faptelor sale și de conținutul normelor juridice printre care se află și sancțiunea, deci poate fi tras la răspundere pentru încălcarea prevederilor pe care le-a acceptat și despre care nu poate invoca necunoașterea³. Totodată, răspunderea și sancțiunea apar nu ca fiind identice, ci ca două fețe ale aceluiași mecanism social⁴, prima fiind cea care justifică existența celei de-a doua și aplicarea acesteia.

În funcție de capacitatea statului și a organelor abilitate de a contribui la formarea unei atitudini culturale a individului față de lege și față de valorile pe care aceasta le protejează, se constată existența a unor variate tipuri de răspunsuri venite din partea cetățenilor guvernați.

Pentru a înțelege modul în care responsabilitatea este percepută de către Socrate se impune o analiză prin raportare la o serie de factori printre care: atitudinea față de raportul individului cu familia de origine, cu familia întemeiată, cu prietenii, cu legile și statul și cele cu angajatorul. În ceea ce privește raportul dintre fiu și mama sa, putem aminti discuția pe care Socrate a avut-o cu fiul său, ocazie cu care îi amintește acestuia că lipsa de respect față de părinți este considerată una dintre cele mai blamabile crime în cetatea ateniană, fiind pedepsită prin excludere de la funcțiile publice și chiar judecată⁵.

În ceea ce privește raporturile dintre membrii familiei și responsabilitatea capului familiei față de aceștia, Xenofon povestește despre sfatul pe care i l-a dat lui Aristarh de a încuraja pe fiecare rudă să lucreze pentru binele propriu și binele comun, arătând astfel valoarea inestimabilă a familiei pentru un abil conducător. Totodată, capul familiei este administratorul și garantul independenței membrilor, având un rol similar celui ocupat de către câinele ciobanului în stâna pe care o protejează de atacurile lupilor. Trimiterea este evidentă la conducătorul statului, despre care spune că trebuie să administreze bunurile și să asigure cetățenilor bunăstarea și gradul cel mai ridicat de libertate posibil, condamnând așadar regimurile tiranice.

¹ În Gorgias Socrate numește acțiunile nedrepte *rușinoase* deci se observă clar legătura puternică dintre etic și dreptate. Regulile dreptății sunt doar o limitare realizată de către legiuitor, prin raportare la normele moralei, a libertății de acțiune.

² Xenofon, Amintiri despre Socrate, cartea a IV a, pag. 115

³ Conform adagiului latin *Nemo legem ignorare censetur*

⁴ N. Popa, Teoria generală a dreptului, București- Ed.C.H.Beck, 2008, pag.288-289

⁵ Xenofon, op.cit, Convorbiri memorabile, pag. 37-40

Responsabilitatea tinerilor față de familie și de societatea în care trăiesc este subliniată în dialogul cu Glaucon, căruia îi demonstrează că un bun conducător al cetății este în primul rând un bun administrator al propriei averi, așa cum un bun administrator al unui cor precum Antistene poate fi și un abil conducător de oști. Astfel, tinerii trebuie întâi să învețe să se ocupe de propria gospodărie pentru a ocupa mai apoi funcții importante în stat și pentru a putea asigura aprovizionarea și întreținerea cetății și a armatei. Totodată, Socrate demonstrează cu prilejul unei alte discuții că pentru a ajunge un bun conducător, un individ trebuie crescut în spiritul responsabilității și al sacrificiului propriilor dorințe întrucât raportul dintre conducător și cetățeni este identic celui dintre sclav și stăpâni.

Responsabilitate față de muncă este condiționată de conștiința fiecăruia că sarcina asumată trebuie să o poată duce până la capăt cu dăruire și conștiinciozitate, așa cum îl sfătuiește înțeleptul pe vechiul său prieten, Eutheros. Un altfel de exemplu este experiența militară a lui Socrate și rezultatele foarte bune obținute întrucât a considerat această acțiune ca fiind justă și necesară pentru apărarea cetății sale, motiv pentru care și-a concentrat toate eforturile în această direcție.

Responsabilitatea lui Socrate față de statul atenian și legile acestuia este demonstrată de participarea sa la campaniile militare ale războiului peloponesiac și chiar distingerea sa prin curaj și abilități fizice, motiv pentru care i se propune o răsplată la recomandarea armatei, pe care o refuză însă în favoarea lui Alcibiade. Refuzul de a primi răsplată își găsește justificarea în valoarea semnificativă pe care o acordă actului de a lupta pentru propria cetate și legile sale, valoare care nu poate fi estimată prin onoruri sau răsplată venită din partea mulțimilor, ci doar prin conștiința înfăptuirii unui lucru moral și drept. Apoi este probabil ca acest gest să fi fost făcut cu titlu de exemplu pentru a îndemna conducătorii, cât și cetățenii la modestie și la aprecierea lucrurilor prin raportare la morală și nu doar la valoarea pecuniară căci *nu virtutea se naște din avere, ci din virtute vin și averea și toate celelalte bunuri, pentru fiecare om în parte și pentru fiecare cetate*¹.

Mai târziu, va refuza să părăsească cetatea pe parcursul întregii vieți- excepție făcând jocurile istmice și campaniile militare- și chiar în momentul condamnării sale deși mai mulți prietenii influenți și cu resurse economice i-au oferit sprijinul. Motivele pe care le invocă sunt de ordin practic- vârsta sa înaintată, consecințele pe care le-ar fi suferit ajutorii săi² cât și familia sa³- și de ordin etic- refuzul aplicării judecății este o nedreptate întrucât din stat izvorăște dreptul, orice refuz fiind de natură să pună în pericol legitimitatea statului⁴ și, deci, ordinea instituită, cât și de ordin religios- zeul său sau conștiința (daimon-ul) nu-l lasă să se opună judecății. Legea care trebuie respectată este atât cea dată de stat cât și cea nescrisă, dată de către zei oamenilor sau cea numită justiție superioară.

Mai presus de orice alt tip de responsabilitate se află cea față de stat și legile prin care acesta guvernează și stabilește buna desfășurare a activităților celor pe care îi reprezintă întrucât are consecințe definitive și asupra celorlalți- asupra propriei persoane în lumea lui Hades, asupra familiei și prietenilor⁵. Dacă este respectată legea și legitimitatea statului democratic, sunt în continuare respectate drepturile și libertățile cetățenilor și unitatea individ-stat, în caz contrar existând posibilitatea întoarcerii la o nouă tiranie și deci la un stat care nu respectă dreptatea. Încurajarea rațiunii și a teoriei virtuții aduc o cale de soluționare a conflictului dintre democrație și aristocrație/oligarhie care a dominat societățile grecești din epoca clasică.

Una dintre principalele consecințe ale intervenției talentului de scriitor cât și a geniului filosofic al lui Platon este aceea a unei prezentări clare a ideilor lui Socrate. Astfel, conceptul de

¹ Platon, Apologia lui Socrate, 30a, pag.22

² Platon, Criton, Editura Mondero, 2003, 53b, pag. 53

³ '(...)eu sunt încredințat ca e mai bine pentru mine și mor, și cu acestea, să fiu dezbărat de toate', Platon, Apologia lui Socrate, Editura Mondero, 2003, 41d, pag. 36

⁴ Platon, Criton, Editura Mondero, 2003, 48b- 54e, pag. 47-54

⁵ Idem, 54c, pag. 54

responsabilitate a ființei umane suferă o modificare esențială, care va constitui ulterior baza civilizației moderne europene și anume coborârea principiilor din planul general în cel pur uman, principiile unei vieți virtuoză aflându-se în sine și depinzând într-un mod firesc de rațiune. De fapt, în acest punct se poate observa distincția dintre maestru și discipol- primul a promovat intelectualismul moral, iar cel de-al doilea intelectualismul pur, situat prin excelență în lumea ideilor.

5. Concluzii sau Moștenirea lui Socrate

Influența atitudinii critice a lui Socrate s-a manifestat atât în timpul vieții, asupra tinerilor discipoli care-l însoțeau cât și după moartea sa, prin *școlile micilor socratici*- școala ereticească, școala cinică, școala cirenaică și cea megarică și a *marilor socratici*- *Platon și Aristotel*. În secolele următoare, moștenirea sa a fost preluată de romani, apoi de către teoreticienii creștinismului- Sfântul Augustin și Toma d'Aquino și întemeietorii științei moderne- Galileo Galilei, Rene Descartes, Leibniz, Francis Bacon, John Locke, Immanuel Kant, F. Hegel, Auguste Comte, Bertrand Russell.

Cirenaicii au fost considerați teoreticieni ai plăcerii întrucât susțineau posibilitatea reducerii cunoașterii la senzații care devin criterii de apreciere a conduitei practice. Adevărul fiind senzația, obținerea senzației plăcute reprezintă scopul existenței. Pentru Aristippos din Cirene (435- 350 î.Hr.) plăcerea este principiu numai pentru omul cultivat filosofic, idee dezvoltată de către Hegesias și Anniceris care consideră că plăcerea nu poate fi o sursă sigură de cunoaștere, ci doar rațiunea. Anniceris a atribuit prieteniei și cultivării înțelepciunii titlul de valori superioare ale individualismului.

Școala cinică a fost reprezentată de Diogene din Sinope (404-323 î.Hr.) supra-numit și Diogene Cincul, care a rămas în memoria contemporanilor prin atitudinea sa de respingere a oricăror constrângeri naturale sau sociale, subliniind astfel necesitatea ca individul să-și stabilească singur măsura. Refuzul oricăror culturi a dus, de fapt, la crearea unei noi culturi- cea a libertății ca stare negativă, de renunțare. Un alt reprezentant al acestei școli, Antisthene, va nega posibilitatea predicției în ordinea morală, nega obiectivul, știința și cultura. Rolul filosofiei este unul de eliberare interioară de natură sau lege. Apariția acestei școli va fi o reacție la excesul de raționalitate socratic sau platonice.

Școala megarică a fost alcătuită din gânditori cu o aplecare deosebită către dialectică și euristică în analiza unor probleme de ontologie și etică. Eucleides (450- 380 î.Hr.) a fost discipolul lui Socrate fapt vizibil în preocupările sale- aceea de reanalizare a relativismului conceptului de Bine- Binele este absolut și unic, iar opusul său nu există.

Atât micile școli socratice cât și cei doi mari socratici- Platon și Aristotel- spun lucruri importante, deși diferite ca intensitate, ca ecou în rândul urmașilor și ca problematică. Împreună formează întregul gândirii post-socratice antice.

În plan juridic, concepția socratică a caracterului etern și universal al legilor se va manifesta în direcțiile adoptate de către școala naturală a dreptului. Se poate însă afirma că unele dintre ideile socratice au fost dezvoltate și de către idealismul german¹.

Gândirea greacă s-a concentrat în jurul caracterului sacru al legilor și a distincției dintre justiția naturală și cea legală, idei preluate ulterior și de către Cicero în definirea termenului de *echitate* aflată deasupra legilor pozitive. Raționalitatea ființei umane și capacitatea sa de a înfăptui binele, idei dezvoltate de către Socrate, vor constitui baza concepției lui Toma d'Aquino cu privire la dreptul natural ca ordin dat rațiunii spre binele comun. Mai târziu, va apărea un nou echivalent al noțiunii de rațiune- cel de *simț comun* al lui René Descartes. În epoca Renașterii și în perioada

¹ Conform concepției kantiene experiența nu se poate constitui fără acte ale spiritului cunoscător. Exemplu- ideea de *datorie* fiind apriorică, ea este, astfel, o condiție logică a cunoașterii empirice. În mod similar sunt ideile platonice, de aici importanța dialecticii maieutice a lui Socrate, prin care demonstrează posibilitatea descoperii ideilor de Bine, Frumos și Adevăr după care să ne ghidăm în acțiunile noastre.

iluministă concepțiile jusnaturaliste și cele contractualiste vor încerca să justifice înlocuirea autorității dreptului divin, asociate monarhiei absolute, cu autoritatea aprobată de către cei conduși. Conform teoriei lui Hugo Grotius, întemeietorul școlii dreptului natural, constituirea comunității umane își găsește justificare în natura morală și socială¹ a omului. Criticile aduse acestui curent au privit abordarea sa abstractă și asocială a dreptului, însă ideile socratice sunt menite să ajute la depășirea acestor critici întrucât au vizat tocmai situarea legiuitorului și a fiecărui cetățean în parte în permanent dialog cu sine și cu ceilalți, în încercarea de a găsi soluția cea mai bună pentru cetate și pentru fiecare în parte.

Metoda socratică a fost un punct original întrucât prin procedeul inducției a ajuns la termenii de *esență* și *noțiune*, primul fiind de ordin ontologic, cel de-al doilea logic. Din primul termen a derivat *definiția* ca esențial al definitului. Prin metoda inducției se ajunge la concluzia că fenomenele morale sunt și variate și complexe, însă la aparentul relativism care poate să reiasă inițial adaugă existența constantelor- a Ideilor din copii sau a eticului din lumea concretă. Concluzia este aceea a superiorității universalului etic și logic și a științei eticii², devenind astfel, după cum afirmă del Vecchio³, unul dintre principalii fondatori ai eticii, dacă nu chiar cel dintâi. Astfel, înfăptuirea binelui capătă o justificare obiectivă, rațională.

Un alt punct de originalitate al viziunii lui Socrate este analiza legăturii dintre educație și respectarea legii- legea nefiind înfăptuită doar prin sancțiune ci și printr-un lung proces de prevenire prin permanența formare a tinerilor în spiritul rațiunii și al moralei, acestea fiind necesare și obiective. Virtutea trebuie să vizeze întreaga comunitate umană a cetății pentru a face un regim să fie drept și este singura cale de soluționare a conflictului dintre libertate și necesitate- lege. Această viziune va fi reluată și nuanțată în epoca modernă de marii gânditori politici liberali și socialiști. În acest context amintim viziunea lui Blaise Pascal asupra legăturii dintre necesitate și libertate, teoria monistă a lui Leibniz, teoria libertății a lui John Stuart Mill sau a lui Alexis de Tocqueville sau, în epoca contemporană, teoria dreptății a lui Hayek.

Legea drept condiție esențială de existență a societății va constitui o premisă a dezbaterilor iluministe cu privire la teoria contractului social, care a stat la bazele revoluțiilor și a formării statelor moderne. Funcția contractului social este aceea de garantare a drepturilor naturale ale indivizilor, drepturi derivate din calitatea lor de ființe raționale capabile de a-și asuma drepuri și obligații, în raport cu statul și autoritatea acestuia. Existența statului se justifică doar în aceste condiții. În ciuda relativizării condițiilor sociale deci și a valorii absolute a justiției, metoda rațională de apreciere a caracterului drept sau nedrept al unor instituții juridice continuă să se aplice⁴.

Credința în existența unei justiții universale, perceptibile cu ajutorul rațiunii, constituie o premisă majoră pentru existența statelor moderne democratice. Justiția va fi judecată însă în funcție de fiecare situație în parte, cu respectarea principiilor juridice. Respectarea acestei ordini juridice este posibilă, așa cum ne demonstrează celebrul personaj, numai prin educarea cetățenilor în spiritul adevărului și al virtuții care derivă din acesta. Responsabilitatea presupune tocmai înțelegerea tuturor împrejurărilor în care se produc faptele care lezează ordinea de drept și asumarea consecințelor faptelor proprii, prin raportare la un sistem cu două valențe- juridică și etică.

Putem observa moștenirea gândirii socratice specific critice ca fiind prezentă în gândirea politică, filosofică și juridică modernă și contemporană. Mai mult, simbolul morții sale rămâne viu în ciuda trecerii timpului, fapt încurajat și de asocierea sa cu cel aflat la baza doctrinei predominant europene, cea creștină- cel a jertfei mesianice în numele binelui comun și al adevărului.

¹ După definiția dată de către Aristotel omului- *zoon politikon* tradus prin ființă socială

² Gh.Al. Cazan, Introducere în filosofie, București- Editura Actami, 1999, pag.130

³ Giorgio del Vecchio, Lecții de filosofie juridică, București- Editura Europa Nova, 1995, pag. 52

⁴ Ion Craiovan, Tratat de teoria generală a dreptului, București- Universul Juridic, 2007, pag.148

Referințe bibliografice

- Aristotel, Metafizica, București- Editura Iri, 1999
- Aristotel, Etica nicomahică, București- Editura Iri, 1998
- Yvon Brès, Psihologia lui Platon, București- Editura Humanitas, 2000
- Gheorghe Cazan, Introducere în filosofie, Filosofia antică, Filosofia medievală și Filosofia modernă până la Kant, București- Editura Actami, 1999
- Ion Craiovan, Tratat de teoria generală a dreptului, București- Universul Juridic, 2007
- Mircea Djuvara, Despre autonomia conștiinței morale și juridice, Tiparul Mișcarea
- Mircea Djuvara, Origines historiques de la doctrine du droit de la nature et des gens, București- Tiparul Bucovina, I.E. Torouțiu, 1940
- Paul Fauconnet, La responsabilité- étude de sociologie, Paris- Librairie Félix Alcan, 1928
- Anthnonny Gottlieb, Socrate, filosoful martir, București- Editura științifică, 2000
- G.W.F. Hegel, Prelegeri de istorie a filosofiei, Bucuresti- Editura Academiei Republicii Populare Române, 1963
- Debra Nails, Oamenii lui Platon, București- Editura Humanitas, 2008
- Nicolae Popa, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, Dan Claudiu Dănișor, Filosofia dreptului. Marile curente, București- Editura C.H. Beck, 2007, Ediția a II a
- Nicolae Popa, Teoria generală a dreptului, București- Editura C.H. Beck, 2008, Ediția a III a
- Platon, Banchetul și alte dialoguri, București- Editura Mondero, 2003
- Platon, Opere vol V- Republica, București- Editura Științifică și enciclopedică, 1986
- Platon, Menon, București- Editura Autorului, 1935
- Christopher Rowe, Plato, New York- St Martin's Press, 1984
- Eugeniu Speranția, Curs de filosofia dreptului și sociologiei, Cluj- Cartea Românească, 1936
- Giorgio del Vecchio, Justiție și drept, București- Tipografia Curierul judiciar S.A. Str. Artei
- Giorgio del Vecchio, Etica, dreptul și statul, București- Tipografia Cuvântul românesc, 1937
- Giorgio del Vecchio, Lecții de filosofie juridică, București- Editura Europa Nova, 1995
- Gheorghe Vlăduțescu, Ontologie și metafizică la greci, București- Editura Paideia, 2008
- Gheorghe Vlăduțescu, De ce mureau filosofii în Grecia antică, București- Editura Paideia, 2009
- Xenofon, Amintiri despre Socrate, București- Editura Univers, 1987

LIFE UNDER THE SHADOW OF INDUSTRIAL DISASTERS, I.E. THE CURRENT ISSUES OF THE CONTAMINATIONS OF SEAS

András Kardos*

Abstract

It can be stated without exaggeration that nowadays the most important and most fundamental natural resource is the water. Nearly 75% of our planet is covered with water. According to certain scientists, life developed from the seas and oceans, and water has become a determinant, moreover essential element of our life.

The aim of this publication is to give the main features of the issues and problems related to the contamination of aquatic environment, and to try to show the main agreements signed as a result of the struggle against pollution, and the agreements concluded for the protection of aquatic environment, moreover the greatest industrial catastrophes and legal cases related to this topic.

Keywords: international law, environmental protection, industrial disasters, water pollution, contaminations of seas, shipping, dumping of wastes, exploitation of the seabed, land-sourced and atmosphere-sourced pollutions

Certain aspects of the marine pollution

In the preface, I have already mentioned the importance of the water stock of the Earth. The grandest danger for the healthy character, productivity and biodiversity of the aquatic environment is the overland activity of the people.¹ However this environment is also endangered by the shipment, the fishing and the exaggerated exploitation related to this. In addition, the production of oil and the issues of tourism can also be mentioned here. For that very reason it is worth outlining the main causes of the pollution of the maritime environment, moreover I deem it advisable to mention some legal sources that had been born in connection with this during the years.

First of all from among the causes of pollution, the shipping can be mentioned, which raises numerous questions: for example it is needed to make such rules which are able to force back or reduce to zero the emission of the pollutants; to take measures, with which the pollutions resulting from accidents can be stopped; and cooperation is needed for the states to implement those rules, and to avert the losses deriving from catastrophes. Because of the operation of ships, gases move off to the atmosphere, which get back to the water of seas and oceans after a while, and pollute it; however it is not the main problem, but the shipload: just think about the so called tankers which have already caused industrial disasters upon a great number of occasions. In this regard the Torrey Canyon catastrophe of 1967 or the case of Exxon Valdez of 1989 can be mentioned. This latter case happened on 24 March 1989, when the aforementioned tanker stranded – while it was trying to round an iceberg – and 10.9 million gallon oil spilt into the sea in 6 hours. The main cause of this accident was that the captain was under the influence of drink, and also the crew's preparedness was not satisfactory. The settlement among the State of Alaska, the U.S. government and Exxon was approved by the U.S. District Court on 9 October, 1991. It resolved various criminal charges against Exxon as well as civil claims brought by the federal and state governments for recovery of natural

* András Kardos, PhD full time student, 4th semester, Department of International Law, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary. This study has been elaborated under the coordination of Dr. Csilla Csák and Dr. Anikó Raisz.

¹ 51/189 UN General Assembly Resolution

resource damages resulting from the oil spill. Exxon was fined \$150 million, the largest fine ever imposed for an environmental crime. The court forgave \$125 million of that fine in recognition of Exxon's cooperation in cleaning up the spill and paying certain private claims.¹ But we cannot forget the accident of April 2010, in consequence of which the BP Deepwater Horizon oil rig blew up and sank in the Mexico-bay: 11 people died, and because of the quantity of spilled oil it is the largest oil-catastrophe in the history of USA. In this context the first agreement concluded in 1954 was the International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil which had been modified several times during the years. However, it is more important to mention the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) of 1973 and its protocol of 1978. This convention regulates all forms of pollutions from ships – except the dumping of wastes. The five annexes contain detailed rules as regard pollutants.² In Hungary the convention and its protocol was promulgated in the Act X. of 2001. Naturally we cannot forget to refer to the UNCLOS of 1982, which is undoubtedly one of the most important international documents in the field of general rules of the law of the sea, just as well as in connection with the contaminations of seas. This convention defines the concept of the pollution of the marine environment.³ Anyway, the agreement itself devotes an entire section for defining the regulations of actions to be made against pollutions.⁴ The examination of this topic could be part of an independent study, so in this essay – having regard to the size limits – it will not occur.⁵

In the second place the category of dumping of wastes can be mentioned. Its beginning may be put at 1950's and 1960's, when – choosing the relatively cheap and simple solution – the wastes deriving from dry land was dumped into the sea; however it is not mentioned as a pollution from ships, but as a pollution deriving from land.⁶ Two major international treaties deal with ocean dumping. They are the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (London Convention of 1972) and the Convention for the Prevention of Marine Pollution by Dumping from Ships and Aircraft (Oslo Convention of 1972). The former one gives a comprehensive regulation of this field as regards high seas, and according to it, dumping means any deliberate disposal at sea of wastes or other matter from vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea, but does not include the pollutions originating from the normal operations of these vehicles and structures.⁷ Later the UNCLOS adopted this concept with insignificant changes.⁸

¹ See in greater detail: http://www.eoearth.org/article/Exxon_Valdez_oil_spill?topic=58075 (6 March 2013)

² For example, Annex I governs oil, Annex II concerns control of pollution by noxious liquid in bulk, Annex III applies to harmful substances carried by sea in packaged forms or in freight containers, portable tanks or road and railtank wagons, Annex IV controls sewage, and finally Annex V regulates garbage.

³ Pollution of the marine environment: “the introduction by man, directly or indirectly, of substances or energy into the marine environment, including estuaries, which results or is likely to result in such deleterious effects as harm to living resources and marine life, hazards to human health, hindrance to marine activities, including fishing and other legitimate uses of the sea, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities”. UNCLOS, Article 1. (4)

⁴ See in greater detail: UNCLOS, Part XII, Section 5.: International rules and national legislation to prevent, reduce and control pollution of the marine environment

⁵ See in greater detail: KISS, Alexandre – SHELTON, Dinah: *International environmental law*, New York, Transnational Publishers, 2000, 457-476. p.; BRUHÁCS, János: A tengeri környezet védelme az 1982. évi tengerjogi egyezményben. In: ÁDÁM, Antal (ed.): *Tanulmányok Szamel Lajos tiszteletére*, Studia Iuridica 118., Pécs, 1989, 61-74. p.

⁶ CHURCHILL, Robin Rolf – LOWE, Alan Vaughan: *The law of the sea*, Manchester, Manchester University Press, 1985, 214. p.

⁷ Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, Art. III, 1.

⁸ Dumping: “(i) any deliberate disposal of wastes or other matter from vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea; (ii) any deliberate disposal of vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea”. UNCLOS, Art. 1., (5) (a)

In the third place, the exploitation of the seabed and the damages and pollutions deriving from this activity can be mentioned as an example, which occurred in the history due to the continually growing extent of the exploitation of oil and natural gas and the catastrophes relating to this.¹ However, it is necessary to distinguish between operations in the territorial sea and on the continental shelf on the one hand, and mining in the international sea bed area on the other. In connection with the former category, it can be stated that both the Geneva Convention on High Seas and the Law of the Sea Convention (UNCLOS) address general exhortations to States to take measure to avoid both deliberate and accidental sea-bed pollution.² On the other hand, as regards the international sea bed area it is similarly recommended to mention that the UNCLOS stipulates the question: it provides that the International Sea Bed Authority is to adopt rules to prevent pollution from deep-sea mining, particular attention being paid to the consequences of “such activities as drilling, dredging, excavation, disposal of waste, construction and operation or maintenance of installations, pipelines and other devices related to such activities”.³ Assuming such rules fall within the category of “rules, regulations and procedures relating to prospecting, exploration and exploitation in the Area” – and article 17 of Annex III strongly suggests this is the case –, pollution rules are to be approved by the Assembly after having been provisionally adopted by the Council, which in turn is to receive recommendations from the Legal and Technical Commission. In addition to pollution regulations adopted by the Authority, article 209 requires States to adopt national legislation which is no less effective than the Authority’s regulations.⁴

And finally, in the fourth place, the category of land-sourced and atmosphere-sourced pollutions can be referred to. Undoubtedly this category is the most important, as 75% of the pollutants get to the seawater a way like that as sewage-water, industrial waste, agricultural chemical detergent etc. In this respect, I feel the need to give the main features of the MOX case which arose between Ireland and Great Britain, due to the British authorities allowed to establish a plant producing fuel from recycle of nuclear wastes (MOX) in Sellafield (a coastal city near the Irish sea). But, according to the Irish government, the radioactive substances evolving from the factory may pollute the air, and also the seawater. As a consequence of this, the Irish government turned to an arbitral tribunal and asked to lay down that the British authorities had violated their international obligations by retaining the information needed. This case was dismissed, but the Irish government brought a second action based on the UNCLOS: it asked the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) to enact an interim order, to the letter the suspension of the construction permit and the interruption of the maritime transport of the radioactive substances. The ITLOS ordered cooperation and immediate consultation between the parties about exchanges of additional information, monitoring the possible effects and risks, and drawing up measures preceding pollutions. The case continued before a tribunal established according to the Chapter VII of the UNCLOS, where it was brought up that “this case also belongs to the EU”, in consequence of which the tribunal suspended the proceedings till the Court of the EU makes a decision. So it can be stated that – at a certain level – the relation of the EU law and international law has to be solved.⁵ This kind of pollution gets less attention in this regard, as it not only damages the water, but also harms the land; however the UNCLOS implies regulations in two articles in connection with this.⁶

¹ For example, in June 1973 the Ixtoc I. oil rig polluted the Mexican-bay with a huge amount of oil: it is still the third biggest accident of this kind so far.

² See in greater detail: Art. 24 of the High Seas Convention; Art. 208 (1), 214 of the UNCLOS

³ Art. 145 of the UNCLOS

⁴ CHURCHILL – LOWE: *The law of the sea*, 243-244. p.

⁵ See in a greater detail: BRUHÁCS, János: A környezeti károk miatti nemzetközi felelősség dilemmái. In: MIKLÓS, Imre – LAMM, Vanda – MÁTHÉ, Gábor (ed.): *Közjogi tanulmányok Lőrincz Lajos 70. születésnapja tiszteletére*, Budapest, Corvinus Egyetem, 2006, 68-75. p.; SZABÓ, Marcel: A Mox Plant ügy: út az eurosovinizmus felé?, *Európai jog*, Budapest, HVG-ORAC, 2010/2., 18-28. p.; RAISZ, Anikó: A környezetvédelem helye a nemzetközi jog rendszerében – avagy a nemzetközi környezetjog bírói szemmel, *Miskolci Jogi Szemle*, 2011/1., 94. p.

⁶ UNCLOS, Art. 212., 222.

Moreover, regarding the conventions being born as a consequence of the struggle against maritime pollution, it has to be emphasized that the regulation concerning maritime contamination was induced by a concrete accident, namely the – aforementioned – Torrey Canyon catastrophe, in the course of which the Liberian tanker was stranded at the shores of Cornwall, and several tons of oil spilled into the sea. The international community has responded to this case by concluding agreements. For example, in 1969 two agreements were signed in Brussels related to tankers: one of these regulates the civil liability for oil pollution damages, and the other ensures high sea interventions in cases of oil pollution casualties.¹

Later, the Stockholm Declaration on the Human Environment of 1972 also included regulations in connection with the prevention of maritime pollution.² However a number of international documents were accepted in addition which are relevant in this respect. Many of them were concluded by the United Nations Environment Programme (UNEP), and numerous agreements were signed in the framework of other world-wide international organizations, such as the International Maritime Organization (IMO), the Food and Agriculture Organization (FAO), or such regional organizations like the United Nations Economic Commission.³

Accordingly it is worth listing some of these international agreements (besides the aforementioned ones):

- Convention on the Protection of the Marine Environment of Baltic Sea Area (Helsinki, 1974)
- Convention for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution (Barcelona, 1976)
- International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Cooperation (London, 1990)
- Convention on the Protection of the Marine Environment in the Baltic Sea Area (Helsinki, 1992)
- Convention on the Protection of the Black Sea against Pollution (Bucharest, 1992).⁴

It cannot be forgotten, however, that not only contractual legal sources exist in this area of international law, but also the customary law plays a very important role which contains numerous relevant regulations in this connection.

For example, in the case of Corfu Channel the International Court of Justice passed a sentence, according to which all states has the duty not to allow their own areas for the sake of infringement other states' right.⁵ Furthermore, in the arbitral case of Trail Smelter, the arbitration court said that no state had the right to use its own area, or to allow its own area to others in a way that it causes damages for third parties.⁶ And according to the Geneva Convention on the High Seas of 1958, the freedom of the high seas listed in the Convention, and others which are recognized by the general principles of international law, shall be exercised by all States with reasonable regard to the interests of other States in their exercise of the freedom of the high seas.⁷

¹ BRUHÁCS, János: A határon túli környezeti károk orvoslásának problémája: nemzetközi magánjogi egyezmények, *Jura*, 2005/1., 49-50. p.

² Stockholm Declaration, Principle 7: „States shall take all possible steps to prevent pollution of the seas by substances that are liable to create hazards to human health, to harm living resources and marine life, to damage amenities or to interfere with other legitimate uses of the sea.”

³ KISS, Alexandre: The Destiny of the Principles of the Stockholm Declaration. In: NORDQUIST, Myron – MOORE, John Norton – MAHMOUDI, Said (ed.): *The Stockholm Declaration and Law of the Marine Environment*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, 55-56. p.

⁴ As it can be seen from the list, several multilateral agreements has been concluded so far, nevertheless a great number of these are regional of nature: for example, conventions has been accepted in this relation for the protection of the Persian Gulf, the West and Central African Region, the Caribbean Region or the Indian Ocean, etc.

⁵ ICJ, UK vs. Albania, judgement, 9 April 1949

⁶ Trail Smelter case, USA vs. Canada, 11 March 1941; see also: RAISZ: A környezetvédelem helye..., 94. p.

⁷ Convention on the High Seas (Geneva, 1958), Art. 2.

So basically it can be stated – by putting the facts together in the aforementioned 2nd article of the Geneva Convention, the judgement of the ICJ and the arbitral decision – that a general rule exists in international customary law, according to which, no state shall allow their nationals and citizens that those do damage to other states.

Over and above the international regulations, the law of the European Union cannot be ignored. In October 2005, a thematic strategy was accepted with regard to maritime environment, which aim is to protect and restore the seas and oceans of Europe, and to ensure that human activities are showed in a sustainable method for the sake of future generations. In parallel with this, the European Commission has made a proposal for a directive on the maritime protection strategy, which desires to reach the maritime environment's "good ecological state" until 2021.¹

Conclusion

Examining the topic thoroughly, it can be stated without exaggeration that the question if maritime water pollution is still mostly unsolved. In my opinion, one reason is that the international documents regulate certain issues too generally and obscurely. Sometimes we can meet with such uncertain legal concepts, which can be interpreted different ways by official persons and authorities (for example the aforementioned "serious damage" is a concept like that – moreover, in my opinion, in the current situation of environmental pollution it is not fortunate to use the "serious" attributive, as it may decrease the retarding force). In relation to the lack of the retarding force it has to be mentioned that it is a global international law problem, which may be increased if all kinds of polluting activity would be more seriously punished by law.

But the questions still remain that how it can be enforced. I have already pointed to in a former study, that according to my opinion – as a part of a more efficient system – there is a need of establishment of a court exclusively dealing with environmental matters in the framework of UN, with the effectual support of the UNEP, and this jurisdictional organ would be helped by an independent expert panel. Obviously, problems may emerge in connection with the proliferation of international courts, but recently the greatest difficulties the states themselves, since if they are unwilling to establish such a court, then the conception is not realizable. Anyway it is clear that the environmental cases may increase in the near future, as currently three cases are in progress before the ICJ.

References:

1. Books, publications, essays:

- BRUHÁCS, János: A határon túli környezeti károk orvoslásának problémája: nemzetközi magánjogi egyezmények, *Jura*, 2005/1.
- BRUHÁCS, János: A környezeti károk miatti nemzetközi felelősség dilemmái. In: MIKLÓS, Imre – LAMM, Vanda – MÁTHÉ, Gábor (ed.): *Közjogi tanulmányok Lőrincz Lajos 70. születésnapja tiszteletére*, Budapest, Corvinus Egyetem, 2006
- BRUHÁCS, János: A tengeri környezet védelme az 1982. évi tengerjogi egyezményben. In: ADÁM, Antal (ed.): *Tanulmányok Szamel Lajos tiszteletére*, Studia Iuridica 118., Pécs, 1989

¹ The Erica tanker's accident of 2000 urged the EU to strengthen its own position in the field of the struggle against maritime pollution and in the field of maritime security, by the acceptance of 1406/2002/EC decree on the establishment of the European Maritime Safety Agency. The 2005/35 directive on ship-source pollution and on the introduction of penalties for infringements tries to ensure to impose punishment on the responsible actors for pollutant emissions by effective and retentive – criminal or administrative – sanctions. In 2008 the Commission proposed the modification of the directive: according to the revised directive, the emissions of pollutants by ships are crimes, if they are committed intentionally, gross negligence or malpractice, and result in serious damage. It is a very good question however, that what is qualified as serious deterioration.

- CHURCHILL, Robin Rolf – LOWE, Alan Vaughan: *The law of the sea*, Manchester, Manchester University Press, 1985
- KISS, Alexandre – SHELTON, Dinah: *International environmental law*, New York, Transnational Publishers, 2000
- KISS, Alexandre: The Destiny of the Principles of the Stockholm Declaration. In: NORDQUIST, Myron – MOORE, John Norton – MAHMOUDI, Said (ed.): *The Stockholm Declaration and Law of the Marine Environment*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2003
- RAISZ, Anikó: A környezetvédelem helye a nemzetközi jog rendszerében – avagy a nemzetközi környezetjog bírói szemmel, *Miskolci Jogi Szemle*, 2011/1.
- SZABÓ, Marcel: A Mox Plant ügy: út az eurosovinizmus felé?, *Európai jog*, Budapest, HVG-ORAC, 2010/2.

2. Documents, websites:

- 51/189 UN General Assembly Resolution
- Convention for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution (Barcelona, 1976)
- Convention on the High Seas (Geneva, 1958)
- Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (London, 1972)
- Convention on the Protection of the Black Sea against Pollution (Bucharest, 1992)
- Convention on the Protection of the Marine Environment in the Baltic Sea Area (Helsinki, 1992)
- Convention on the Protection of the Marine Environment of Baltic Sea Area (Helsinki, 1974)
- Declaration on the Human Environment (Stockholm, 1972)
- International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Cooperation (London, 1990)
- United Nations Convention on the Law of the Sea (Montego Bay, 1982)
- Website of The Encyclopedia of Earth: http://www.eoearth.org/article/Exxon_Valdez_oil_spill?topic=58075 (6 March 2013)

ASPECTE EVOLUTIVE PRIVIND ASOCIAȚIA EUROPEANĂ A LIBERULUI SCHIMB

Ana Loredana MĂZĂREANU¹

Abstract

Cercetarea de față își propune să reliefeze necesitatea constituirii Asociației Europene a Liberului Schimb la nivel european, precum și să prezinte, în mod succint, evoluția istorică a Asociației. Totodată, vom analiza maniera în care crearea Comunităților Europene a influențat obiectivele Asociației Europene a Liberului Schimb. Vom prezenta, de asemenea, cele mai importante diferențe între Uniunea Europeană și Asociația Europeană a Liberului Schimb, în calitatea acestora de subiecte de drept internațional.

Pentru a contura o imagine de ansamblu asupra Asociației se impune cu necesitate prezentarea forurilor de conducere ale acesteia și a modului de a accede la președinția Asociației Europene a Liberului Schimb.

Cuvine cheie: *liber schimb, evoluție, Comunitățile Europene, Uniunea Europeană, Spațiul Economic European.*

1. Introducere

După cel de-Al Doilea Război Mondial, teritoriul Europei Occidentale a devenit spațiul de confluență a celor mai numeroase și importante organizații internaționale, cu precădere din cauza faptului că majoritatea statelor europene ieșiseră erodate din cea mai mare conflagrație mondială. Acesta a fost contextul în care, în Europa și nu numai, au luat ființă organizații ca: Asociația Europeană a Liberului Schimb (AELS²). Acordul Nord-American de Liber Schimb (NAFTA), Comunitatea Africii de Est, dar și Comunitatea Economică Europeană (CEE), ca organizație precursoră a Uniunii Europene. Apariția Asociației Europene a Liberului Schimb s-a realizat în strânsă legătură cu constituirea Comunității Economice Europene.

Analiza modului în care a apărut, a obiectivelor sale, precum și a relațiilor pe care le-a stabilit cu celelalte organizații internaționale sau interguvernamentale prezintă o importanță deosebită, deoarece AELS reprezintă un participant important la schimburilor economice ce se realizează între statele lumii. Acesta este raționamentul pentru care o analiză a cauzelor care au determinat formarea AELS, a obiectivelor sale, a evoluției, precum și a structurii organelor de conducere se impune a fi elaborată.

Existența unei economii de piață în țările Europei de Vest, pe de o parte, și trecerea la economia capitalistă a statelor est-europene, pe de altă parte, a surescitat interesul teoreticienilor și practicienilor deopotrivă, pentru analiza acestei noi entități care s-a format în centrul continentului european. Studiile existente tratează, totuși, în mod incomplet și succint, obiectivele pe care prezenta cercetare își propune a le clarifica.

2. Constituirea, obiectivele și evoluția AELS

Înființarea AELS a avut loc în anul 1960, chiar în momentul în care construcția comunitară europeană institua Piața comună. În iunie 1955, Conferința de la Messina, în Sicilia, a relansat dinamica Europei celor șase, conferință care a stat la baza adoptării Tratatelor de la Roma, din 25

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: m_analoredana@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lectur univ. dr. Roxana-Mariana Popescu (roxana.popescu@univnt.ro)

² EFTA - în limba engleză.

martie 1957, prin care s-au înființat cele două Comunități: Comunitatea Economică Europeană (CEE) și Comunitatea Europeană a Energiei Atomice (CEEA/Euratom). Marea Britanie, reticentă la înființarea Comunităților Europene a lansat ideea instituirii unei mari zone de liber schimb, în interiorul căreia barierele vamale să fie eliminate între cele șase state fondatoare ale Comunităților (Germania, Franța, Italia, Belgia, Olanda, Luxemburg) și celelalte state membre ale Organizației europene de cooperare economică (OECE¹). Aceasta din urmă a luat ființă la 16 aprilie 1948, având drept obiectiv principal pe acela de a repartiza ajutorul american pentru Europa în cadrul Planului Marshall. Ea cuprindea 18 state, state care au acceptat ajutorul american. În cadrul acestei organizații a fost lansat planul cu privire la crearea unei zone de liber schimb, în scopul de a diminua efectele Pieței comune a Comunităților europene. În urma unui acord încheiat între statele membre ale OECE, propunerea a rămas în stadiu de proiect.

Asociația Europeană a Liberului Schimb a luat ființă prin semnarea la data de 14 ianuarie 1960 a Convenției de la Stockholm, la inițiativa Marii Britanii, ca o contrapondere la Comunitatea Economică Europeană. Dacă la început, Marea Britanie era interesată de crearea Comunităților Europene ulterior, termenii pe care îi presupunea participarea în cadrul Comunităților dezavantajau din punct de vedere economic și strategic Marea Britanie care își stabilise legături puternice cu Statele Unite ale Americii (SUA) și fostele colonii, membre ale Commonwealth-ului. În esență, Marea Britanie susținea comerțul liber și nu accepta ideea unei uniuni vamale, tocmai ceea ce era de esența Comunității Economice Europene.

Inițiativei Regatului Unit al Marii Britanii s-au alăturat și alte state europene, membrii fondatori ai Asociației Europene a Liberului Schimb fiind: Austria, Danemarca, Elveția, Marea Britanie, Norvegia, Portugalia și Suedia. Ulterior, s-au alăturat inițiativei britanice Islanda, în anul 1970, Finlanda în anul 1986 și Liechtenstein în anul 1991.

Aderarea unora dintre țările fondatoare ale AELS la Comunitatea Economică Europeană a condus la o fluctuație permanentă a statelor membre, în prezent din componența AELS făcând parte unele state europene nemembre ale Uniunii. Astfel, în anul 1973 Marea Britanie, Irlanda și Danemarca aderă la Comunitățile Europene, încetând a mai fi membre ale AELS. Suedia, Austria și Finlanda părăsesc AELS în 1985, iar Portugalia se alătură Comunităților în 1986. Ca urmare a aderării unor dintre statele fondatoare la Uniunea Europeană, Asociația Europeană a Liberului Schimb și-a pierdut astăzi din importanța inițială².

În prezent, sunt membre ale Asociației Europene a Liberului Schimb următoarele state: Islanda, Liechtenstein, Elveția și Norvegia. Norvegia și Islanda din 1995, precum și Liechtenstein din 1996 sunt parte a Acordului privind Spațiul Economic European. Referitor la situația Elveției, aceasta a încheiat un Acord bilateral cu Uniunea Europeană (UE).

Principalul obiectiv al Asociației Europene a Liberului Schimb l-a reprezentat crearea unei zone economice de liber-schimb între țările care participă la Convenția ce avea să se limiteze, inițial, la produsele agricole procesate și la produsele industriale, fără a se impune un tarif vamal extern și politici comune³.

În anul 1972, țările AELS au semnat, cu titlu individual, acorduri de liber schimb cu CEE cu scopul de a elimina taxele vamale la importul produselor industriale, scop ce a fost atins abia în anul 1977⁴.

În anul 1989 au demarat negocierile pentru crearea unei zone de liber schimb între AELS și Comunitățile Europene. Negocierile s-au încheiat cu semnarea Acordului privind Spațiul Economic

¹ Organizație ca a dispărut odată cu crearea OCDE.

² Ion Jinga, Alina Dinu, Andrei Popescu, *Organizații europene și euroatlantice*, Ed Economică, București, 2005, pag. 123.

³ European free trade association, http://www.ue2008.fr/webdav/site/PFUE/shared/import/1104_Conseil_Ecofin_AELE/European_free_trade_association_EFTA_EN.pdf, 1 Martie 2013.

⁴ Dan Vătămanu, *Organizații europene și euroatlantice*, Ed. Lumina Lex, București, 2008, pag. 376.

European în anul 1992, la Porto, în Portugalia. Acesta Acord, la care, în prezent, sunt parte cele 27 de state membre ale UE și trei state membre AELS¹ nu a reprezentat altceva decât o extindere a regimului aplicat în cadrul Pieței Interne, asupra statelor AELS. Printre prevederile Acordului privind Spațiul Economic European se numără și:

- extinderea celor 4 libertăți de circulație și pe teritoriul statelor membre AELS;
- armonizarea normelor juridice privind concurența și a celor privind condițiile pe care trebuie să le îndeplinească mărfurile;
- extinderea cooperării dintre UE și statele membre AELS în domenii precum: educație, cercetare, sănătate, cultură, egalitate de șanse etc.

Simultan, au fost făcute demersuri pentru extinderea Acordului și pentru statele care, la data semnării acestuia, nu erau membre ale Uniunii Europene.

Misiunea AELS este de a:

- coordona relațiile dintre statele membre AELS;
- pune în practică prevederile Acordului privind SEE;
- întreține relații cu state terțe, în special, prin încheierea de acorduri de liber schimb.

A. Structura AELS

Asociația Europeană a Liberului Schimb este organizată în jurul Consiliului AELS, organism care reunește reprezentanți ai fiecărui stat membru ce se întrunesc la Geneva o dată pe lună. Președinția Consiliului AELS este deținută pentru o perioadă de 6 luni, prin rotație, de către fiecare stat membru, în prezent la conducerea AELS aflându-se Norvegia.

Cel de-al doilea organ important al AELS este Secretariatul General care se întrunește zilnic, activitatea acestuia desfășurându-se în unul dintre cele trei sedii ale AELS: Geneva, Bruxelles și Luxemburg. Actualul Secretar General este Kristiann Arnason.

Consiliul este cel mai înalt for de conducere, fiind format din reprezentanții statelor membre la nivel de ambasadori sau șefi ai delegațiilor permanente la AELS, ce se reunesc o dată pe lună. Aceste întruniri au ca scop dezbateră și elaborarea politicilor AELS. Consiliul se mai întrunește și la nivel ministerial, de două ori pe an, deciziile sa iau prin consens, fiecare stat dispunând de un vot. La nivelul Consiliului funcționează diverse Comitete și Grupuri de experți în cadrul cărora se soluționează probleme specifice. Astfel, în cadrul Consiliului funcționează următoarele Comitete și Grupuri de experți:

- Comitetul pentru relațiile cu țările, Comitetul pentru vamă, Comitetul privind barierele tehnice în calea comerțului, Comitetul pentru buget, Comitetul Auditorilor, Comitetul consultativ, Comitetul membrilor Parlamentului. Alături de aceste Comitete mai funcționează și altele pe probleme specializate, înființate prin Convenția AELS².

- Grupul experților juridici, Grupul de experți privind ajutorul de stat, concurența și măsurile antidumping, Grupul de experți în compensare a prețurilor, Grupul de experți privind achizițiile publice, Grupul de experți privind serviciile, stabilitatea și circulația capitalurilor, Grupul de experți privind proprietatea intelectuală³.

Consiliul, care își are sediul la Geneva, are în componența sa miniștrii din statele membre și se reunește la acest nivel cel puțin de două ori pe an. Fiecare reprezentant dispune de câte un vot, iar adoptarea deciziilor este posibilă cu unanimitate. Rolul său este de realiza obiectivele Tratatului de la Stockholm, adică eliminarea barierele vamale. El acționează, în principal, prin intermediul recomandărilor adresate statelor membre, dar, de asemenea, poate să adopte și decizii cu privire la dezarmarea vamală. Are posibilitatea de a propune acorduri internaționale statelor.

¹ Islanda, Liechtenstein și Norvegia.

² <http://www.efta.int/about-efta/efta-council/structure-of-the-efta-council.aspx>, 26 Februarie 2013.

³ Laura Magdalena Trocan, *Asociația Europeană a Liberului Schimb – 50 de ani de existență*, Analele Universității ”Constantin Brâncuși”, nr. 1/2010, pag.150.

Celelalte structuri au fost create, toate, de către Consiliu, deoarece tratatul nu-l prevedea decât pe acesta. Astfel, au apărut Secretariatul, comitetele permanente, formate din experți și comitetele consultative. Tratatul instituind Spațiul economic european a adăugat o Curte și o Autoritate de supraveghere pentru a asigura respectarea sa.

Secretariatul General își are sediul principal la Geneva și două sedii secundare la Bruxelles și Luxembourg, unde își desfășoară activitatea cei doi secretari adjuncți. Posturile sunt împărțite între statele membre, prin rotație și pe baza principiului echității. Numărul funcționarilor publici care lucrează în cadrul Secretariatului este de aproximativ 100, o treime își desfășoară activitatea în cadrul sediului de la Geneva, restul fiind repartizați în celelalte două sedii secundare. Funcționarii publici sunt numiți pentru un mandat de trei ani, cu posibilitatea de reînnoire o singura dată. Pe timpul exercitării mandatului aceștia nu primesc indicații și nu servesc decât interesele AELS.¹

B. Bugetul AELS

Bugetul Asociației se constituie din contribuțiile statelor membre, iar pentru anul 2013, bugetul total este de 22.298,000 CHF, cotele fiecărui stat membru fiind:

- Islanda – 684.000 CHF (3,07%)
- Liechtenstein – 207.000 CHF (0,93%)
- Norvegia – 12.454,000 CHF (55,85%)
- Elveția – 8.953,000 CHF (40,15%)

C. AELS și Uniunea Europeană²

Concepută inițial ca o alternativă la Comunitățile Europene, Asociația Europeană a Liberului Schimb, a reprezentat totodată o rampă de lansare pentru viitoarele state membre ale Comunităților. Deși, la o primă vedere, am putea susține faptul că beneficiile generate de aderarea la această organizație regională sunt identice, cel puțin din punct de vedere comercial, cu cele oferite de aderarea la Uniunea Europeană, această afirmație ar fi eronată, AELS neconstituind totodată și o uniune vamală. În decursul evoluției sale, obiectivele Asociației au fost influențate de constituirea și dezvoltarea Uniunii Europene prin crearea pieței unice, prin apariția monedei unice, precum și prin conturarea uniunii vamale, deosebirile dintre cele două organisme fiind de substanță. Aspectele distinctive evidențiate nu trebuie totuși absolutizate, conexiunile create între ASLE și CE, inițial vizând doar aspectele comerciale extinzându-se ulterior și cu privire la alte domenii (transport, pescuit, mediu înconjurător etc.). Este important de menționat faptul că Acordul privind Spațiul Economic European și care stă la baza relațiilor dintre AELS și UE, nu reglementează toate domeniile Pieței interne, astfel că, cooperarea se realizează doar pe anumite segmente.

Uniunea Europeană a devenit treptat cel mai important partener comercial al AELS, aspect susținut și de încheierea unor Acorduri care au permis, la sfârșitul deceniului al VII-lea al secolului trecut, instituirea unui regim de liber schimb, fără restricții cantitative și taxe vamale, pentru produsele naționale, între statele membre al CEE și cele membre AELS.

Nu fără importanță sunt și asemănările existente între UE și AELS, aceste referindu-se îndeosebi la cele patru libertăți de circulație, valabile atât pentru țările din UE, cât și pentru 3 din cele 4 state membre AELS (excepție făcând Elveția care a încheiat un acord distinct cu UE). Totodată, peste 80% din legislația comunitară a fost adoptată și de către statele membre AELS. Se remarcă o cooperare strânsă între statele membre ale celor două organizații europene în domenii precum: cercetarea, educația și politicile sociale.

¹ <http://www.efta.int/about-efta/the-efta-secretariat.aspx>

² Adaptare după Natacha Vigne, *Les institutions européennes*, Ellipses, Ed. Marketing S.A.Paris, 1997, pag. 68 și urm.

D. Spațiul Economic European (SEE)

Relațiile dintre Comunitățile Europene/Uniunea Europeană și AELS sunt caracterizate, în primul rând, prin originalitatea acestora din urmă. Odată apărută concurența, statele membre ale AELS au devenit primele parteneri comerciale ale Comunităților. Cu timpul, organizația liberului schimb va pierde din membrii săi care, rând pe rând, devin state membre ale Comunităților Europene.

Ca urmare a intensificării schimburilor economice între resortisanții diferitelor state, au fost încheiate o serie de acorduri bilaterale între statele membre ale celor două organizații. Pentru a realiza o legătură cât mai strânsă între cele două organizații au fost încheiate o serie de acorduri, la 22 iulie 1972. Acestea stabileau regimuri ale liberului schimb pentru produsele industriale cu reducerea progresivă a drepturilor de vamă.

La mijlocul anilor '80 a fost decisă o asociere de o manieră mai structurată, lucru ce a fost realizat la Luxemburg, la 9 aprilie 1984. această asociere aduce două elemente de noutate în relațiile organizațiilor, și anume:

- acordul va fi încheiat între organizații și nu sub formă bilaterală între state;
- ambiția integrării economice depășește liberul schimb, astfel încât să se creeze o piață pentru cei 380 milioane de consumatori. Pe această bază, au avut loc negocierile, la finalul cărora a fost încheiat Tratatul Spațiului economic european la Porto, în Portugalia, la 2 mai 1992. Tratatul a intrat în vigoare la 1 ianuarie 1994.

Tratatul instituind Spațiul Economic European nu înființează o nouă organizație între state membre ale Comunităților Europene/Uniunii Europene, ci numai stabilește noi relații pe plan economic, bazându-se, în principal, pe textele dreptului comunitar/al UE, deja, în vigoare între cele statele membre ale Comunităților Europene, care devin aplicabile și statelor AELS.

Tratatul prevede trei elemente principale, și anume :

A. cele patru libertăți de circulație (a mărfurilor, a serviciilor, a persoanelor, a capitalurilor și a plăților), înscrise în tratatele originare ale UE sunt extinse și la Spațiul Economic European și care se bazează pe acquis-ul comunitar/UE;

B. politicile orizontale care permit consolidarea cooperării între Comunitățile Europene și AELS. Astfel, în diferite domenii sau acțiuni comunitare este angajată: protecția consumatorilor, mediul înconjurător, cercetarea și dezvoltarea tehnologiei, educația, formarea și tineretul (participarea la programele Erasmus și Comett, de exemplu), politica socială etc.;

C. o structură instituțională a fost creată pentru aplicarea tratatului, organizată în jurul a doi poli: punerea în aplicare a tratatului și supravegherea respectării acestuia:

a. Consiliul SEE este format din miniștrii reprezentând toate statele membre și un reprezentant al Comisiei. Consiliul se reunește de două ori pe an și adoptă direcțiile principale de acțiune;

b. Comitetul mixt SEE. care reunește reprezentanții permanenți ai statelor membre; pune în aplicare orientările propuse de către Consiliul SEE;

c. Comitetul parlamentar mixt este alcătuit din membri ai Parlamentului European sau din delegați ale statelor AELS; acesta are rolul de a formula avize;

d. Comitetul consultativ reunește 18 membri și are un rol consultativ.

Structura instituțională a SEE nu o elimină pe cea instituită de AELS, ci i se adaugă acesteia.

Supravegherea aplicării Tratatului SEE se realizează prin instituții specifice numai AELS, nu și Uniunii Europene, deoarece acesta din urmă are, deja, instituții care să asigure controlul statelor membre (Comisia și Curtea de justiție a UE). Aceste instituții sunt:

- Autoritatea de supraveghere: reunește 5 persoane alese de către state și care au două atribuții esențiale constând în supravegherea statelor, pe de o parte, și a întreprinderilor, pe de altă parte. Pentru a verifica conduita statelor, Autoritatea poate să decidă desfășurarea unor anchete din oficiu

sau pe baza unei plângeri din partea altui stat sau a unui particular și să dea un aviz public care autorizează sesizarea Curții atunci când nu este respectat; persoanele private operatori economici pot face obiectul unei decizii în temeiul căreia să ceară încetarea oricărei conduite, atitudini, acțiuni însoțită de o eventuală amendă;

- Curtea, cu sediul la Geneva, reunește 5 judecători desemnați de către guvernele statelor membre pentru o perioadă de 6 ani. Competențele sale sunt asemănătoare celor ale Curții de Justiție a Comunităților europene.

E. România și AELS

Constituirea unei zone de comerț liber între România și statele membre AELS a fost consfințită prin Acordul de Comerț Liber dintre România și Statele Asociației Europene a Liberului Schimb semnat la data de 10 decembrie 1992 la Geneva. Prin acest Acord se urmărea:

- Promovarea dezvoltării armonioase a relațiilor economice între statele AELS și România și susținerea dezvoltării activităților economice în vederea creșterii nivelului de trai, a condițiilor de muncă, productivității muncii și stabilității financiare.
- Respectarea reglementărilor privind concurența între statele AELS și România
- Oferirea suportului pentru înlăturarea barierelor comerciale, precum și pentru dezvoltarea și expansiunea comerțului mondial¹.

Momentul încheierii Acordului cu AELS se suprapune celui privind semnarea Acordului

European instituind o asocierea între România și Comunitățile Europene, în vederea aderării la acestea, precum și celui privind inițierea demersurilor de aderare la NATO, integrarea în cadrul structurilor internaționale fiind cel mai important obiectiv de politică externă din acea perioadă.

În strânsă legătură cu aderarea la Comunitățile Europene este și aderarea la Spațiul Economic European, aceasta constituind una dintre condițiile prevăzute de Tratatul de Aderare a României la Uniunea Europeană (art. 6, part. 6).

3. Concluzii

După o succintă trecere în revistă a scopului studiului, am prezentat, obiectivele și necesitatea constituirii Asociației Europene a Liberului Schimb. O parte importantă a studiului a reprezentat-o și prezentarea statelor fondatoare, care au făcut parte și a celor încă membre ale AELS.

În ceea ce privește relațiile care s-au stabilit în decursul timpului între U.E. și AELS, premisa ce a stat la baza prezentului studiu și anume, aceea că avantajele ce decurg din aderarea unui stat la AELS sunt identice cu cele care decurg din aderarea la U.E., a fost infirmată, existând deopotrivă similitudini, dar și importante deosebiri în modul de organizare și funcționare a celor două entități internaționale, aspecte ce sunt reflectate în actele normative emise aceste entități.

Referitor la maniera în care juriștii prezintă în studiile acestora AELS, trebuie menționat faptul că, deși doctrina abordează în mod unitar și cvasiidentific din punct de vedere al structurii Asociația Europeană a Liberului Schimb, interesul acordat acestei organizații economice regionale este mult diminuat, în mod cert și din cauza numărului mic de state membre, precum și a stabilității politico-economice a acestora.

Referințe bibliografice

- Jinga Ion, Dinu Alina, Popescu Andrei, *Organizații europene și euroatlantice*, Ed Economică, București, 2005;
- Vătămanu Dan, *Organizații europene și euroatlantice*, Ed. Lumina lex, București, 2008;

¹ Dan Vătămanu, *Organizații europene și euroatlantice*, Ed. Lumina Lex, București, 2008, pag. 376.

-
- Trocan Laura Magdalena, *Asociația Europeană a Liberului Schimb – 50 de ani de existență*, Analele Universității ”Constantin Brâncuși”, nr. 1/2010;
 - Natacha Vigne, *Les institutions européennes*, Ellipses, Ed. Marketing S.A.Paris, 1997;
 - <http://ec.europa.eu>
 - <http://www.ue2008.fr>
 - www.efta.int
 - [http://www.ue2008.fr/webdav/site/PFUE/shared/import/1104_Conseil_Ecofin_AELE/Euro](http://www.ue2008.fr/webdav/site/PFUE/shared/import/1104_Conseil_Ecofin_AELE/Euro%20pean_free_trade_association_EFTA_EN.pdf)
[pean_free_trade_association_EFTA_EN.pdf](http://www.ue2008.fr/webdav/site/PFUE/shared/import/1104_Conseil_Ecofin_AELE/Euro%20pean_free_trade_association_EFTA_EN.pdf)
 - <http://www.efta.int/about-efta/efta-council/structure-of-the-efta-council.aspx>
 - <http://www.efta.int/about-efta/the-efta-secretariat.aspx>

SCHEMA EUROPEANĂ DE COMERCIALIZARE A EMISIILOR DE DIOXID DE CARBON ÎN FAȚA CURȚII EUROPENE DE JUSTIȚIE

Marilena-Roxana TUDORACHE¹

Abstract

În dorința de a aduce la îndeplinire obligațiile privind reducerea emisiilor de CO₂ stabilite prin Protocolul de la Kyoto și apreciind că Organizația Aviației Civile Internaționale nu și-a îndeplinit corespunzător sarcinile până în prezent, Uniunea Europeană a adoptat o directivă, instituind o schemă de reducere a emisiilor de CO₂. În conținutul acestei directive se stipulează că prevederile sale se aplică tuturor operatorilor aerieni care aterizează pe aeroporturile din Uniunea Europeană indiferent de naționalitate. Această directivă a stârnit o serie de controverse și nemulțumiri din partea statelor non-membre ale Uniunii Europene. Încălcarea suveranității reprezintă un element important în această dispută. Lucrarea își propune să prezinte conținutul Protocolului de la Kyoto în linii generale și conflictul generat de abordarea UE în ceea ce privește reducerea emisiilor de CO₂.

Cuvinte cheie

Emisii dioxid de carbon, suveranitate, Schema Europeană de comercializare a emisiilor de CO₂, Protocolul de la Kyoto

1. Introducere

Aviația civilă - partea aviației care nu ține de aviația militară. Majoritatea țărilor din lume sunt membre ale Organizației Aviației Civile Internaționale (OACI) în cadrul căreia colaborează pentru adoptarea de regulamente și recomandări pentru aviația civilă.

Trafic aerian - ansamblu de aeronave aflate în zbor la un moment dat, într-un spațiu aerian determinat, și, respectiv, de aeronave care se află în suprafața de manevră a unui aerodrom.

Operator aerian - persoană fizică sau juridică autorizată și/sau licențiată, angajată în operarea aeronavelor.²

Dezvoltare durabilă - totalitatea formelor și metodelor de dezvoltare socio-economică care se axează în primul rând pe asigurarea unui echilibru între aspectele sociale, economice și ecologice și elementele capitalului natural.³

Certificat de emisii de gaze cu efect de seră – titlul care conferă dreptul de a emite o tonă de CO₂ echivalent într-o perioadă definită, valabil numai pentru îndeplinirea scopului Hotărârii nr.780/2006 privind stabilirea schemei de comercializare a certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră și care este tranferabil, în condițiile prevăzute de prezenta hotărâre.

Comercializarea emisiilor – un mecanism de piață care permite celor care emit gaze cu efect de seră (țări sau companii) să tranzacționeze certificatele de emisii. Prin această tranzacție se așteaptă să se atingă o scădere a emisiilor, permițând celor care realizează reduceri să vândă dreptul de emisie celor care au depășit plafonul alocat.

Emisii – eliberarea în atmosferă de GES sau de precursori ai unor asemenea gaze într-o anumită zonă și în cursul unei perioade date.

¹Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: roxana.tudorache08@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prep. univ. drd. Pop Sorana (sorana.pop@gmail.com).

² Codul Aerian - HG 29/1997 privind Codul aerian

³ http://ro.wikipedia.org/wiki/Dezvoltare_durabilă

Gaze cu efect de seră (GES) – constituienții gazoși ai atmosferei, atât naturali, cât și antropici care absorb și remit radiația infraroșie (Potrivit Anexei A din cadrul Protocolului de la Kyoto, GES sunt CO₂, metanul, peroxidul de azot, hidrofluorcarburi, perfluorcarburi, hexafluorua de sulf).

Mecanismele Kyoto – Protocolul de la Kyoto a creat 3 mecanisme de piață care urmăresc asistarea țărilor în vederea reducerii costurilor generate de împlinirea țințelor de reducere a emisiilor. Aceste mecanisme sunt implementarea în comun (Joint Implementation – JI), Mecanismele de Dezvoltare Curată (CDM – Clean Development Mechanism), Comercializarea Emisiilor.

Reducere de emisii certificată (CER) – o unitate de reducere a emisiilor de gaze cu efect de seră, egală cu o tonă de dioxid de carbon echivalent, provenită de la o activitate de proiect desfășurată în concordanță cu art.12 al Protocolului de la Kyoto și cu deciziile privind art.12 adoptate de Conferințele Pașilor la Convenția-cadru a Națiunilor Unite asupra schimbărilor climatice sau la Protocolul de la Kyoto.

Schimbări climatice – schimbări de climat care sunt atribuite direct sau indirect unei activități omenești care alterează compoziția atmosferei la nivel global și care se adaugă variabilității naturale a cliamtului observat în concursul unei perioade comparabile.

Unitate de reducere a emisiilor (Emission Reduction Unit, ERU) – o unitate de reducere a emisiilor de gaze cu efect de seră, egală cu o tonă de dioxid de carbon provenită de la un proiect care urmărește reducerea emisiilor antropice (art.6 alin.(3) din cadrul Protocolului) pe durata celor 5 ani ai perioadei de angajament (2008-2012).¹

2.Cuprinsul lucrării

Încă de la începuturile sale, exact cu un secol în urmă, avionul a cucerit lumea, iar în ultimele decenii a devenit un mijloc esențial de transport. Dar astăzi, într-o lume în care se dezlănțuie dezastrele ecologice, dezvoltarea durabilă devine o problemă majoră. Principalul scopul este de a minimiza consumul de carburant și al emisiilor de poluanți gazoși proveniți de la aeronave. Pentru a face acest lucru, inginerii și cercetătorii sunt în mod activ preocupați de îmbunătățirea a diferitelor părți ale aeronavei, aceștia fiind siguri de faptul ca în viitor aeronavele vor suferi schimbări semnificative.

Zborul nu mai este de mult o preocupare eminentamente industrială, ci a devenit în ultimele decenii și un mod de a anticipa viitorul și de a testa ultimele descoperiri în materia combustibililor eco-harmless și, de ce nu, a performanței în viteză și confort. Aeronavele de viitor vor fi "inofensive", deoarece vor fi proiectate în așa fel încât să reducă la minimum poluarea chimică și sonoră. Avioanele viitorului vor reflecta preocupările noastre curente: constrângerile bugetare, economisirea combustibilului și, în același timp, satisfacerea vitezei, care rămâne o componentă fundamentală a deplasării. Schimbarea pentru un mediu mai puțin poluat din punct de vedere al traficului aerian se urmărește a fi făcută de la fond spre formă, ultimul "retuș" vizând cele mai îndrăznețe și inovative "măști" ale motoarelor cu aripi sau fără aripi. Rolul pilotului va deveni unul secundar, "de după cortină", omul ajungând să manevreze avionul prin straturile atmosferice din simple comenzi efectuate la sol.

Astăzi, companiile aeriene poartă responsabilitatea asupra cca. 3% din emisiile de CO₂ provenit din activitățile umane, respectiv 13% din toate tipurile de transport. Dar este de așteptat să crească cu 4,6% pe an până în 2020. Prognozele de trafic arată că acest sector al transportului care înregistrează emisii este în creștere rapidă. De fapt, emisiile de CO₂ și alte gaze poluante provenite din degajamentele aeronavelor s-ar putea tripla până în 2050. Acesta este motivul pentru care oamenii de știință încearcă să dezvolte sfera combustibililor alternativi pentru a reduce utilizarea de kerosen.²

¹ Ruxandra-Mădălina, Petrescu-Mag, Editura Bioflux Cluj-Napoca 2001 „Protecția mediului în contextul dezvoltării durabile. Legislație și instituții” pag.209-210

² <http://greenly.ro/aer/aeronavele-viitorului-partea-i/>

Transportul aerian este ramura aviației civile sau militare care se ocupă de transportul persoanelor sau al mărfurilor pe calea aerului. Rețeaua de transport aerian este constituită din căi și noduri; legăturile dintre noduri se realizează cu ajutorul mijloacelor de transport (avioane și elicoptere).¹

3.Evoluție

Traficul aerian este influențat de mai mulți factori. Toți producătorii de avioane și toate organizațiile a căror activitate este legată de traficul aerian (*International Air Transport Association/Asociația Internațională de Transport Aerian*, *International Civil Aviation Organization/Organizația Aviației Civile Internaționale* etc) elaborează previziuni pe termen lung ce au la bază metode asemănătoare. Acestea iau în calcul faptul că cererea pe termen lung pentru transporturile aeriene este influențată de dezvoltarea economică, în mod deosebit de creșterea nivelului veniturilor regionale și globale exprimat prin modificarea PIB-ului. Evoluția demografică a fost de asemenea luată în considerare acolo unde statisticile au demonstrat că aceasta are o influență semnificativă asupra transporturilor aeriene.²

Aviația modernă a început odată cu primul zbor propulsat, controlat, al unui aparat mai greu decât aerul, realizat de către frații Wright, pe 17 decembrie 1903. La începuturile sale, avionul era destul de greu de controlat, astfel că apariția eleroanelor (părți mobile ale avionului utilizate pentru a genera o mișcare de rotație) l-a făcut să fie mult mai stabil. La numai un deceniu, avioanele au fost utilizate în Primul Război Mondial, în acțiuni de recunoaștere aeriană, urmărirea acțiunilor inamicului și chiar atacuri aeriene. Aeronava a început să transporte pasageri și marfă odată cu creșterea sa în dimensiuni și cu sporirea ușurinței controlului în zbor.

Al Doilea Război Mondial a adus multe inovații în transportul aerian, incluzând realizarea primului avion cu motor cu reacție și a rachetelor cu combustibil lichid. După război, în special în Statele Unite ale Americii, s-a remarcat o creștere a numărului avioanelor utilizate atât în mediul privat cât și comercial, datorată eliberării din serviciu a mii de piloți care luptaseră în război, dar și a surplusului de aeronave și a materialului de pregătire.

Odată cu apariția avionului cu reacție, călătoria cu avionul a devenit mult mai accesibilă, și în anii 1960 și 1970 s-a observat o expansiune a industriei aviației. Aeronavele cu capacitate mare au început să opereze zboruri în anii '70, primul avion fiind Boeing 747, care avea o capacitate de până la 500 de pasageri, acesta fiind urmat de alte avioane ca Lockheed 1011, DC-10 și Airbus 300. Aceste aeronave au făcut necesară dezvoltarea aeroporturilor, lungirea pistelor, creșterea capacității de transport terestru a pasagerilor de la / până la aeroport.

În 1976 prin semnarea unui tratat între industria aerospațială britanică și cea franceză s-a efectuat primul zbor comercial la bordul avionului supersonic Concorde, care avea o viteză de trei ori mai mare decât cea a sunetului, astfel că timpul de călătorie se reducea considerabil.³

4.Noii perspective

Aviația mondială se află într-un proces de transformare radicală, iar Europa a fost afectată mai puternic decât multe alte regiuni de criza economică.

Aviația constituie un sector vital al economiei europene, care contribuie la crearea de locuri de muncă și la dezvoltarea comerțului și conectează milioane de întreprinderi și persoane cu restul lumii. Însă poziția competitivă a industriei aviatice a UE, în special cea a companiilor sale aeriene internaționale, este grav amenințată. Piețele cu creșterea cea mai rapidă se află acum în afara Europei. Sectorul aviatic european - nu doar companiile aeriene, ci întreaga industrie aeronautică,

¹ http://ro.wikipedia.org/wiki/Transport_aerian

² <http://www.scribde.com/geografie/turism/Transporturile-turistice-aerice54523.php>

³ <http://ro.scribd.com/doc/79238883/ti-Si-Tendinte-in-Evolutia-Transporturilor-Turistice-Aeriene-in-Contextul-Integrarii-Europene-Studiu-de-Caz-Companiile-Aeriene-Low-cost>

aeroporturile, furnizorii de servicii de management al traficului aerian și alte sectoare de servicii - se confruntă cu o creștere redusă în UE și cu o concurență acerbă la nivel internațional.

În viziunea vicepreședintelui Siim Kallas, comisarul european responsabil cu transporturile, este foarte important din punct de vedere strategic ca sectorul aviatic din Europa să rămână un actor mondial de prim plan, în centrul unei rețele care leagă UE de restul lumii. În ultimii zece ani, fiind obținute beneficii economice enorme ca urmare directă a noilor oportunități de afaceri prilejuite de relațiile externe ale UE. Însă sistemele actuale nu mai produc rezultatele dorite, în prezent fiind nevoie urgent de o schimbare fundamentală.¹

În prezent, aviația civilă se confruntă cu o problemă gravă în ceea ce privește combustibilii, ale caror preturi sunt ridicate, împreună cu necesitatea de a minimiza impactul asupra mediului înconjurător. Potrivit raportului „Smarter Skies”, îmbunătățirea traficului aerian în cadrul rigid al constrângerilor economice și ecologice este posibilă doar în combinație cu investiții în dezvoltarea intelectuală a aeronavelor și integrarea lor în mediul înconjurător.

Avioanele vor fi pe deplin disponibile pentru reciclare. Vor apărea materiale noi de origine vegetală pentru decorarea salonului, care nu necesită curățare sau întreținere. Poate că, pereții despărțitori în interiorul aeronavelor vor deveni transparenti. Designul aripilor va fi mai adaptabil la condițiile de mediu, în scopul obținerii unei eficiențe maxime.

Motoarele fiabile și mai puțin capricioase, care necesită mai puțină atenție din partea inginerilor și tehnicienilor de aviație, vor fi încorporate în corpul aeronavei, ceea ce va îmbunătăți aerodinamica și va reduce consumul de combustibil. Combustibili înșiși vor suporta modificări. Până în 2030, 30% din zboruri se vor efectua pe biocombustibili, până în 2050 - până la jumătate de zboruri.²

5. Situația actuală

Transportul aerian de pasageri a fost mai puțin afectat de criza financiară decât transportul aerian de mărfuri. În prezent, transportul aerian este o realitate a vieții de zi cu zi.

Numărul de pasageri s-a triplat între anii 1980 și 2000 și se preconizează că se va dubla încă o dată până în 2020. În 2010, numărul de pasageri transportați pe rute care au implicat aeroporturi din UE a atins 777 de milioane, reprezentând o creștere cu 3 % față de anul 2009. Aproximativ două treimi dintre aceste călătorii au avut loc în interiorul UE. Această creștere semnificativă ilustrează beneficiile liberalizării pieței ca urmare a aplicării politicii în domeniul concurenței. Conform previziunilor, traficul aerian va continua să crească în următorul deceniu cu aproximativ 4 procente pe an. Aviația civilă, cu peste 150 de linii aeriene active, o rețea de peste 450 de aeroporturi și aproximativ 4,5 milioane de angajați, contribuie considerabil la economia europeană. Activitățile sale însumează 1,5 % din PIB-ul UE.

Dezvoltarea semnificativă a aviației civile de la începutul anilor 1990 se datorează, în primul rând, liberalizării sectorului, care a condus la reduceri de prețuri și la intrarea a numeroase companii noi pe piață. Numărul rutelor intra-comunitare a crescut cu 140 % între 1992 și 2010. În 2010 au fost transportate pe calea aerului 13,1 milioane de tone de mărfuri, 20 % dintre acestea reprezentând zboruri intra-comunitare. Aceasta reprezintă o creștere de 16 % față de anul 2009, când sectorul transporturilor aeriene de mărfuri a fost grav afectat de prăbușirea comerțului ca urmare a crizei financiare.

În prezent, majoritatea aeroporturilor regionale din Europa nu sunt rentabile și pot supraviețui doar datorită subvențiilor primite din partea autorităților locale. Doar 8% din aeroporturile din UE 27 sunt private, în timp ce 77 % sunt deținute de stat, iar 14 % au capital mixt, însă închiderea

¹ http://ec.europa.eu/romania/news/27092012_transporturi_noi_perspective_aviatie_ro.htm

² <http://ecology.md/md/section.php?section=news&id=8548>

aeroporturilor regionale nu este o opțiune, acestea având un rol important pentru dezvoltarea locală/regională.¹

Transportul aerian, ca toate celelalte activități, generează o poluare atmosferică la scară locală, regională și planetară. Deși măsurările realizate în jurul aeroporturilor arată că toate concentrațiile poluanților monitorizați sunt inferioare valorilor concentrațiilor din centrul marilor orașe, este necesară o acțiune susținută pentru a limita contribuția aviației în cadrul dezvoltării durabile. Conștienți de această problemă aeroporturile, constructorii de avioane și cercetătorii s-au gândit la consecințele pe care le are traficul aerian asupra mediului. Misiunea lor este de a înțelege care este natura emisiilor în jurul aeroportului, cum se dispersează acestea în atmosferă și apoi să evalueze efectele lor asupra sănătății oamenilor și a mediului.

În momentul de față, se consideră că punctele de măsurare a poluanților atmosferici nu sunt suficiente pentru a preciza contribuția aeroporturilor la poluarea atmosferică locală. Pentru aceasta, în cadrul programelor internaționale au fost prevăzute campanii de măsurare ce au ca scop determinarea cantitativă de poluanți atmosferici și corelarea acestora cu emisiile aeroportuale.²

În vederea atenuării impactului negativ asupra climei, UE a adoptat în 2008 Directiva 2008/101 pentru includerea aviației în sistemul de comercializare a emisiilor de gaze cu efect de seră în cadrul Comunității începând cu 1 ianuarie 2012. Până atunci, Comisia Europeană a conlucrat îndeaproape cu industria și cu autoritățile naționale în vederea pregătirii pentru această schimbare.

Extinderea sistemului de comercializare a fost adoptată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene după ce legalitatea acesteia a fost pusă sub semnul întrebării de unele companii aeriene americane și de asociația de transport aerian din această țară. Într-o hotărâre din decembrie 2011, judecătorii de la Luxemburg au arătat că sistemul este legal. Acesta respectă atât principiul teritorialității, cât și suveranitatea țărilor terțe, întrucât se aplică operatorilor doar în momentul în care aeronava aterizează sau decolează de pe un aeroport al UE.

În vederea aplicării în etape a planului, Comisia a adoptat o valoare de referință pentru alocarea gratuită către operatori a cotelor de emisii de gaze cu efect de seră. În 2012, 85% dintre cote vor fi acordate gratuit iar 15% vor fi supuse licitației. În perioada 2013-2020, același număr va fi supus licitației, 82% acordate gratuit și 3% păstrate ca rezervă pentru companiile aeriene care înregistrează o creștere rapidă și pentru noii intrați pe piață.

Anumite zboruri sunt excluse din plan. Acestea includ aeronavele foarte ușoare, micii operatori comerciali, zboruri privind afacerile de stat sau de guvern, precum și aeronavele militare, de poliție, vamale și de salvare.

Din perspectiva Comisiei, costul actual impus de acest sistem companiilor aeriene pentru un zbor trans-atlantic într-o singură direcție trebuie să fie mai mic de 2 EUR pe pasager.

Încă de la lansarea acestuia în 2005, sistemul de comercializare a cotelor de emisii (ETS) a contribuit, până în 2010, la reducerea emisiilor medii pe instalație (spre exemplu, fabrici și centrale electrice) cu peste 17000 de tone de CO₂. În 2013, la debutul celei de a treia perioade de comercializare a sistemului, se vor introduce diverse modificări pentru o consolidare suplimentară a acestuia.

Acest fapt va include o creștere progresivă a procentului de cote licitate, cel puțin jumătate din venitul astfel obținut fiind dedicat combaterii schimbărilor climatice și orientării către o economie cu emisii scăzute de dioxid de carbon. În plus, Comisia a propus noi norme de aplicare pentru monitorizarea și raportarea emisiilor de gaze cu efect de seră și examinarea și acreditarea verificatorilor în cadrul EU ETS. Aceste norme vor contribui la îmbunătățirea preciziei și a transparenței procesului de monitorizare și raportare și la facilitarea verificării rapoartelor transmise

¹ http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2011/part1_ro.pdf

² http://www.inginerie-electrica.ro/acqu/pdf/2008_21.pdf

de peste 10000 de instalații mari consumatoare de energie și sute de operatori aerieni. În 2013, sistemul va fi, totodată, extins și în industria petrochimică, a amoniacului și a aluminiului.¹

6. Abordare și implementare a schemei EU-ETS

Cadrul legislativ:

I. Directiva 2008/101/CE: prin această directivă este introdusă aviația în sistemul de comercializare al emisiilor.

Obiectiv:

Obiectivul final constă în stabilizarea concentrațiilor de gaze cu efect de seră din atmosferă la un nivel care să prevină interferențele antropice periculoase cu sistemul climatic. Consiliul European a subliniat, în cadrul reuniunii sale din 8-9 martie 2007 de la Bruxelles, importanța vitală a realizării obiectivului strategic de limitare a creșterii temperaturii medii globale cu cel mult 2°C peste nivelurile preindustriale.

Scop:

Scopul acestei directive este acela de monitorizare și raportare a emisiilor din instalațiile staționare și monitorizarea și raportarea emisiilor provenite din activități de aviație.

Autoritate responsabilă:

Cu privire la verificarea rapoartelor de emisie din sectorul aviației s-a ținut seama de toate zborurile care intră sub incidența unei activități de aviație enumerate în anexa I. În cadrul acestei responsabilități, verficatorul dispune de informații privind orarul și de alte informații de trafic ale operatorului de aeronave, inclusiv de informațiile obținute de la Eurocontrol la cererea respectivului operator.

Domeniul de aplicare:

Dispozițiile prezentei directive se aplică alocării și eliberării de cote pentru activitățile de aviație menționate în anexa I.

II. Convenția de la Chicago-Anexa 16 ICAO "Protecția mediului înconjurător" vol. II "Emisiile produse de motoarele aeronavelor".

Convenția de la Chicago reprezintă, prin reglementările sale, principalul instrument juridic din domeniul aviației civile internaționale. Cu această ocazie a fost creat cadrul juridic instituțional și a luat ființă Organizația Aviației Civile Internaționale (ICAO). În cadrul aceleiași convenții a fost semnat de către statele membre ICAO, Acordul referitor la transportul aerian internațional care descrie libertățile aerului și care are aplicare generală în practica aviației internaționale.²

Principalul scop al ICAO fiind acela de a dezvolta principiile și tehnica navigației aeriene internaționale, precum și favorizarea stabilirii și dezvoltării transporturilor aeriene internaționale.³

III. Protocolul de la Kyoto la Convenția Cadru a ONU asupra schimbărilor climatice (*United Nations Framework Convention on Climate Change -UNFCCC*) din 1999 este un acord internațional privind mediul care a fost negociat în decembrie 1997 de 160 de state. UE a depus instrumentele de ratificare a Protocolului la 31 mai 2002. Pentru a intra în vigoare, protocolul trebuia ratificat de cel puțin 55 de națiuni, condiție ce a fost îndeplinită. În martie 2000, Comisia Europeană a lansat un Program European privind schimbările climatice, ca bază pentru viitoarele directive în materie.⁴

Pentru a ajuta țările industrializate să îndeplinească obligațiile de reducere a emisiilor de dioxid de carbon convenite prin Protocolul de la Kyoto au fost create Mecanismele Protocolului de la

¹ <http://ec.europa.eu/environment/news/efe/pdf/efe46/RO-EFE46.pdf>

² <http://facultate.regielive.ro/cursuri/transporturi/transportul-aerian-162842.html>

³ <http://www.curierulfiscal.ro/2012/05/16/cerere-de-pronuntare-a-unei-hotarari-preliminare-sistem-de-comercializare-a-cotelor-de-emisie-de-gaze-cu-efect-de-sera/>

⁴ Ruxandra-Mădălina, Petrescu-Mag, Editura Bioflux Cluj-Napoca 2001 „Protecția mediului în contextul dezvoltării durabile. Legislație și instituții” pag.204-205

Kyoto. Aceste Mecanisme Flexibile ale Protocolului de la Kyoto au drept principal scop combaterea schimbărilor climatice.

7.Schema EU-ETS și suveranitatea

Schema de comercializare a certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră în cadrul Uniunii Europene (EU Emission Trading Scheme - EU ETS), s-a aplicat în prima fază pentru perioada 01.01.2005 - 31.12.2007, iar a doua fază a schemei s-a desfășurat în perioada 2008 - 2012, corespunzând primei perioade de angajament a Protocolului de la Kyoto. Cea de-a treia etapă a schemei EU ETS va avea o durată de 8 ani, în intervalul 1 ianuarie 2013 - 31 decembrie 2020. Acest instrument are ca scop promovarea reducerii emisiilor de gaze cu efect de seră la nivelul Uniunii Europene și se bazează pe principiul "limitează și comercializează", fiind un instrument utilizat în cadrul politicii Uniunii Europene referitoare la schimbările climatice, neconstituind un mecanism prevăzut de Protocolul de la Kyoto.

România participă la schema Uniunii Europene de comercializare a emisiilor de gaze cu efect de seră începând cu data aderării la UE, 1 ianuarie 2007, varianta inițială a Directivei ETS prevedea ca o proporție semnificativă, respectiv minimum 95% din totalul certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră să fie alocate cu titlu gratuit. Această alocare s-a realizat prin intermediul planurilor naționale de alocare, care au fost aprobate de Comisia Europeană.

În primele două etape ale EU ETS, statele membre au avut responsabilitatea pentru stabilirea regulilor de implementare a schemei, inclusiv stabilirea nivelului maxim de certificate la nivel național și a metodologiei de alocare utilizate. Astfel, fiecare stat membru a stabilit, pe baza propriilor reguli, un plafon național de emisii de gaze cu efect de seră pentru activitățile industriale care intră sub incidența prevederilor acestui mecanism. Alocarea certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră s-a realizat prin intermediul Planului Național de Alocare a certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră, pentru perioadele 2007 și 2008-2012, document prin care a fost stabilit numărul total de certificate de emisii de gaze cu efect de seră alocate la nivel național, precum și la nivelul fiecărei instalații care intră sub incidența prevederilor HG nr. 780/2006 privind stabilirea schemei de comercializare a certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră, cu modificările și completările ulterioare.

Începând cu 1 ianuarie 2012, sub incidența schemei de comercializare a intrat și sectorul aviatic. Astfel, la nivelul UE, certificatele din aviație vor fi alocate cu titlu gratuit în proporție de 85%, restul de 15% urmând a fi comercializate prin licitație.

Activitățile din aviație includ și zborurile efectuate de operatori aerieni din țări non-UE care aterizează sau decolează de pe un aeroport aflat pe teritoriul UE și sunt valabile doar în interiorul sectorului aviatic. Numărul de certificate alocate sectorului aviatic este egal cu 97% din media emisiilor generate de acest sector în perioada 2004-2006, ceea ce reprezintă aproximativ 210 milioane EUAA anual.

Prevederile referitoare la includerea activităților de aviație au fost preluate în legislația națională prin HG nr. 780/2006 privind stabilirea schemei de comercializare a certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră, cu modificările și completările ulterioare (HG 780/2006). Ordinul de Ministru privind aprobarea alocării certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră cu titlu gratuit pentru activitățile de aviație, pentru anul 2012 și perioada 2013—2020.¹

Directivei 2008/101/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 19 decembrie 2008 de modificare a Directivei 2003/87/CE pentru a include activitățile de aviație în sistemul de comercializare a cotelor de emisii de gaze cu efect de seră în cadrul Comunității este în prezent una din cele mai controversate probleme actuale ale aviației.

¹ http://www.mmediu.ro/protectia_mediului/schimbari_climatice_eu_ets.htm

Într-o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare cu privire la sistemul de comercializare a cotelor de emisie de gaze cu efect de seră numeroase companii aeriene și asociații de companii aeriene americane și canadiene au contestat, în Regatul Unit, măsurile de transpunere a Directivei 2008/101 și totodată încălcarea mai multor principii de drept cutumiar și a unor articole cheie din numeroase tratate internaționale precum:

a) principiul de drept internațional cutumiar potrivit căruia fiecare stat deține suveranitate completă și exclusivă asupra spațiului său aerian;

b) principiul de drept internațional cutumiar potrivit căruia niciun stat nu poate pretinde să își extindă suveranitatea asupra unei porțiuni din marea liberă;

c) principiul de drept internațional cutumiar al libertății de survol a mării libere;

d) principiul de drept internațional cutumiar a cărui existență nu este admisă de pârât, potrivit căruia aeronavele care survolează marea liberă sunt supuse jurisdicției exclusive a statului de înregistrare, cu excepția limitărilor impuse prin tratate internaționale;

e) Convenția de la Chicago în special art.1 privind suveranitatea, art.11 privind aplicarea reglementărilor privind navigația aeriană, art.12 privind regulile de zbor, art.15 privind taxele de aeroport și drepturile similare și art.24 privind taxele vamale;

f) Acordul „Cer Deschis” în special art.7 privind zborurile de tranzit, art.11 privind transmiterea notificărilor și rapoartelor și art.15 alineatul (3) privind examinarea efectelor retragerii unui stat];

g) Protocolul de la Kyoto [în special art.2 alineatul (2) privind continua limitare sau reducere a emisiilor de gaze cu efect de seră, nereglementate de Protocolul de la Montreal.

Statele reclamante sunt de părere de această directivă modificată este nelegală în măsura în care aceasta prevede că sistemul de comercializare a cotelor de emisie se aplică tronsoanelor de zbor (în general sau efectuate de aeronave înregistrate în state terțe) situate în afara spațiului aerian al statelor membre ale UE, deoarece asemenea prevederi contravin unuia sau mai multor principii de drept internațional cutumiar dintre cele enumerate anterior.

Reclamantele din acțiunea principală și asociațiile care le susțin consideră că includerea activităților aviatice internaționale în sistemul de comercializare a cotelor de emisii de gaze cu efect de seră al Uniunii Europene este contrară unei serii de principii de drept internațional cutumiar, precum și mai multor acorduri internaționale. Din acest motiv, acestea sunt de părere că Directiva 2008/101, prin care sistemul UE de comercializare a cotelor de emisii a fost extins asupra transportului aerian, nu este valabilă.

Reclamantele contestă Directiva 2008/101 invocând trei grupe de argumente: în primul rând, ele susțin că Uniunea Europeană și-ar fi depășit competențele ce îi revin în temeiul dreptului internațional prin faptul că nu a limitat aplicarea sistemului său de comercializare a cotelor de emisii de gaze cu efect de seră strict la zborurile intraeuropene, ci a inclus în sistem și tronsoane ale zborurilor internaționale care se desfășoară deasupra mării libere sau deasupra teritoriului unor state terțe. În al doilea rând, reclamantele susțin că un sistem de comercializare a cotelor de emisii de gaze cu efect de seră pentru transportul aerian internațional ar trebui negociat și decis în cadrul OACI; instituirea sa unilaterală nu ar fi permisă. În al treilea rând, reclamantele susțin că sistemul de comercializare a cotelor de emisii ar fi echivalent cu o taxă sau cu un impozit interzis în temeiul acordurilor internaționale.¹

În ciuda tuturor argumentelor aduse de către statele reclamate, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) a statuat faptul că aplicarea sistemului de comercializare a cotelor de emisii în ceea ce privește aviația nu încalcă nici principiile de drept internațional cutumiar, nici Acordul „Cer Deschis”.

¹ <http://www.curierulfiscal.ro/2012/05/16/cerere-de-pronunțare-a-unei-hotărâri-preliminare-sistem-de-comercializare-a-cotelor-de-emisie-de-gaze-cu-efect-de-sera/>

Companiile aeriene și asociații de companii aeriene americane și canadiene au contestat, în Regatul Unit, măsurile de transpunere a directive susținând că, prin adoptarea directivei, Uniunea Europeană a încălcat un anumit număr de principii de drept internațional cutumiar, precum și diferite convenții internaționale.

Directiva ar încălca, pe de o parte, Convenția de la Chicago – Convenția privind aviația civilă internațională încheiată la 7 decembrie 1944, Protocolul de la Kyoto – Protocolul de la Kyoto la Convenția-cadru a Organizației Națiunilor Unite privind schimbările climatice din 11 decembrie 1997 și acordul cunoscut sub numele de Acordul „Cer Deschis” – Acordul privind transportul aerian dintre Comunitatea Europeană și statele membre ale acesteia, pe de o parte, și Statele Unite ale Americii, pe de altă parte, în special deoarece ar impune un tip de taxă pe consumul de combustibil, și, pe de altă parte, anumite principii de drept internațional cutumiar, întrucât ar avea ca efect aplicarea sistemului de cote de emisie dincolo de limitele competenței teritoriale a Uniunii.

High Court of Justice England & Wales a sollicitat Curții de Justiție să stabilească dacă directiva este validă în lumina acestor dispoziții ale dreptului internațional.

Prin hotărârea pronunțată, Curtea a confirmat validitatea directivei care include activitățile de aviație în sistemul de comercializare a cotelor de emisie.

Mai întâi, Curtea a constatat că numai anumite dispoziții ale Acordului „Cer Deschis” și trei principii de drept internațional cutumiar și anume, suveranitatea statelor asupra spațiului lor aerian, nelegitimitatea revendicărilor de suveranitate asupra mării libere și libertatea de survol al mării libere pot fi invocate în vederea examinării validității directivei. Astfel, aceste principii și aceste dispoziții sunt singurele dintre cele menționate de High Court care îndeplinesc criteriile stabilite în jurisprudența Curții.

În ceea ce privește Convenția de la Chicago, Curtea a constatat că Uniunea nu trebuie să respecte obligațiile care decurg din această convenție, întrucât nu este parte la aceasta și nici nu și-a asumat până în prezent în întregime competențele care decurg din aplicarea convenției. În ceea ce privește Protocolul de la Kyoto, Curtea a subliniat că părțile la acest protocol își pot îndeplini obligațiile în modul și cu rapiditatea pe care le stabilesc de comun acord și că, în special, obligația de a încerca să limiteze sau să reducă emisiile anumitor gaze cu efect de seră care provin de la combustibilii folosiți în transporturile aeriene, acționând prin intermediul Organizației Aviației Civile Internaționale (OACI), nu este necondiționată și suficient de precisă pentru a putea fi invocată.

Deși Curtea a acceptat să examineze, în limitele unui control privind existența unei erori vădite de apreciere, validitatea directivei în raport cu trei dintre principiile de drept internațional cutumiar invocate, aceasta a constatat totuși că, în ceea ce privește al patrulea principiu invocat, nu există elemente suficiente pentru a demonstra că principiul potrivit căruia o navă aflată în marea liberă este supusă exclusiv legii statului său de pavilion ar putea să se aplice prin analogie în cazul avioanelor.

În continuare, Curtea a examinat compatibilitatea directivei cu principiile de drept internațional cutumiar și cu Acordul „Cer Deschis” și a reținut faptul că directiva nu este aplicabilă ca atare avioanelor care survolează marea liberă sau teritoriul statelor membre ale Uniunii sau cel al unor state terțe. Operatorii unor astfel de aeronave sunt supuși sistemului de comercializare a cotelor numai în cazul în care aleg să opereze o cursă aeriană comercială care are ca destinație sau ca punct de plecare aeroporturi situate în Uniune.

În acest context, aplicarea sistemului de comercializare a cotelor în ceea ce privește operatorii de aeronave nu încălcă principiul teritorialității și nici principiul suveranității statelor terțe, întrucât acest sistem nu le este aplicabil decât atunci când aeronavele lor se află fizic pe teritoriul unuia dintre statele membre ale Uniunii și sunt astfel supuse jurisdicției depline a Uniunii. O astfel de aplicare a dreptului Uniunii nu poate nici să pună în discuție principiul libertății de survol al mării libere, întrucât o aeronavă care survolează marea liberă nu este supusă, în măsura în care efectuează un astfel de survol, sistemului de comercializare a cotelor.

În ceea ce privește împrejurarea că operatorul unei aeronave are obligația de a restitui cote de emisie calculate în raport cu întregul zbor, Curtea a amintit că politica Uniunii în domeniul mediului urmărește un nivel ridicat de protecție. Astfel, legiuitorul Uniunii poate alege, în principiu, să nu permită exercitarea pe teritoriul său a unei activități comerciale, în speță transportul aerian, decât cu condiția ca operatorii să respecte criteriile definite de Uniune. Pe de altă parte, faptul că anumite elemente care contribuie la poluarea aerului, a mării sau a teritoriului statelor membre sunt rezultatul unui eveniment care se desfășoară în parte în afara acestui teritoriu nu este de natură, în raport cu principiile de drept internațional cutumiar care pot fi invocate, să pună în discuție deplina aplicabilitate a dreptului Uniunii pe teritoriul său.

Curtea a răspuns, de asemenea, la afirmația potrivit căreia sistemul de comercializare a cotelor ar constitui o taxă sau o redevență aplicată combustibilului cu încălcarea Acordului „Cer Deschis”. Aceasta consideră că directiva nu încalcă obligația de a scuti combustibilul de drepturi, de taxe și de redevențe. Astfel, spre deosebire de ceea ce caracterizează prelevările obligatorii asupra consumului de combustibil, în ceea ce privește sistemul în cauză nu există o legătură directă și indisolubilă între cantitatea de combustibil deținută sau consumată de un avion și sarcina financiară care revine operatorului unui astfel de avion în cadrul funcționării sistemului de comercializare a cotelor. Costul concret suportat de operator nu depinde direct, fiind vorba despre o măsură bazată pe piață, de numărul de cote care trebuie să fie restituite, ci de numărul de cote alocate inițial acestui operator, precum și de prețul acestora pe piață în cazul în care se dovedește a fi necesară achiziționarea unor cote suplimentare pentru a acoperi emisiile. Pe de altă parte, este posibil ca un operator de aeronave, chiar dacă a deținut sau a consumat combustibil, să nu suporte nicio sarcină financiară ca urmare a participării sale la sistemul menționat, sau chiar ca acesta să realizeze un profit prin transmiterea cu titlu oneros a cotelor sale excedentare.

Curtea a concluzionat că aplicarea uniformă a sistemului în ceea ce privește toate zborurile care pleacă sau care sosesc pe un aeroport european este conformă cu dispozițiile Acordului „Cer Deschis” care prevăd instituirea unei interdicții privind tratamentul discriminatoriu între operatorii americani și cei europeni.¹

8. Concluzii

Schema Europeană de comercializare a certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră este prima schemă mondială de acest gen. Schema funcționează în principal pe limitare și comercializare, alocarea totală a certificatelor făcându-se la începutul perioadei de comercializare.²

Schema europeană de comercializare a emisiilor de gaze cu efect de seră prevăzută de Directiva 2008/101CE ramane valabilă pentru toate sectoarele sale de activitate prevăzute. Astfel, s-a demonstrat faptul că aceasta nu aduce atingere celor mai importante tratate și convenții internaționale privitoare la sectorul aviatic, decizia Curții Europene de Justiție motivându-și în mod clar hotărârea cu privire la presupusa încălcare a principiului teritorialității, suveranității și libertății de survol.

Deși, Curtea Europeană de Justiție și-a motivat în mod clar hotărârea cu privire la aceasta există în continuare numeroase controverse.

În prezent, se dorește crearea unei soluții la nivel mondial prin intermediul Organizației Internaționale a Aviației Civile (ICAO), fiind considerată cheia pentru a rupe impasul cu privire la includerea în mod unilateral transportului aerian internațional, în cadrul Schemei Europene de comercializare a emisiilor de gaze cu efect de seră. Consecințele neintenționate ale acestei abordări unilaterale și extra-teritoriale merg dincolo de denaturarea pieței statelor UE, acestea văzând acest lucru care pe un atac la suveranitatea lor.

¹ <http://www.juridice.ro/180080/cjue-extinderea-sistemului-de-cote-de-emisie-de-co2-la-aviatia-internationala-prevezuta-de-directiva-2008-101-nu-contravine-dreptului-international-cutumiar-si-conventional.html>

² http://www.erevista.ro/viewer/revista_tarom_insight_februarie_martie_2012/7JMVf17NSGMG1BQT/83

Cu toate că momentan soluția statuată de Curtea Europeană de Justiție nu a reușit să mulțumească întreaga comunitatea internațională, se dorește ca în viitor Schema EU-ETS să fie îmbunătățită astfel încât armonia să dăinuiască asupra sectorului aviatic.

Referințe bibliografice

- Codul Aerian - HG 29/1997 privind Codul aerian
- http://ro.wikipedia.org/wiki/Dezvoltare_durabilă
- Ruxandra-Mădălina, Petrescu-Mag, Editura Bioflux Cluj-Napoca 2001 „Protecția mediului în contextul dezvoltării durabile. Legislație și instituții” pag.209-210
- <http://greenly.ro/aer/aeronavele-viitorului-partea-i/>
- http://ro.wikipedia.org/wiki/Transport_aerian
- <http://www.scribd.com/doc/79238883/ti-Si-Tendinte-in-Evolutia-Transporturilor-Turistice-Aeriane-in-Contextul-Integrarii-Europene-Studiu-de-Caz-Companiile-Aeriane-Low-cost>
- http://ec.europa.eu/romania/news/27092012_transporturi_noi_perspective_aviatie_ro.htm
- <http://ecology.md/md/section.php?section=news&id=8548>
- http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2011/part1_ro.pdf
- http://www.inginerie-electrica.ro/acqu/pdf/2008_21.pdf
- <http://ec.europa.eu/environment/news/efe/pdf/efe46/RO-EFE46.pdf>
- <http://facultate.regielive.ro/cursuri/transporturi/transportul-aerian-162842.html>
- <http://www.curierulfiscal.ro/2012/05/16/cerere-de-pronuntare-a-unei-hotarari-preliminare-sistem-de-comercializare-a-cotelor-de-emisie-de-gaze-cu-efect-de-sera/>
- Ruxandra-Mădălina, Petrescu-Mag, Editura Bioflux Cluj-Napoca 2001 „Protecția mediului în contextul dezvoltării durabile. Legislație și instituții” pag.204-205
- http://www.mmediu.ro/protectia_mediului/schimbari_climatice_eu_ets.htm
- <http://www.curierulfiscal.ro/2012/05/16/cerere-de-pronuntare-a-unei-hotarari-preliminare-sistem-de-comercializare-a-cotelor-de-emisie-de-gaze-cu-efect-de-sera/>
- <http://www.juridice.ro/180080/cjue-extinderea-sistemului-de-cote-de-emisie-de-co2-la-aviatia-internationala-prevazuta-de-directiva-2008-101-nu-contravine-dreptului-international-cutumiari-si-conventional.html>
- http://www.erevista.ro/viewer/revista_tarom_insight_februarie_martie_2012/7JMV17NSGMG1BQT/83

NOILE INSTRUMENTE DE LA BEIJING – ÎNTRE O NOUĂ REGLEMENTARE ȘI UN SIMPLU EXERCİTIU JURIDIC

Ruxandra – Mihaela POPA¹

Nicușor TUDOR²

Abstract

International civil aviation community has been preoccupied to identify security issues and regulate them since the World War II. Aircraft hijacking, the transport of dangerous goods and substances, unlawful acts have been the object of several international treaties and national legislation .

The Hague Convention adopted in 1970 and the Montreal Convention adopted in 1971 establish the basis of international civil aviation security norms. The current international context generated the need to amend these instruments. The New 2010 Beijing Convention and Protocol attempt to systematize the rights and obligations of States in the field of aviation security, but they also generate controversies. This paper presents in a comparative manner taking into consideration the fundamental principles of public international law, the content of the new instruments adopted in Beijing.

Keywords: *Beijing Convention, aviation security, international public law, hijacking, Hague Convention.*

1. Introduction

Air travel is a general form of long distance passenger transport and the only reasonable alternative when time is an essential element.³

This study includes a review of the most important issues and a systematic analysis of the rights and the obligations of states with regard to aviation security matters. One of the main concerns of civil aviation professionals is the safety of flight, aircraft protection of passengers and accident prevention.

There are multiple causes of accidents, such as the lack of attention technical staff, the staff responsible for the screening, human error etc. Terrorism (hijacking of aircraft, placing the explosive devices on aircraft, the use of chemical/biological weapons, etc.) represents a threat to aviation security.

Terrorism is a very serious threat and concerned international society, especially at the time of the attacks on the World Trade Center towers in New York on September 11, 2001.

Its severity consists in its ability of networks and terrorist organizations to surprise them, through the difficulty in measuring terrorism, by the wave of uncertainty and anxiety which accompany this phenomenon, difficult to understand and to explain.

Terrorism is variously classified and defined. This constitutes a increasingly threat to peace and security passed, of the human being, values and civilization.

The simplest definition is the “purpose and method”: *terrorism is an unconventional battle tactics used to achieve political goals. It is based on spectacular acts of violence operated on certain*

¹ Student, Faculty of Law, “ Nicolae Titulescu” University of Bucharest (email: ruxxa_ndra@yahoo.com).

² Student, Faculty of Law, “ Nicolae Titulescu” University of Bucharest (email:ricky_ticky_toc2006@yahoo.com).

The study is elaborated under the supervision of Prep. univ. drd. POP Sorana (email: sorana.pop@gmail.com).

³ <http://facultate.regielive.ro/cursuri/transporturi/transportul-aerian-162842.html>.

populations not directly involved in the conflict with the scope to exercise pressure on the government (state, organizations, social groups, or against a group of civilians) in the sense anticipated by terrorists – producing a panic effect and generalized psychological intimidation, heightened by the use of manipulative media in order to achieve a difficult goal to accomplish through democratic means or conventional.¹

The attacks from 11 september 2001 have devastated not only the American nation, but the whole world shook. As a response against such attacks by invoking the right to self- defense, the United States generated a real „ War against terrorism”, invading Afghanistan. Acts of terrorism and its war had serious consequences both on U.S. citizens, and the other states that they have taken steps to protect their citizens against such attacks.

The New Beijing Convention adopted in 2010 is one of the measures taken by states for the protection of their citizens. The transport industry, that industry that connects the world and help us in the process of developing an international society and whose common denominator is air.²

September 11 being by far an event that made air transport legislators to reconsider of existing provisions of the conventions.

After the modernizing the Rome Convention on compensation for damage caused by aircraft to third parties on the ground, the International Civil Aviation Organization (ICAO)³ turned its attention toward the existing security provision which were not updated.⁴

It was necessary that tough measures should be taken to counter acts of unlawful interference with civil aviation. In this context, two conventions related to aviation security were reanalyzed, namely the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (The Hague Convention)⁵ and the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation (The Montreal Convention).⁶

The purpose of this study is to present the context of the instruments adopted at Beijing and to bring forward opinions and controversies created by the Diplomatic Conference held by the International Civil Aviation Organization (ICAO) at the end of 2010.

2. The context of relevant aviation security instruments

2.1. The Hague Convention – 1970

Signed at The Hague on 16 December 1970, the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft contains 14 articles relating to what constitutes hijacking as well as guidelines for what is expected of governments when dealing with hijackings. The convention does not apply to customs, law enforcement or military aircraft, thus its scope appears to exclusively encompass civilian aircraft. Importantly, the convention only comes into force if the aircraft takes off or lands in

¹ <http://www.scribd.com/doc/73613282/Terrorismul-International-Si-Aviatia-Civila#logout>.

² Sorana Alina Catinca POP, *2010 Beijing Convention – New Aviation Security Instrument*, Article CKS.

³ The International Civil Aviation Organization, a specialized agency of the United Nations, was established by Article 44 of the Convention on International Civil Aviation (Chicago Convention), signed at Chicago on 7 December 1944. The main objectives of ICAO are to develop the principles and techniques of international air navigation and to foster the planning and development of air transport. ICAO has 190 Contracting States. ICAO's Mission and Vision Statement is “to achieve its mission of safe, secure and sustainable development of civil aviation through cooperation amongst its member States.”

⁴ Sorana Alina Catinca POP, *2010 Beijing Convention – New Aviation Security Instrument*, Article CKS.

⁵ Signed at Hague on December 16, 1970, the instrument incorporated for the first time the principle *aut dedere, aut judicare*.

⁶ Signed at Montreal, 23 September 1971..

a place different than its country of registration. For aircraft with joint registration, one country is designated as the registration state for the purpose of the convention.¹

There was a large number of hijacking in the 1960s that led to the need to define the act of hijacking recognizing it as an international offence² and provide an appropriate legal framework to deal with the offence. Thus, the contribution of the Hague Convention is important. Above all, the Convention covers both international and domestic flights.³

Another important development of the Hague Convention is the system under which State establish jurisdiction. A system of multiple and concurrent jurisdiction is set out in Article 4(1) of the Convention. One of the most important features of the Convention is the provision effectively establishing universal jurisdiction, that is, if the State Party does not extradite, it must take measures to establish jurisdiction over an offender present in its territory.⁴

Although the Hague Convention included a few key concepts that address some of the shortcomings Tokyo Convention, its scope is limited related to the specific offence of unlawful seizure of aircraft and acts of violence. The scope of the Convention should be extended.⁵

2.2. The Montreal Convention – 1971

The Diplomatic Conference convened by ICAO, which gathered representatives of sixty- one countries and seven international organizations in Montreal from 8 to 23 September 1971 adopted and opened for signature the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the safety of civil aviation. The Convention defines as "offenses" some acts of sabotage, which must be dealt with and the perpetrators must be prosecuted in the States designated by the Convention when these acts were committed on board or against a civil aircraft is "in flight" or "in service" and provides an international service, or against facilities and air navigation services which are used for civil navigation. The Montreal Convention complements some aspects of criminal international air law established by the Tokyo Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (1963) and the Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of aircraft of 16 December 1970 (1).⁶

States parties to the Convention for the suppression of unlawful acts against the safety of civil aviation (Montreal Convention) consider the fact that unlawful acts against the safety of aviation compromise the safety of persons and property on board the aircraft.⁷ At the same time these acts seriously affect air services operation and the confidence of the peoples of the world civil aviation security. The occurrence of such acts is a matter of concern. Thus, in order to prevent such acts, there is an urgent need to provide appropriate measures for punishment of illegal acts produced by certain entities. This convention shall not apply to aircraft used in military, customs or police.⁸

The need for the Montreal Convention was needed as the number of acts of violence committed on board aircraft as well as on airport ground facilities⁹ was increasing. The Convention introduces the principle that acts must be committed intentionally. Moreover there was great debate

¹ http://www.unodc.org/unodc/terrorism_convention_aircraft_seizure.html.

² Diedericks-Verschoor, I.H. *An Introduction to Air Law* (1991) Kluwer, p.199. See also Bantekas, I. and Nash, C. *International Criminal Law* (2003) Cavendish Publishing Ltd., p.23.

³ Article 3(3) of the Hague Convention 1970.

⁴ Article 4(2), Hague Convention 1970.

⁵ Sorana Alina Catinca POP, *2010 Beijing Convention – New Aviation Security Instrument*, Article CKS.

⁶ R. H. MANKIEWICZ, *LA CONVENTION DE MONTRÉAL (1971) POUR LA RÉPRESSION D'ACTES ILLICITES DIRIGÉS CONTRE LA SÉCURITÉ DE L'AVIATION CIVILE*.

⁷ <http://treaties.un.org/untc//Pages//doc/Publication/UNTS/Volume%20974/volume-974-I-14118-English.pdf>.

⁸ Article 4(1), Montreal Convention 1971.

⁹ Matte, NM. *Treaties on Air-Aeronautical Law* (1981) ICASL, p. 367. See also Dempsey, PS. "Aviation Security: The Role of Law in the War against Terrorism", 41 *Columbia Journal of Transnational Law* 2003 at p.669.

with regard to the interpretation of “safety of air navigation”. The debate resulted in the definition of “aircraft in service” a term used in the offence concerning the placement of a device or substance on an aircraft in service which is likely to destroy the aircraft.¹

Even with the new definitions and offences regime, the Montreal Convention is limited to offences which affect the safety of the aircraft “in service” or “in flight”. The limitation was addressed to some extent in the Airports Protocol of 1988. Another limitation of the Montreal Convention is that it does not make it an offence to threaten to commit the offences in the Convention. States at that time focused on offences specifically directed against the safety of the aircraft either “in flight” or “in service”. The result is that the Convention needs to be amended.

2.3. The New Beijing Convention and the Beijing Protocol – 2010

The Beijing instruments were adopted as a result of the events of September 11, 2001 in order to close gaps in the existing international instruments and to deal with new and emerging threats.²

The Beijing Convention and the Beijing Protocol broaden and strengthen the global legal framework for aviation security. Their universal adoption would significantly advance cooperation in the prevention of unlawful acts relating to civil aviation and the prosecution and punishment of offenders.³

The Beijing Convention modernized the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation of 1971 and its Supplementary Protocol of 1988 by criminalizing the act of using civil aircraft as weapons, and the act of using dangerous materials to attack aircraft or other targets. The unlawful transport of biological, chemical and nuclear weapons and their related material has been made punishable. Cyber attacks on air navigation facilities will also trigger criminal responsibility.⁴

The Beijing Protocol updated the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (The Hague, 1970), by expanding its coverage against the different forms of aircraft hijackings.⁵

Both instruments specifically cover the criminal liability of directors and organizers of an offence under the treaties. Making a threat to commit an offence under the treaties may be criminally accountable when the circumstances indicate that the threat is credible. Under certain conditions, agreement or contribution to an offence, whether such an offence is actually committed or not, may be punishable. The two instruments also update provisions to promote cooperation between States in combating unlawful acts directed against civil aviation while emphasizing human rights and fair treatment of suspects.⁶

3. The long road to Beijing - a process of 9 years

„ The Beijing Convention and Beijing Protocol, together with the Assembly Security Declaration, highlight more than anything else the strength and scope of the political will which exists today in support of more robust, comprehensive and collaborative aviation security and legal framework”.⁷

¹ Article 1(1)(c), Montreal Convention 1971.

² Ludwig Weber, Elmar Maria Giemulla, *International and EU Aviation Law: Selected Issues*, Editura Kluwer Law International, 2011, pag. 293.

<http://www.icao.int>, *Promotion of the Beijing Convention and the Beijing Protocol of 2010*.

⁴ <http://www.icao.int>, *Promotion of the Beijing Convention and the Beijing Protocol of 2010*.

⁵ <http://www.icao.int>, *Promotion of the Beijing Convention and the Beijing Protocol of 2010*.

⁶ <http://www.icao.int>, *Promotion of the Beijing Convention and the Beijing Protocol of 2010*.

⁷ Raymond Benjamin, Secretarul General ICAO.

In late 2010, an ICAO Diplomatic Conference in Beijing adopted two new counter-terrorism treaties devoted to improving aviation security and criminalizing the 9/11 offenses: the *Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation*; and the *Supplementary Protocol to the 1970 Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft*.¹

Some 400 participants from more than 80 States and international organizations attended the event, and the new Beijing Convention and Protocol they produced will significantly strengthen existing international counter-terrorism legal instruments while facilitating the prosecution and extradition of those who seek to commit acts of terror. The treaties received nearly 20 signatures immediately and are steadily attracting more.²

The Beijing Convention serves international civil aviation well by requiring parties to criminalize a number of new and emerging threats to the safety of civil aviation, including using aircraft as a weapon and organizing, directing, and financing acts of terrorism. These new treaties reflect the international community's shared effort to prevent acts of terrorism against civil aviation and to prosecute and punish those who would commit them. The treaties promote cooperation between States while emphasizing the human rights and fair treatment of terrorist suspects. The Beijing Convention also obligates States to criminalize the transport of biological, chemical, and nuclear (BCN) weapons and related material.³

The Beijing Convention has a concise preamble which sets its tone and the topic. In the introductory title it acknowledged that States Parties to the instrument are deeply concerned that unlawful acts against civil aviation may jeopardize the safety and security of persons and the property; affecting air services, airports and air navigation. It is believed that the world confidence of peoples in conducting safely and orderly civil aviation could be undermined.

Furthermore, states parties recognize the emergence of new types of threats that might require new policies efforts and cooperation in civil aviation. They consider that in order to better address these threats, there is an urgent need, to strengthen the legal framework for international cooperation in the prevention and suppression of unlawful acts against civil aviation.

Whereas these new treaties reflect the shared and committed efforts of the Organization and the international community in recent years to prevent, prosecute, and punish those who would carry out violent acts against aviation targets, it is only when the Beijing treaties have been ratified and incorporated into national legislations that their full benefits will be felt. The last ICAO Assembly therefore adopted a Resolution calling on States to enact appropriate legislation as quickly as possible, and it is expected that by the next Assembly in 2013 both the 2010 Beijing Convention and Protocol will have achieved significant levels of international adoption.⁴

Yet more recently, acts of unlawful interference against civil aviation “[have] taken unexpected forms.”⁵ None more unexpected, one might say, than the events of 11 September 2001. Reports of incidents of unlawful interference have not gone away since 9/11. ICAO notes a yearly average of 20 incidents between from 2007 to 2010.⁶

To respond to these atrocities, in the immediate aftermath of 9/11 the ICAO Assembly directed the Council to review the adequacy of the existing aviation security conventions to deal with new and emerging threats to civil aviation.⁷ That review culminated in the adoption on 10 September 2010 in Beijing of two new international treaties on aviation security: the *Convention on the*

¹ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf.

² ICAO – International Civil Aviation Organization, *Beijing Achievements*, Vol.66, No.1.

³ http://aviationdevelopment.org/eng/sites/default/files/2011062801_Publication.pdf.

⁴ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf

⁵ J.D. McClean, J.M. Balfour, Richard K. Gardiner, Jeffrey Goh & Rod D. Margo (Eds.), *Shawcross & Beaumont: Air Law*, Issue 117, Chapter 37, paragraph 1 (United Kingdom: Lexis Nexis Butterworths, 2011).

⁶ See ICAO, C-WP/13683, C-WP/13269, C-WP/13103 and C-WP/13269.

⁷ See ICAO, A33-1, *Declaration on Misuse of Civil Aircraft as Weapons of Destruction and other Terrorist Acts Involving Civil Aviation*.

*Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation*¹ and the *Protocol Supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft*.²

In the ICAO journals reports from 2011 regarding the Beijing Convention, especially “The 2010 Beijing Diplomatic Conference” where were adopted important new international counter-terrorism instruments, Director – ICAO Legal Affairs and External Relations Bureau, Denys Wibaux, firstly says: “Terrorism is perhaps the most challenging legal realm in which to achieve broad international consensus”.³ A second affirmation of Denys Wibaux in the Beijing Conference was: „Given the scale and complexity of the challenges involved in designing and ratifying effective legal instruments governing counter-terrorism, it is perhaps not surprising that the international aviation community, which has historically demonstrated a uniquely high degree of cooperative achievement, should now find itself assuming a vital role in helping to determine effective and implementable legal tools in this area. In this regard the success of the Beijing Conference, not to mention the determined process that culminated in its achievements, cannot be underestimated”.⁴

Regarding this ICAO report, it must be highlighted that the United States, China and United Kingdom, among other States, signed the 2010 Beijing instruments on the spot.⁵ In the United States, meanwhile, efforts are also being made to ensure that the new Beijing treaties are given the full degree of international priority that they deserve.⁶

An important point of view regarding this convention and the 9/11 offenses was commented by Michael Jennison (Assistant and Chief Counsel for International Affairs and Legal policy) who showed that: “Much of what has been accomplished by ICAO will now serve to assist complementary UN efforts in this area.”[...] “For the United States this Convention and Protocol are both significant and symbolic in that they finally criminalize the 9/11 offenses — most especially those provisions relating to the organizing, directing, financing and conspiring activities that support the actual terrorist acts. The old Montreal Convention had included an ‘accomplice’ provision but the accomplice had to be physically on board the aircraft to be criminally responsible. These new Beijing instruments provide for improved enforcement and prosecution of the non-centralized terrorist networks and support systems that we’re dealing with today.”

These instruments strengthen the crackdown on offenders and include clauses for fair treatment and other associated concerns, thereby representing a collaborative and concrete action by the global civil aviation community to ensure that the global air transport system⁷ stays clearly focused on protecting the safety and security of aircraft and passengers.

3.1. Objectives

The Beijing Convention is intended to supersede the existing Montreal Convention and the Montreal Protocol 1988. However, the Beijing Protocol only amends the Hague Convention, which will continue to coexist. Whilst each of the new treaties is a stand-alone international instrument, some of the most controversial aspects can be found to apply to both treaties.⁸

The Montreal Convention opted for a dual system of “aircraft in flight” applicable to some offences and the threshold of “aircraft in service” for others. Since unification was necessary, the Beijing instruments apply to offences when the aircraft is “in service.” An aircraft is deemed “to be in service from the beginning of the pre-flight preparation of the aircraft by ground personnel or by

¹ http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Beijing_Conv_EN.pdf.

² http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Beijing_Prot_EN.pdf.

³ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf.

⁴ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf.

⁵ <http://www.rttnews.com/1419125/new-counter-terrorism-treaties-to-improve-aviation-security-adopted.aspx..>

⁶ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf.

⁷ Statement from Xia Xinghua President of the Beijing Diplomatic conference.

⁸ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf.

the crew for a specific flight until twenty-four hours after any landing.” If an aircraft which is not in service is used to perpetrate an offence, this would fall outside the Beijing instruments.¹

In October 2001, less than a month after the 9/11 incidents, the 33rd Session of the ICAO Assembly responded with a comprehensive resolution on aviation security.² This resolution directed the Council and the Secretary General to “act urgently to address the new and emerging threats to civil aviation, in particular the adequacy of the existing aviation security conventions; to review the ICAO aviation security programme, including a review of Annex 17 and other related Annexes to the Convention”.³ It has been suggested that that direction was “symptomatic of the frantic search for any conceivable prevention that would protect aviation against the repetition of a similar tragedy.”⁴ The Resolution also instructed the Council to convene a high-level, ministerial conference on aviation security (AVSEC-Conf/2).⁵

Taking 9/11 as a blunt example, the existing regime at the time would have criminalized the hijacking of the four aircraft involved and any acts of violence committed against any airline crew or other passengers on board. However, it would have not criminalized the very use of the aircraft itself as a weapon and not the preparation for and organization of those hideous crimes.

On the road to ensuring the ongoing safe and secure development of international civil aviation, no matter how big or small the related steps may be, the advances being made reflect positive collaborative progress on behalf of the world community.⁶ The Chinese Government will continue to work together with other ICAO Member States, making its due contribution to ensure the safety and security of international air transportation.⁷

3.2. The use of aircraft as a weapon

The abhorrent attacks on 11 September 2001 (9/11), as well as subsequent terrorist plots such as the infamous PETN ‘Christmas Bomber’ of 2009, continue today to underscore the need for determined vigilance in air transport security enforcement and even stronger international frameworks under which terrorists and terrorist acts can be effectively prosecuted.⁸

The most novel aspect of the Beijing treaties is the creation of a new criminal offence of the use of an aircraft in service for the purpose of causing death, serious bodily injury, or serious damage to property or the environment.⁹ Clearly, the use of aircraft as a weapon of mass destruction by terrorist contravenes the spirit of the Chicago Convention¹⁰ and this new offence specifically addresses the factual scenario that arose on 9/11.¹¹

At the Beijing Diplomatic Conference, the point was also made that if the offence referred to the manner in which an aircraft is flown, this might inadvertently bring acts of criminal negligence, or similar concepts, within the scope of the offence, going well beyond the intention of the original proposals and the consensus reached at the previous stages of the process.¹²

¹ See ICAO, DCAS Doc No. 9.

² See ICAO, A33-1, Declaration on misuse of civil aircraft as weapons of destruction and other terrorist acts involving civil aviation

³ See ICAO, A33-1, Paragraph 7.

⁴ Michael Milde, *International Air Law and ICAO* (The Netherlands: Eleven International Publishing, 2008) at 256.

⁵ See ICAO, C-WP/13338.

⁶ Statement from Xia Xinghua President of the Beijing Diplomatic Conference.

⁷ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf

⁸ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf

⁹ article 1(f).

¹⁰ See Chicago Convention, Art. 3 bis. See ICAO, A33-1, *Declaration on Misuse of Civil Aircraft as Weapons of Destruction and Other Terrorist Acts Involving Civil Aviation*, paragraph 3.

¹¹ See ICAO, A33-1, *Declaration on Misuse of Civil Aircraft as Weapons of Destruction and other Terrorist Acts Involving Civil Aviation*, paragraph 1.

¹² http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf

The inclusion of environmental damages was also a contentious issue. Some delegations were of the view that such damages should not be included in this context and deserved separate treatment.¹ However, by the time of the Diplomatic Conference, those reservations had apparently disappeared and most States favored the retention to “the reference to the environment, considering that it serves the purpose of covering indirect damage to persons and property.”²

3.3. Hijacking by coercion

The original Hague Convention made it an offence to seize or exercise control of an aircraft in flight unlawfully, by force or other form of intimidation. The Beijing Protocol now creates a new principal offence if the unlawful and intentional seizure or exercise of control of an aircraft in service is carried out by “coercion or by any technological means.”³ This new concept tries to capture the possibility that, for instance, “...control [of the aircraft] could be obtained by a person on the ground jamming the [air navigational] signals without seizing [it] physically.” It would be interesting to see whether the rising reckless behaviour of pointing laser signals to aircraft would fall under this offence. Obviously, the prosecutor would still need to establish the perpetrator’s intent.⁴

3.4. Liability of legal entities

Thanks to a proposal jointly presented at the Diplomatic Conference by Algeria, Canada, India, Singapore and the UK, the Beijing instruments create the liability of a legal entity when a person responsible for its management or control commits, in that capacity, an act which constitutes an offence under the new regime.

Without prejudice to the criminal liability of individuals having committed the principal offence, this seeks to trigger a form of corporate liability, be it criminal, civil or administrative in nature. This is the only provision in the Beijing instruments that speaks about forms of liability other than criminal liability. The rationale behind this is that a number of jurisdictions do not recognize the notion that corporate entities can incur criminal liability because a corporation cannot have the “intent” to commit a criminal offence. Such States now have the option to impose civil or administrative liability. On the other hand, for those States that opt for criminal liability, corporations will most likely be subject to monetary sanctions.⁵

Liability on legal entities may only arise when the legal entity in question is either located in its territory or registered under its laws. This would suggest that the legal entity must have some sort of physical presence in the State where it is being prosecuted, either by virtue of having a domicile or by having been organized under the laws of such State.⁶

3.5. The fair treatment clause

Continuing the pattern established by a number of other recently-adopted international conventions, the Beijing instruments wisely introduce the principle that any person who is taken into custody shall be guaranteed fair treatment, “including enjoyment of all rights and guarantees in conformity with the law of the State in the territory of which that person is present.” The aim of this provision is to guarantee the respect of human rights. Given the diversity in Member States’ human rights’ records, might offenders be comforted by the additional wording “applicable provisions of international law, including international human rights law”?.⁷

¹ See ICAO Doc 9926-LC/194 at 2-2.

² Ibid.

³ See Beijing Protocol, Art. II (Article 1.1.).

⁴ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf

⁵ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf

⁶ Ruwantissa Abeyratne, *Air and space law*, Editura Kluwer Law International, 2011.

⁷ Ruwantissa Abeyratne, *Air and space law*, Editura Kluwer Law International, 2011.

4. Offences under the Convention

The first offence identified by the Beijing Convention relates to any person committing an offence if that person unlawfully and intentionally performs an act of violence against a person on board an aircraft in flight, if that act is likely to endanger the safety of that aircraft.¹ This offence has three salient elements: the offence has to be committed by a person ‘on board’ an aircraft, the aircraft has to be ‘in flight’, and the act perpetrated should endanger the safety of the aircraft. According to the Beijing Convention, the aircraft is considered to be in flight at any time from the moment when all its external doors are closed following embarkation until the moment when any such door is opened for disembarkation.²

The next consideration within this specific offence is that the act perpetrated should endanger the safety of the aircraft. This seemingly excludes acts of air rage, which, in many instances, only affect the safety of the person against whom the offence is committed. The Beijing Convention has ensured that every offence under this provision must essentially endanger the safety of the aircraft in which the offence is committed.³ Undoubtedly, the ultimate arbiters of the Beijing Convention, which were the ICAO Member States, had a reason for adopting this approach, and it would be interesting to learn of the rationale of this approach, particularly in the context of a recommendation offered by the ICAO AVSEC Panel at its 21st meeting held from 22 to 26 March 2010, where the Panel suggested that the Secretariat Study Group on Unruly Passengers be reconvened in order to study the issue of unruly passengers and consider whether the existing international legal regime should be re-examined.

Thus, the second offence under the Beijing Convention is committed when a person destroys an aircraft in service or causes damage to such an aircraft that renders it incapable of flight or that is likely to endanger its safety in flight.⁴ An aircraft is considered to be in service from the beginning of the pre-flight preparation of the aircraft by ground personnel or by the crew for a specific flight until twenty-four hours after any landing; furthermore, the period of service will, in any event, extend for the entire period during which the aircraft is in flight as defined in the Beijing Convention.⁵ This provision does not seem to cover an act that causes damage to an aircraft but does not affect the safety of the flight.

The third offence identified by the Beijing Convention relates to a person who places or causes to be placed on an aircraft in service, by any means whatsoever, a device or substance that is likely to destroy that aircraft; or to cause damage to it that renders it incapable of flight; or to cause damage to it that is likely to endanger its safety in flight. The offence must relate to the destruction of the aircraft or the damage that renders the aircraft unserviceable or adversely affects the safety of the aircraft.⁶ It is interesting that the Beijing Convention does not define the words ‘device’ and ‘substance’. It is even more interesting that the Beijing Convention did not include the word ‘weapon’, as it has done in a following provision. The fourth offence is a first for any treaty on unlawful interference with civil aviation. It provides that an offence is committed when a person destroys or damages air navigation facilities or interferes with their operation, if any such act is likely to endanger the safety of aircraft in flight. This undoubtedly refers, *inter alia*, to cyberterrorism but links the offence exclusively to the safety of aircraft in flight.

¹ Beijing Convention, done at Beijing on 10 Sep. 2010, Art.1 (a).

² http://www.aviationdevelopment.org/eng/2011062801_publication.

³ http://www.aviationdevelopment.org/eng/2011062801_publication.

⁴ *Ibid.*, Art.1 (b).

⁵ *Ibid.*, Art. 2(b).

⁶ http://www.aviationdevelopment.org/eng/2011062801_publication.

The Beijing Treaty is a step forward in the right direction with the threat of cyberterrorism looming, affecting the peace of nations. Air transport could well be a target towards the erosion of that peace.

The fifth offence identified in the Beijing Convention covers an instance where a person communicates information that that person knows to be false, thereby endangering the safety of an aircraft in flight.¹

The sixth offence is a throwback on 9/11 and provides that any person who uses an aircraft in service for the purpose of causing death, serious bodily injury, or serious damage to property or the environment commits an offence.² The interesting feature of this provision is that it has included environmental damage that could be caused by such an act.

The next provision makes it an offence to release or discharge from an aircraft in service any BCN³ weapon or explosive, radioactive, or similar substances in a manner that causes or is likely to cause death, serious bodily injury, or serious damage to property or the environment.

With regard to extradition of offenders, the Beijing Convention obligates (again, with the word ‘shall’) the State party in the territory of which the alleged offender is found if it does not extradite that person, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. Those authorities are required to take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State.⁴

5. A landmark in legal aviation

The Beijing Convention and Beijing Protocol of 2010, adopted and opened for signature just two weeks before the opening of the 2010 Assembly session, broaden and strengthen the global civil aviation anti terrorism framework. Their universal adoption will significantly advance cooperation in the prevention of the full range of unlawful acts relating to civil aviation and the prosecution and punishment of offenders.⁵

Thus, the Beijing Convention will succeed and improve provisions in the *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation* (the Montreal Convention of 1971) and its amending *Airports Protocol of 1988* as between States Parties. The Beijing Protocol, meanwhile, amends the *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft* (the *Hague Convention of 1970*) as between States Parties.⁶

During the Diplomatic Conference, held in Beijing, Denys Wibaux⁷, emphasized an important issue: “The new Beijing Convention and Protocol, taken together, effectively establish a much broader and stronger civil aviation security framework”.⁸ In addition, he stated that: “Terrorist acts against civil aviation are a continuing and significant threat to global political and economic stability. As a promising start, the Beijing Convention received 18 signatures on the day it was adopted, and the Beijing Protocol received 19, and we are confident that the new treaties will receive the widest possible support with the greatest possible speed. Their adoption was a great success for civil aviation, but they will be truly successful only when they are widely implemented into local State legislation”.⁹

¹ http://www.aviationdevelopment.org/eng/2011062801_publication.

² Ibid., Art. 1 (f).

³ According to Art. 2(h), BCN – biological, chemical or nuclear weapons.

⁴ http://www.aviationdevelopment.org/eng/2011062801_publication.

⁵ <http://www.aacm.gov.mo/english/newsdetail.php?nid=100>.

⁶ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf.

⁷ Director, ICAO Legal Affairs and External Relations Bureau.

⁸ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf.

⁹ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf.

Denys Wibaux has an interesting point of view, but as any opinion may not always be please everyone. Thus, not all states will disagree with their implementation widely in domestic law states.

The new treaties adopted in Beijing, which bring ICAO's total security-related treaty count to seven, further criminalize the act of using civil aircraft as a weapon, and of using dangerous materials to attack aircraft or other targets.¹

The Beijing instruments therefore specifically criminalize the mere act of a conspiring to undertake an attempt against civil aviation, introducing the legal concepts of 'conspiracy' in Common law countries and 'association de malfaiteurs' in Civil law countries.² The Beijing Convention of 2010 will also require States to criminalize the transport of biological, chemical, nuclear weapons and related material.³ These provisions reflect the nexus between proliferation of weapons of mass destruction and terrorism, and ensure that the international community will act to combat both.⁴

6. Main Reasons for ratification

The Beijing instruments are the result of collective efforts of the international community to modernize the legal framework for aviation security. By criminalizing a number of acts constituting new and emerging threats against civil aviation, including certain preparatory acts for the offences, they will strengthen the capacity of States to prevent the commission of these offences, and to prosecute and punish those who commit such offences. The instruments will also contribute to the implementation of the United Nations Global Counter-Terrorism Strategy adopted by the General Assembly of the United Nations on 8 September 2006 by enhancing the global treaty regime on counter-terrorism.⁵

7. Conclusion

Ultimately we reserve the right to make some remarks on the content and on the purpose of the Convention, that is to serve aviation safety.

Aviation is an important global business and a significant driver of the global economy. It is vital therefore that stringent measures are taken to counter acts of unlawful interference with civil aviation.

One of the goals, and maybe the most important one, is to suppress illegal acts in the field of civil aviation. This tool is adopted to deal exclusively with aviation security, even if the word „security” is not used and regulated in the Convention. However, it is concerned with aircraft safety.

The adoption of these instruments – the Beijing Convention and the Beijing Protocol - will provide legal protection to help combat global terrorism and improve aviation safety internationally. International society through its achievements showed there is an intention to fight against terrorism and also to strengthen public confidence in air travel.

References:

- Sorana Alina Catinca POP, *2010 Beijing Convention – New Aviation Security Instrument*, Article CKS.
- Diedericks-Verschuur, I.H. *An Introduction to Air Law*, Publishing Kluwer, 2011.
- Bantekas, I. and Nash, C. *International Criminal Law* (2003) Cavendish Publishing Ltd.
- R.H.Mankiewicz, *La convention de Montreal (1971) pour la repression d'actes illicites diriges contre la securite de l'aviation civile*.

¹ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf.

² Ruwantissa Abeyratne, *Air and space law*, Editura Kluwer Law International, 2011.

³ http://www.icao.int/publications/journalsreports/2011/6601_en.pdf.

⁴ Ruwantissa Abeyratne, *Air and space law*, Editura Kluwer Law International, 2011.

⁵ <http://www.icao.int>, *Promotion of the Beijing Convention and the Beijing Protocol of 2010*.

- Matte, NM. *Treaties on Air-Aeronautical Law* (1981) ICASL.
- Dempsey, PS. “Aviation Security: The Role of Law in the War against Terrorism”, 41 *Columbia Journal of Transnational Law* 2003.
- Ludwig Weber, Elmar Maria Giumulla, *International and EU Aviation Law: Selected Issues*, Publishing Kluwer Law International, 2011.
- J.D. McClean, J.M. Balfour, Richard K. Gardiner, Jeffrey Goh & Rod D. Margo (Eds.), *Shawcross & Beaumont: Air Law, 2011*.
- Convention for the suppression of unlawful acts relating to international civil aviation signed at Beijing 2010.
- Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation 1988.
- Ruwantissa Abeyratne, *Air and space law*, Publishing Kluwer Law International, 2011.
- Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at Hague on December 16, 1970.
- Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, signed at Montreal, on September 23, 1971.
- www.icao.int.
- www.aviationdevelopment.org.
- www.acm.gov.mo.
- ICAO (International Civil Aviation Organization), A33-1, Declaration Misuse of civil aircraft as weapons of destruction and other terrorist acts involving civil aviation.
- www.rttnews.com.
- www.treaties.org.
- www.wikipedia.ro.
- www.uno.dc.org.

PRIMARUL-ATUNCI ȘI ACUM. STATUTUL PRIMARULUI SCURT ISTORIC DESPRE INSTITUȚIA PRIMARULUI GENERAL AL BUCUREȘTIULUI

Denisa MURUGĂ*

Abstract

Lucrarea de față își propune lamurirea unui subiect din aria de acoperire a dreptului administrativ-funcția primarului. Vom discuta despre atribuțiile acestuia, despre statut, și, de asemenea, vom prezenta o scurtă paralelă între atribuțiile acestuia și cele ale prefectului. În partea a doua a lucrării, am elaborat o prezentare succintă a primarilor generali ai Bucureștiului și a acțiunilor acestora care au contribuit la modernizarea capitalei.

Cuvinte cheie: *primar, statut, atribuție, funcționar public*

Introducere

Cred că toți ne-am dorit la un anumit moment să fim primari, cel puțin eu mi-am dorit asta dar cu siguranță nu știam 100% ce înseamnă acest lucru.

Chiar, ce înseamnă să fii primar în România?

Înainte să descoperim în cele ce urmează un interviu imaginar cu un primar ideal, haideți să vedem de unde a început să fie cunoscută această noțiune în accepțiunea de astăzi.

Instituția primarului a fost introdusă în sistemul administrației române, în comunele rurale și urbane prin Legea din 31 martie 1864, ca organ executiv, alături de cel deliberativ, care era consiliul comunal. Primarul era numit de Domn, dintre primii trei consilieri care obțineau majoritatea sufragiilor în alegeri, îndeplinind o dublă calitate: de șef al administrației locale și de reprezentant al Guvernului în comuna. Primarul supraveghea executarea legilor și a regulamentelor generale, având dreptul să emita ordonanțe și regulamente de politică.

Această instituție a evoluat, rolul ei a crescut mai ales prin dispozițiile Legii de unificare administrativă din anul 1925. Primarul avea atribuții în ceea ce privește publicarea și executarea legilor și regulamentelor, în executarea deciziilor consiliului și ale delegației permanente. Ca șef al politiei comunale, avea dreptul de a lua măsuri, pentru asigurarea ordinii și siguranței publice, salubrității și igienei, poliția spectacolelor și de igiena socială. În Legea administrativă din 1938 s-a prevăzut ca primarul se numea de prefect, în comunele rurale și urbane, de către reședintele regal în comunele reședință de județ și de către rege în stațiunile climatice și municipii.

Prin Constituția din 1948 și următoarele din prima etapă a perioadei comuniste, această instituție *dispare* pentru a fi reintrodusă prin Legea nr. 57/1968. [1]

Conținutul lucrării

În continuare am ales să discutăm cu un primar fictiv astfel încât să lămurim care sunt condițiile de candidatură și atribuțiile acestuia.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: dm.denisa@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist.univ.dr.Elena Ștefan (stefanelena@gmail.com)

¹. Mircea Preda, *op.cit.*, pag. 200

D.M.: „Buna ziua, domnule Primar al orașului Lexia. Cum se face că la dumneavoastră în oraș lucrurile merg atât de bine?”

P.L.: „Buna ziua. În primul rând, la noi în oras se respectă legea și în ceea ce a privit desfășurarea alegerilor și în continuare, în desfășurarea atribuțiilor mele, respect întocmai litera legii.”

Propun să clarificăm cum sunt aleși primarii conform articolului 4 din Legea 70/1991, aceștia trebuind să îndeplinească următoarele condiții:

(1) Au dreptul de a fi aleși primari cetățenii români cu drept de vot care au împlinit, până în ziua alegerilor inclusiv, vârsta de cel puțin 23 de ani;

(2) Pot candida numai persoanele care au domiciliul pe teritoriul unității administrativ-teritoriale în care urmează să fie alese.

(3) La sectoarele municipiului București pot candida persoanele care au domiciliul în municipiul București, indiferent de sector.

Presupunând că persoana candidată la funcția de primar, respectând legislația și fiind compatibilă cu această funcție, castigă alegerile, acesta este ținut la depunerea unui jurământ în fața Consiliului Local iar refuzul acestui act conduce la considerarea demisiei de drept a primarului”

D.M.: În cele ce urmează domnul primar din Lexia ne va dezvalui statutul său conform Legii 215/2001, asadar: [1]

- poate fi ales un singur primar al unei unități administrativ-teritoriale și acesta participă la ședințele consiliului local și are dreptul să își exprime punctul de vedere asupra tuturor problemelor supuse dezbaterii.

P.L.: „Într-adevăr, iar pe toată durata exercitării mandatului, contractul de muncă la instituții publice, regiuni autonome, companii naționale, societăți naționale, societăți comerciale cu capital majoritar de stat sau la societățile comerciale de sub autoritatea consiliilor locale sau județene se suspendă de drept.

- Calitatea de primar, este incompatibilă cu:

a) *funcțiile și calitățile de:*

1. prefect și de subprefect;

2. funcționar public în aparatul propriu de specialitate al autorităților administrației publice centrale și locale; calitatea de funcționar public în aparatul propriu de specialitate al consiliului județean, al prefectului, al serviciilor publice de interes local sau județean, al serviciilor publice descentralizate ale ministerelor și ale celorlalte autorități ale administrației publice centrale; calitatea de angajat în cadrul autorităților administrației publice locale respective sau în cadrul aparatului propriu al prefectului din județul respectiv;

3. manager sau membru în consiliul de administrație al regiilor autonome ori de conducător al societăților comerciale înființate de consiliile locale sau de consiliile județene;

4. senator, deputat, ministru, secretar de stat, subsecretar de stat și cele asimilate acestora

b) *orice funcție de conducere din cadrul societăților comerciale la care statul sau o unitate administrativ-teritorială este acționar majoritar ori din cadrul societăților naționale, companiilor naționale sau regiilor autonome;*

c) orice alte activități sau funcții publice, cu excepția funcțiilor didactice și a funcțiilor din cadrul unor fundații ori organizații neguvernamentale.

Prin urmare, reprezintă șeful administrației publice locale și al aparatului propriu de specialitate al autorităților administrației publice locale, pe care îl conduce și îl controlează, răspunde de buna funcționare a administrației publice locale, în condițiile legii. Tot el, ca primar reprezintă comuna sau orașul în relațiile cu alte autorități publice, cu persoanele fizice sau juridice române sau străine, precum și în justiție.

¹ Legea 213/2001

Semnul distinctiv este o eșarfă în culorile drapelului național al României iar aceasta eșarfă va fi purtată, în mod obligatoriu, la solemnități, recepții, ceremonii publice și la celebrarea căsătoriilor.”

D.M.: - „As dori in continuare sa ne dezvaluiti care sunt atributiile dumneavoastra.”

P.L.: - „Sigur ca da.

Astfel, potrivit Legii administrației publice locale nr.215/2001 republicată vom distinge:

a). *atribuții exercitate în calitate de reprezentant al statului*, în condițiile legii: ofițer de stare civilă și de autoritate tutelară, organizarea și desfășurarea alegerilor, a referendumului și a recensământului etc.

b). *atribuții referitoare la relația cu consiliul local*: primarul prezintă consiliului local, în primul trimestru, un raport anual privind starea economică, socială și de mediu a unității administrativ-teritoriale; prezintă, la solicitarea consiliului local, alte rapoarte și informații; elaborează proiectele de strategii privind starea economică, socială și de mediu a unității administrativ-teritoriale și le supune aprobării consiliului local;

c). *atribuții referitoare la bugetul local*: exercită funcția de ordonator principal de credite; întocmește proiectul bugetului local și contul de încheiere a exercițiului bugetar și le supune spre aprobare consiliului local; inițiază, în condițiile legii, negocieri pentru contractarea de împrumuturi și emiterea de titluri de valoare în numele unității administrativ-teritoriale; verifică, prin compartimentele de specialitate, corecta înregistrare fiscală a contribuabililor la organul fiscal teritorial, atât a sediului social principal, cât și a sediului secundar;

d). *atribuții privind serviciile publice asigurate cetățenilor*: coordonează realizarea serviciilor publice de interes local; ia măsuri pentru prevenirea și, după caz, gestionarea situațiilor de urgență; asigură elaborarea planurilor urbanistice prevăzute de lege, le supune aprobării consiliului local și acționează pentru respectarea prevederilor acestora; emite avizele, acordurile și autorizațiile date în competența sa prin lege și alte acte normative etc.

e). alte atribuții stabilite prin lege.”

Pentru exercitarea corespunzătoare a atribuțiilor sale, primarul colaborează cu serviciile publice deconcentrate ale ministerelor și celorlalte organe de specialitate ale administrației publice centrale din unitățile administrativ-teritoriale, precum și cu consiliul județean.

Atribuțiile de ofițer de stare civilă și de autoritate tutelară pot fi delegate și secretarului unității administrativ-teritoriale sau altor funcționari publici din aparatul de specialitate cu competențe în domeniu, primarul dispunând în acest sens, de un veritabil drept de apreciere.

O inovație adusă prin Legea nr.286/2006 o constituie posibilitatea primarilor de a angaja consilieri personali, doar unul în cazul comunelor, 3 persoane la orașe și municipii, maxim 5 persoane la municipii reședință de județ, ce formează cabinetul primarului. Dispoziții speciale sunt consacrate cabinetului primarului general al municipiului București.

Legat de actele primarului, art.68 din Legea nr.215/2001 privind administrația publică locală republicată prevede că: “în exercitarea atribuțiilor sale, primarul emite dispoziții cu caracter normativ sau individual. Acestea devin executorii după ce sunt aduse la cunoștință publică sau după ce au fost comunicate persoanelor interesate, după caz.”¹

Actele administrative cu caracter normativ emise de primar vor produce efecte după ce vor fi aduse la cunoștință publică în formele consacrate legislativ (publicare în Monitorul Oficial al județului, publicare în presa locală sau afișare în locuri special amenajate, etc.). Actele administrative individuale emise de primar se comunică celor interesați și-și produc efecte din momentul comunicării.

D.M.: - „Cu totii stim ca durata mandatului unui primar este de 4 ani si se exercita pana la depunerea juramentului de primarul nou ale,dar va rugam sa ne spuneti in ce conditii exista posibilitatea de a fi prelungit mandatul dumneavoastra?”

¹ A se vedea și **Elena Emilia Stefan**, *Manual de drept administrativ, Caiet de seminar, Partea 1*, Ed.Universul Juridic, Bucuresti, p 153

P.L.: „Condițiile în care un mandat al primarului poate fi prelungit, consider ca sunt niste conditii sociale pe care nimeni nu si le doreste. Mandatul poate fi prelungit prin lege organica in caz de razboi, calamitate naturala, dezastru sau alte circumstante deosebit de grave”

D.M.: „Acum ca am stabilit cum poate fi prelungit mandatul unui primar peste limita de 4 ani, urmeaza sa stabilim si situatiile in care mandatul se incheie mai devreme de termen. Domnule primar, care sunt aceste situatii?”

P.L.: „Mandatul primarului încetează, de drept în condițiile legii statutului aleșilor locali precum și în următoarele situații: dacă acesta se află în imposibilitatea exercitării funcției, datorită unei boli grave, certificate, care nu permite desfășurarea activității în bune condiții timp de 6 luni pe parcursul unui an calendaristic sau dacă acesta nu își exercită, în mod nejustificat, mandatul timp de 45 de zile consecutiv, precum și în caz de demisie, incompatibilitate, schimbarea domiciliului într-o altă unitate administrativ-teritorială, condamnarea, prin hotărâre judecătorească rămasă definitivă, la o pedeapsă

privativă de libertate, punerea sub interdicție judecătorească, pierderea drepturilor electorale, deces.”

D.M.: „De asemenea, mandatul mai poate lua sfârșit prin organizarea unui referendum pentru demiterea primarului, așa este?”

P.L.: „Intr-adevar, mandatul primarului inceteaza, de asemenea, înainte de termen ca urmare a rezultatului unui referendum local, care se organizează ca urmare a cererii adresate în acest sens, prefectului, de locuitorii comunei, orașului sau municipiului, ca urmare a nesocotirii de către acesta a intereselor generale ale colectivității locale sau a neexercitării atribuțiilor ce îi revin, potrivit legii, inclusiv a celor pe care le exercită ca reprezentant al statului.

Organizarea referendumului trebuie să fie solicitată, în scris, de cel puțin 25% dintre locuitorii cu drept de vot. Acest procent trebuie să fie realizat în fiecare dintre localitățile componente ale comunei sau orașului.”

D.M.: „Vă mulțumim, domnule primar și sperăm ca exemplul dumneavoastră să fie urmat de cât mai mulți aleși locali.”

P.L.: „Plăcerea a fost de partea mea. Cu siguranță aceste informații vă vor fi de folos.”

În continuare, vom face o scurtă paralela între atribuțiile primarului și cele ale prefectului pentru a le înțelege cât mai bine.

1. Pe când primarul este ales de cetățeni, prefectul este numit în funcție de către Guvern, acesta reprezentând “Guvernului pe plan local și conduce serviciile publice deconcentrate ale ministerelor și ale celorlalte organe ale administrației publice centrale din unitățile administrativ-teritoriale.” conform articolului 123, alineatul 2 din Constituție

2. Spre deosebire de primar care poate face parte dintr-un partid politic, prefectul și subprefectul nu pot fi membri ai unui partid politic sau ai unei organizații a căreia îi este aplicabil același regim juridic ca și partidelor politice, potrivit legii, sub sancțiunea destituirii lor din funcția publică.

3. Prefectul are două sarcini esențiale în calitate de reprezentant al statului în teritoriu.

Pe de-o parte, prefectul conduce activitatea serviciilor publice deconcentrate ale ministerelor (avizând numirea și eliberarea din funcție a conducătorilor acestora) precum și activitatea celorlalte autorități ale administrației publice centrale de specialitate, organizate la nivelul unităților administrativ-teritoriale.

Pe de altă parte, potrivit art. 123 alin. (5) din Constituția republicată și art. 3 (consacrat tutelei administrative) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, prefectul poate ataca, direct în fața instanței de contencios administrativ, actele emise de autoritățile administrației publice locale, dacă le consideră nelegale, actul atacat fiind suspendat de drept.

Pentru îndeplinirea atribuțiilor sale, prefectul emite *ordine cu caracter individual* sau *normativ*, în condițiile legii.

Ordinul prefectului care conține dispoziții normative devine executoriu numai după ce a fost adus la cunoștință publică iar ordinul prefectului cu caracter individual devine executoriu de la data comunicării către persoanele interesate.[1]

În concluzie, primarul este funcționar public, acționează și își desfășoară activitățile respectându-și statutul obținut în urma câștigării alegerilor sau cel puțin așa ne place nouă, cei care studiem această ramură a dreptului să credem.

Bucureștiul nostru

Am ales să discutăm în cele ce urmează despre cele mai importante personalități care au fost primari ai Bucureștiului și cum au contribuit aceștia la dezvoltarea și devenirea capitalei.

La data de 31 martie 1864, domnitorul Alexandru Ioan Cuza a promulgat Legea comunală prin care Bucureștiul a fost declarat „Comuna urbană a județului Ilfov”, condusă de un primar și de consiliul comunal.

Barbu Vlădoianu : august 1864-octombrie 1865 și decembrie 1872-mai 1873

Primul primar al Bucureștiului, Barbu Vlădoianu, a fost mâna dreaptă a domnitorului Alexandru Ioan Cuza. În timpul mandatului său s-a construit prima cale ferată din România, a fost introdus transportul public și s-au pavat străzile orașului

Generalul a fost ales prin vot, timp de două mandate, în perioada **august 1864-octombrie 1865 și decembrie 1872-mai 1873**. Vlădoianu este considerat unul dintre primarii care ne-a lăsat moștenire mare parte din infrastructura Capitalei.

Orașul pe care îl conducea avea 16.000 de case. Primele probleme ale mandatului său au fost groaznicele inundații din primăvara anilor 1864 și 1865.

În timpul administrației Vlădoianu se construiește podul Mogosoia, se creează Oficiul de Stare Civilă, începe construcția liniei ferate București-Giurgiu și se da în funcțiune prima linie de tramvai, trasa de cai. Majoritatea acestor realizări au loc în cel de-al doilea mandat. Acesta semnează un contract de cesiune, în anul 1869 se inaugurează prima linie de cale ferată București – Giurgiu, iar în 1870 este pusă în funcțiune linia ferată București – Ploiești – Galați – Roman. Prima gară construită a fost București – Filaret (1869), iar apoi s-a construit gara Târgoviște (1870), care ulterior a fost denumită Gara de Nord.

Dimitrie C. Brătianu: martie 1866 – martie 1867

Deși mandatul său a fost de numai un an, el a fost martorul unui eveniment major în istoria țării noastre: venirea Regelui Carol I de Hohenzollern-Sigmaringen, primul rege al României. Dimitrie C. Brătianu l-a primit pe Carol I în apropierea pădurii Băneasa, unde a ținut un discurs pro-rege în fața a peste 30.000 de oameni.

Gheorghe Gr. Cantacuzino: primul mandat-mai 1869 – ianuarie 1870

Un alt primar care este prezentat în culori vii în paginile de memorialistică ale vremii este Gheorghe Grigore Cantacuzino, fruntaș conservator, care a fost primar de două ori, primul mandat

¹ Curs Drept administrativ II Lector dr. Alexandru-Sorin CIOBANU Universitatea din București *Facultatea de Drept*

fiind în 1869-1870. El era descendent al voievozilor români și al împăraților bizantini. Cantacuzino a construit palatul Cantacuzino, unde acum se afla Muzeul George Enescu. Palatul este cunoscut și sub denumirea de “Casa cu lei” datorită celor două statuete impunătoare aflate la intrare.

C.A. Rosetti :ianuarie-martie 1871 și aprilie-august 1877

O altă personalitate care a condus destinele Bucureștiului este liberalul C.A. Rosetti, unul dintre liderii Revoluției de la 1848. Rosetti a avut două mandate. A condus primăria puțin și nu a avut mari realizări, însă el este considerat fondatorul presei libere, democratice din România.

Dimitrie Cariagdi: decembrie 1878 – noiembrie 1883

Fiind unul dintre cei mai longevivi primari, el este primul edil care conduce Bucureștiul, capitală a unui stat independent. Liberalul Cariagdi a realizat rectificarea și canalizarea Dimboviței, care în precedentul deceniu provocase în fiecare primăvară distrugerii serioase. Primăria a realizat și reconstrucția pavajelor cu piatră cubică. O altă realizare majoră a mandatului lui Cariagdi a fost sistemul de canalizare din capitală.

Pake Em. Protopopescu: aprilie 1888 - decembrie 1891

Primarul Bucureștiului dintre 1888 și 1891 a reușit însă să intre în istorie drept unul dintre cei mai eficienți și inventivi: a extins iluminatului public în tot orașul, a făcut trotuare și noi artere de circulație în oraș, a introdus telefonul public și construit aproape 30 de școli, printre care și Colegiul „Gheorghe Lazăr”.

Barbu Ștefănescu Delavrancea: iunie 1899 - februarie 1901

A fost primar în timpul perioadei de criză economică și a luptat ca lucrările edilitare, urbanistice și de înfrumusețare a Capitalei să nu fie oprite, fapt care l-a pus deseori în conflict cu consiliul comunal pe care-l conducea. Principalele realizări ale lui Delavrancea au fost continuarea iluminatului, construirea de noi tramvaie și alimentarea cu apă potabilă.

El a fost unul dintre cei mai convinși susținători ai iluminatului cu electricitate. O altă preocupare a scriitorului ajuns primar a fost pavarea cu piatră a străzilor, fiind refacute astfel Lipsaniei și Calea Victoriei.

Matei Gh. Corbescu: februarie 1922 - decembrie 1922

În timpul mandatului său, la București, s-a organizat o paradă paradă în cinstea Marii Uniri. Cel mai potrivit loc pentru eveniment era Arcul de Triumf. La vremea respectivă, singurul arc de triumf din Capitală era construit dintr-un material care nu rezista ploilor. Matei Gh. Corbescu a venit cu propunerea ca un nou Arc de Triumf, din lemn, să fie ridicat până când se vor găsi bani de unul impunător. A fost criticat pentru inițiativa. Compozitorul George Enescu i-a scris atunci primarului: „Dar adevăratul Arc de Triumf, pe când?”

Al. Gh. Donescu: martie 1934 - ianuarie 1938

În perioada în care Donescu s-a aflat la cârma Capitalei în București a fost inițiată o sărbătoare anuală a orașului, “Luna Bucureștilor”. În plus, a fost construit Arcul de Triumf actual și a fost inaugurată Grădina Botanică.

Primăria generalilor

Din 1938 până la sfârșitul celui de-al doilea război mondial, cu o singură excepție, toți primarii au fost militari de carieră, mai precis generali.

Primul care deschide această serie este generalul Victor Dombrovski (septembrie 1938 - septembrie 1940, august 1944 - februarie 1948). Dombrovski a amenajat Piața Palatului, a construit noi edificii, cum ar fi Împunătoarea Școală Superioară de Război și a amenajat numeroase lacuri, cum ar fi Băneasa, Herăstrău, Floreasca și Tei.

Primarul comunist

După 1948, odată cu instaurarea bolșevismului în România, primarii și-au pierdut din prerogativele pe care le-au avut în perioada monarhiei constituționale.

Ei au ajuns simple unelte în mâinile conducătorilor de partid.

Primarii ceaușisti mai ocupau și funcția de prim-secretar al Comitetului Municipal al PCR și președinte al Consiliului Popular. Ei au pus în practică ideile de transformare a Bucureștiului, în spiritul „noului ordin socialiste”.

Amintirile acelei perioade, încă vii pentru numeroși bucureșteni, se rezumă la distrugerile de biserici, dispariții ale unor cartiere și construcția de blocuri după model sovietic, puțin spațioase și neconfortabile.

Printre realizări, se numără metroul, însă construcția acestuia a fost greu suportată de economia României.

Perioada de după Revoluție a adus multe schimbări și o oarecare instabilitate în ceea ce a privit funcția de Primar General al Bucureștiului și, de asemenea, îmbunătățiri de ordin administrativ.

Viorel Oproiu: noiembrie 1990 - septembrie 1991

Oproiu a avut grijă ca din prima lună de mandat să adopte măsuri privind îmbunătățirea funcționării aparatului administrativ, precum Salubritatea, Întreprinderea de Transport și Direcția Generală pentru dezvoltarea construcțiilor de locuințe. Asociația Revoluționară 16-21 decembrie a organizat un miting de protest în care a cerut demiterea primarului general din cauza pretinselor sale legături cu foste structuri din conducerea PCR, la 29 martie 1991.

Bilă albă: a organizat prima licitație pentru atribuirea de spații comerciale, 10 la număr și a facilitat apariția publicației „București” cu scopul de a prezenta problemele prioritare de pe agenda de lucru a primăriei și deciziile acesteia.

Bilă neagră: nu a avut o colaborare prea strânsă cu primarii de sector.

Sorin Oprescu: iunie 2008 – prezent.

Oprescu a reușit, după două tentative nereușite, să obțină voturile bucureștenilor. Bile albe: a început străpungerea Buzești-Berzei, a renovat mai multe pasaje, printre care Unirea, Victoriei, Lujerului, asfaltarea Aviatorilor, finalizarea pasajului Basarab, precum și Stadionul Național

Bile negre: nu a început lucrările pentru Autostrada suspendată, lucrări blocate în central vechi.

Până în prezent, Bucureștiul a numărat 93 de mandate, unii primari având și câte două mandate.[1]

¹ Vezi site-ul <https://sites.google.com/site/miculbucurestean/materiale/primari-ai-bucurestilor>

Concluzii

În concluzie, această lucrare și-a propus expunerea într-o manieră diferită a chestiunilor privind candidatura, alegerea, desfășurarea și încheierea mandatului unui primar. De asemenea, lucrarea prezintă o situație comparativă între prefect și primar din punct de vedere al sarcinilor. Pentru că am considerat că este un subiect de interes și potrivit în cadrul acestei lucrări, am ales să discutăm în încheiere despre istoricul primarilor generali ai capitalei și al contribuțiilor acestora.

Referințe bibliografice:

- Mircea Preda, *Drept administrativ, Partea generală*, Editura Luminalex, București, 2000
- **Elena Emilia Stefan**, *Manual de drept administrativ, Caiet de seminar, Partea 1*, Ed. Universul Juridic, București, p 153
- <https://sites.google.com/site/miculbucurestean/materiale/primari-ai-bucurestilor>
- Constituția României
- Legea 215/2001 privind administrația publică locală, cu modificările și completările ulterioare.

IMPORTANȚA JUROMETRIEI ÎN ANALIZA JURISPRUDENȚEI

Beniamin Viorel BRÂNZAȘ*

Abstract

In Roman-Germanic legal system, common law is not considered a basic source of law so that it has been associated interpretative value only. However, it has a strong guidance for those analyzing legal theory, as these professionals can use it in order to extract significant issues. Sociological study of group is approached by a specific tool called the sociometric test by which we can determine the status of an individual in a given microstructure. At this stage arises the opportunity of using jurimetrics by involving computing technologies. Jurimetrics is a relatively new science and also an auxiliary one in the study of legal phenomena, aiming to provide a new perspective in terms of measurement factors that influence trials. This paper exposes the concept of jurimetrics and its association with the law, in order to identify points of interference among the two concepts. The purpose of this research is to highlight that the legal phenomena can successfully use strong and relevant measurement models in order to expose the structure of relationships network within the analyzed group.

Cuvinte cheie: *Jurimetrics, Common Law, Sociometry, jurisprudență, principii*

1. Introducere

În demersul de cercetare a principiilor și postulatelor care guvernează materia dreptului, o abordare modernă constă în conectarea voluntară a științelor literalmente tehnice cu științele de sorginte socială, cu precădere de factură nomotetică. Acest act de conectare voluntară își are originea în importanța recunoscută științelor tehnice, importanță cu o vizibilitate accentuată în contextul social contemporan. Deși aparent se manifestă o anume retincentă din partea profesioniștilor din domeniul juridic cu privire la metodele cantitative, există adepți ai unei abordări noi, prin care se dorește combinarea experienței judiciare cu capabilitățile tehnicii de calcul și a sociologiei normative. Materia dreptului, în sens larg, este una evolutivă, iar noile realități sociale impun o adaptare permanentă și o reconsiderare a principiilor actuale.

Oportunitatea implicării metodelor cantitative în analiza jurisprudenței rezidă din vehicularea unui volum tot mai mare de informații în contextul social actual, nu doar în zona juridicului. Ca fapt divers, Richard Saul Wurman¹, unul din marii teoreticieni în sociologia cantitativă, a demonstrat că volumul de informații vehiculate în ultimii 30 de ani este mai mare decât cel aferent ultimilor 5.000 de ani, dar și că o ediție obișnuită din timpul săptămânii a ziarului New York Times conține mai multă informație decât media cantității de informații la care era expusă o persoană normală de-a lungul vieții în timpul sec. al XVII-lea în Anglia.

Metodele cantitative de explorare a fenomenului juridic sunt susceptibile de a deveni, în timp scurt, unele din cele mai importante metode, dată fiind creșterea exponențială a numărului de procese judecate de instanțele de pretutindeni. De asemenea, garantarea accesului liber la facilitățile oferite de sistemele judiciare creează premise suplimentare pentru creșterea importanței asociate acestor metode.

Principalele elemente susceptibile de a fi analizate prin intermediul jurometriei și al sociometriei sunt cele derivate din jurisprudență, mai exact din deciziile emise de instanțele

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: beniamin.branzas@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prof. univ. dr. Nicolae Popa

¹ Wurman, R., S. 2000, *Information Anxiety*, Que, pp. 108-123

judecătorești. În România, analiza jurisprudenței prezintă importanță deosebită doar în cauzele soluționate de Înalta Curte de Casație și Justiție, Curtea Constituțională a României, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Curtea Europeană de Justiție. În plan secund sunt vizate deciziile emise de Curțile de Apel, fapt justificat de poziționarea ierarhică a acestora.

Realitatea economică, privită ca element central în factorii de configurare ai dreptului, constituie un alt element demn de luat în seamă atunci când sunt identificate sursele care generează substanță juridică nouă. Având în vedere atât poziționarea geostrategică a României, cât și modificările legislative survenite în statele care conturează politicile regionale și globale¹, analiză cantitativă a fenomenelor juridice este susceptibilă, în mod frecvent, de a supune analizei deciziile ce vizează economiile naționale.

Printr-o deducție simplă, informația juridică nu face notă discordantă de la aceste mutații informaționale ori de la proliferarea societății bazate pe cunoaștere. Un alt factor demn de luat în seamă atunci când facem referire la cercetarea cantitativă a juridicului este varietatea și numărul foarte mare de procese electorale care se desfășoară la nivel global. Ca fapt divers, în anul 2013 sunt planificate nu mai puțin de 78 de procese electorale programate, nefiind luate în calcul alegerile survenite în urma dizolvării parlamentelor sau a demiterilor prezidențiale². Acestui factor i se asociază o deosebită importanță întrucât, prin excelență, modificările în plan politic sunt urmate de modificări legislative, acesta fiind și principalul mobil al proceselor electorale: evoluția sistemului legislativ.

Lucrarea de față propune o abordare conceptuală a noțiunilor mai sus prezentate și ilustrează, într-o manieră schematică, aplicarea instrumentelor specifice jurometriei și sociometriei în analiza jurisprudenței. Pe plan intern, analiza fenomenelor juridice prin prisma metodelor cantitative se află într-un stadiu incipient, însă în plan extern se manifestă un interes ridicat pentru utilizarea jurometriei.

2. Jurometria. Aspecte introductive

Jurometria este una din științele care utilizează metode cantitative de cercetare a fenomenului juridic, inițiată și dezvoltată în țările cu sisteme juridice evaluate. Aceasta pornește de la procedeele cazuistic, ca un mod de abordare orientat spre cazul singular. Jurometria, studiul empiric al fenomenului juridic, nu a devenit încă o preocupare deplină în mediul academic și nici în practică, deși dezvoltarea societății informaționale se bucură de o popularitate imensă.

Profesorul Vladimir Hanga³, vorbind despre rolul calculatorului în deciziile cu caracter 'repetitiv' subliniază deschiderea lumii juridice către domeniul unei științe cu impact imediat - informatica, îndeosebi în domeniul deciziilor administrative, caracterizate prin faptul că în conținutul lor se face aplicarea mecanică și identică (pentru aceleași categorii de fapte) a unor norme juridice la situații reductibile în formule matematice finale.

Chiar și în revista americană numită *Jurimetrics, The Journal of Law, Science, and Technology*⁴ care se consideră a fi "un forum pentru publicarea și schimbul de idei și informații despre relațiile dintre legi, știință și tehnologie în toate domeniile" și "cea mai veche revistă de drept și știință în Statele Unite ale Americii", foarte puține dintre articolele publicate menționează termenul de jurometrie. În plus, deși revista acoperă o varietate de subiecte, cum ar fi:

- Fizică, viață și științe sociale

¹Cele mai importante întâlniri în acest sens fiind summit-urile G8, G20, adunările ONU, ședințele OECD.

²www.electionguide.org/calendar.php

³Hanga, V., 1989 'Calculatorul în ajutorul deciziei.' Studii de cercetari juridice, Vol I, pp.73-78

⁴(ISSN 0897-1277), publicat trimestrial, este jurnalul oficial al American Bar Association Section of Science and Technology Law and the Center for the Study of Law, Science, and Technology at the Sandra Day O'Connor College of Law, Arizona State University

- Inginerie, industria aerospațială, comunicații și calculatoare
- Logică, matematică și metode cantitative
- Utilizări ale științei și tehnologiei în practică legislativă, emiterea sentințelor, precum și administrarea instanței de judecată
- Implicațiile politice, legislative și de control administrativ asupra științei și tehnologiei, puține dintre acestea abordează în mod explicit conceptul de jurometrie.

Americanul Lee Loevinger este cel care a lansat termenul de "jurometrie"¹ în anul 1949. El a subliniat importanța științifică a acestei noi abordări și, prin urmare, metodele statistice pentru avocați. El a văzut o serie de oportunități pentru implementarea acestor aplicații în cercetarea juridicului. Loevinger a susținut că un volum semnificativ de cunoștințe despre legi ar putea fi obținute mai degrabă prin observație, decât prin speculații. "Jurometria promite să deschidă ferestre în instituțiile de drept, astfel încât cei din interior să poată vedea afară, și să creeze uși, astfel încât cei din afară să poată pătrunde în tainele dreptului." Intenția lui Loevinger de a aplica metode științifice în cercetarea legilor nu a primit sprijin total, interpretarea sa a fost criticată deoarece nu a făcut nicio distincție între activitățile desfășurate de avocați și cele specifice cercetării academice. Abordarea cantitativă a cunoscut progrese în Statele Unite între anii 1960 și 1970, dar mai târziu, interesul pentru această paradigmă s-a redus treptat.

Una din problemele care au apărut în acea etapă inițială a fost chiar definirea jurometriei. De pildă, Franken² definea jurometria drept "aplicarea unor metode cantitative pentru probleme juridice". Franken nu era de acord cu abordarea comportamentală pozitivistă³, așa cum propunea Loevinger, dar o accepta numai pentru cazurile în care metodele cantitative sunt aplicate pe o baza teoretică cu principii etice și politici explicite. Tot el a propus teoria sistemelor cibernetice ca o potențială rezolvare pentru această problemă. Această definiție este, pe de o parte, destul de largă, în timp ce, pe altă parte, destul de restrictivă. Apelarea la aceste metode nu trebuie să vizeze doar cercetătorii, ci și prin avocații practicanți (de exemplu, documentația de date), în timp ce jurometria este limitată la metode pur cantitative. Se părea, totuși, că în jurometrie ar trebui să fie implicate, de asemenea, cel puțin unele abordări non-cantitative (dar tot sub o formă matematică). DeMulder⁴ în 1984 definește "jurometria" ca "știință juridică empirică", știință care ar trebui să fie preocupată de partea experimentală. El a fost de acord cu Loevinger că există asemănări puternice între jurometrie și econometrie, abordarea științifică a fenomenelor economice. Avocații nu sunt familiarizați cu abordări cantitative și nu se pot suprapune ușor pe o metodologie rigidă, caracterizată de formule matematice.

O altă definiție este dată de De Mulder, van Noortwijk și Combrink-Kuiters⁵, care afirmă că jurometria este studiul empiric al formei, sensului și a pragmaticii (și relațiile dintre ele) corelat cu modele matematice, fundamentat pe raționalitatea individuală. Prin acest studiu se intenționează explicarea și previziunea comportamentului uman.

În ceea ce privește primul element din definiția precedentă, obiectul anchetei pentru experții științei juridice este textul juridic. Textele legale sunt analizate într-o varietate de moduri - forma lor, semnificația lor, efectul lor, cum și de ce aceste texte au apărut. Al doilea element din definiție explică faptul că cercetarea jurometrică utilizează o abordare de construire a unui model. Prin aceasta se înțelege că se face o încercare de a exprima teoria juridică prin matematică, de exemplu prin

¹L. Loevinger, 'Jurimetrics, the next step forward' (1949) *Minn. Law Review*

²H. Franken, 'Systeemtheorie en Rechtswetenschap. Preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte en het Recht', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1982

³ Abordarea comportamentală pozitivistă presupune utilizarea permanentă a tehnicilor de observare a comportamentului indivizilor, fără a implica presupuneri sau speculații.

⁴R. V. De Mulder, A Model for the application of computer science to law, (Lelystad: Vermande 1984) 239

⁵De Mulder, R., van Noortwijk, K., Combrink-Kuiters, L., *Knowledge discovery from legal databases*, 2010

modele statistice. Aceasta presupune cuantificare, care este adesea inevitabilă datorită necesității de a calcula probabilitatea unui eveniment. Al treilea element propune o teorie pentru a descrie, a explica și prezice comportamentul uman. În istorie, o serie de modele descriptive dedicate omului au apărut și au fost utilizate în diverse discipline. Mulți profesioniști din spectrul științelor sociale și cei mai mulți avocați își definesc o abordare sociologică a omului în activitățile desfășurate.

Analiza statistică poate evidenția dacă rasa, sexul sau alt factor de discriminare a jucat un rol important într-o decizie de angajare a unei persoane. Însă doar o parte din seturile de date sunt perfecte, astfel încât este important să se examineze datele critice ori să fie derulate analize de date pentru a stabili dacă defectele presupuse sunt suficient de influente pentru a modifica concluzia finală.

Evoluția jurometriei

Pionierii acestei noi abordări au combinat specificul unei cercetări academice cu scopul pragmatic al cercetării. O parte însemnată din aceste cercetări au fost întreprinse în medii populate de avocații conservatori și mediul academic, aceștia nemanifestându-și apetența față de informatica legislativă.

Principala responsabilitate pentru promovarea informaticii juridice în rândul profesioniștilor a căzut pe umerii organizațiilor profesionale naționale. În Regatul Unit, de exemplu, Societatea pentru Calculatoare și Drept a jucat un rol important în susținerea entuziaștilor și a promovat o proliferare mai largă prin informare, educație și lobby.

În mod similar, în comunitatea AI (Artificial Intelligence) au existat două organizații importante încă din anii 1980: Conferința internațională privind cunoștințele juridice și sistemele informaționale (JURIX - 2009) cu sediul în Țările de Jos și Asociația Internațională pentru Inteligență Artificială și Drept (IAAIL - www.iaail.org). Acestea sunt conferințe științifice tradiționale a căror activitate principală este organizarea de simpozioane și publicarea de reviste ce vizează aceste problematice.

Pe de altă parte, un curent diferit s-a evidențiat în paralel, cu două organizații care au avut succes fiecare în moduri diferite. Consiliul Juridic pentru Societatea Informațională (LEFIS) a reunit peste 90 de școli de drept din toată Europa având conexiuni în dezvoltare la nivel mondial cu juriști și profesioniști din domeniul IT. Timp de mulți ani, LEFIS a avut avantajul de a fi o rețea UE finanțată prin programele Erasmus. Obiectivele fundamentale ale LEFIS nu au vizat nu doar organizarea de conferințe, workshop-uri și publicarea a serie de volume pe subiecte-cheie, ci și promovarea unei game largi de proiecte de colaborare.

În zona de informații juridice, două colaborări trebuie fie menționate. Acestea se încadrează în perspectiva noii paradigme Web 2.0 (posibilitatea utilizatorilor de a contribui la conținutul paginilor web, fapt imposibil în perioada precedentă) privind noul model economic de colaborare inițiat și proiectat de Benkler¹. Primul este proiectul Creative Commons, care a reușit să facă pași mari în depășirea constrângerilor impuse de drepturile de autor prin crearea de platforme online destinate partajării de materiale de specialitate, platforme dezvoltate pe internet sub licențe Creative Commons². Alte tipuri de platforme sunt cele colaborative, iar pentru avocați cu atât mai importante, cea mai importantă dintre acestea fiind cea a Institutului de Informații juridice (LII), pentru care WorldLII constituie o “organizație umbrelă”³. Se poate considera astfel, că mișcarea LII a reprezentat fundamentul pentru o transformare majoră la nivel mondial în ceea ce privește accesul la textele legale pentru avocați, precum și pentru publicul larg.

¹ Benkler, Y., *The Wealth of Networks*, Yale University Press, 2006

² Platforma wikipedia.org este un exemplu celebru al acestor categorii de platforme.

³ www.worldlii.org – platformă colaborativă în domeniul științelor sociale

Referitor la legăturile strânse care există între domeniul AI și problematica cercetării cantitative a dreptului, una din cele mai importante manifestări științifice este Conferința Internațională de Drept și AI (ICAAIL) care se desfășoară anual încă din anul 1987 pe teritoriul SUA. În cadrul acestei conferințe au fost și sunt în continuare abordate teme din ce în ce mai avansate prin care se cercetează corelarea dintre tehnologia informației și practica juridică. Exemple elocvente în acest sens sunt cercetări ca: programarea logică pentru aplicații de largă cuprindere în știința dreptului, sisteme de căutare conceptuală a textelor juridice, sisteme expert dedicate, modele econometrice privind aplicabilitatea jurisprudenței, suportul bazelor de date din domeniul cunoștințelor juridice, ierarhizarea factorilor de influență în decizia judecătorilor, rețele neuronale aplicabile în cadrul textelor juridice, identificarea de trenduri în sintaxa textului juridic, analiza probelor, automatizarea procesului de căutare a argumentelor în textele juridice, aplicabilitatea rețelilor Bayesiene¹ în descrierea probelor.

3. Aspecte practice ale utilizării jurometriei

Resursele imense de care dispun specialiștii din domeniul jurometriei sunt imense atât ca volum, cât și ca direcții de aplicare. Astfel că, paleta de noțiuni administrate de această știință pleacă de la analiza efectivă a textului juridic, până la delimitarea și ierarhizarea factorilor de influență care afectează decizia judecătorilor.

Analiza cantitativă a textelor juridice privește mai multe aspecte ce pot fi studiate. O parte dintre acestea vizează structura utilizării cuvintelor în textele juridice. O întrebare interesantă cu privire la acest lucru se ridică, de exemplu, în cazul în care această utilizare a cuvintelor diferă semnificativ față de utilizarea acelorași cuvinte în alte categorii de texte. Pentru a examina acest lucru, pot fi folosite metodele din domeniul lingvisticii cantitative (uneori se vorbește de lingvistica statistică)². Aceasta este o ramură a științei lingvistice în care măsurarea fenomenelor lingvistice joacă un rol central. Lingvistica cantitativă oferă o serie de metode de analiză utilizate pentru parametrizarea cuvintelor într-un set de documente, sau în cuprinderea unui "corpus" lingvistic.

Caracteristicile care joacă un rol important în aceste metode sunt frecvența instanțelor (cât de des apare un anumit cuvânt), distribuția frecvențelor (mai exact modelul de frecvențe sugerat de toate cuvintele diferite într-o construcție frazeologică) și distribuția de tipuri de sugerate (este un anumit cuvânt folosit în orice document într-un corpus lingvistic de cuvinte, sau numai într-un subgrup de documente). Aceste caracteristici pot fi analizate prin compilarea unei liste de frecvențe a aparițiilor în corpusul lingvistic analizat. Aceasta este o listă a tuturor cuvintelor diferite (sau "tipuri sugerate") în corpus, plus numărul de frecvențe aferent aparițiilor cuvintelor ce apar în corpus, darși numărul de documente din care aceasta face parte³. Această listă este sortată în funcție de frecvența cuvintelor, cuvântul cu cele mai multe apariții fiind în topul ierarhiei. Bazat pe această listă de frecvențe se pot derula măsurători lingvistice, cum ar fi analiza K, "caracteristica Yule/Herdan"⁴. Valoarea acestor măsurători oferă o tipologie a ceea ce ar putea fi numită "structura de utilizare a cuvântului". Separat de aceste date, care caracterizează modul în care cuvintele sunt folosite, cuvintele în sine au fost de asemenea studiate în diverse proiecte de cercetare.

¹ Structură de calcul probabilistic determinist, prin care se calculează probabilitatea de realizare a evenimentelor viitoare în funcție de elementele existente.

² P. Guiraud, *Problèmes et méthodes de la statistique linguistique* (Dordrecht: Reidel 1959) și G. Herdan, *The Advanced Theory of Language as Choice and Chance*, (Berlin: Springer Verlag 1966)

³ H. Kucera, and N. W. Francis, *Computational Analysis of Present-day American English* (Providence: Brown University Press 1967)

⁴ C. Van Noortwijk, *Legal word use, a comparison of some quantitative aspects of the word use in legal and general Dutch texts*, (Koninklijke Vermande 1995)

Un studiu cu privire la parametrii de utilizare a termenilor juridici, efectuat în contextul limbii olandeze cu un deceniu în urmă, studiu realizat de către Van Noortwijk, a avut rezultate interesante. De exemplu, frecvența de distribuție a cuvintelor ("modelul" de utilizare alcuvintelor) s-a dovedit a fi destul de diferită în texte juridice comparativ cu "limbajul uzual olandez". Acest lucru este ilustrat de următoarele concluzii:

- Cuvintele diferite care se repetă mai des în textele juridice decât în texte generale. Textele uzuale, de obicei, conțin un număr mai mare de cuvinte diferite.
- Pentru textele juridice, frecvența celor mai utilizate cuvinte este mai mare decât frecvența celor mai utilizate cuvinte din textele uzuale. Corelând această constatare cu cea anterioară se poate concluziona că în textele juridice există un vocabular "de bază" mai redus, în care fiecare categorie de cuvinte este utilizată mai des.
- Aceeași concluzie poate fi trasă dintr-o comparație a frecvenței de distribuții. Un alt fapt care reiese din aceste distribuții este că, deși textele din vocabularul general olandez conțin un număr mult mai mare de cuvinte diferite, multe dintre aceste cuvinte (un procent mai mare decât în corpusul juridic) au frecvențe foarte scăzute (acestea apar mai mult de zece ori).
- Utilizarea cuvintelor în fiecare dintre corpusuri poate fi eficient caracterizată de mai multe "constantele lingvistice".

Având în vedere aceste diferențe care au fost găsite în olandeză, s-a ivit necesitatea analizării a încă unei limbi, tocmai în vederea confirmării acestor ipoteze și pentru a identifica diferențe între caracteristicile textelor juridice olandeze și textele din alte limbi. Prin urmare, un proiect de cercetare similar pentru textele britanice a fost recent inițiat la Universitatea Erasmus. Au fost utilizate două seturi de date care conțin mii de documente legale (legislație și rapoarte de caz) și un set care conțin texte generale, toate în engleza britanică. Acestea sunt de dimensiuni aproximativ egale (aproximativ 16 de milioane de cuvinte fiecare). "Corpusul general" constă dintr-un eșantion de texte aleatoriu ales de la British National Corpus¹, iar cele două corpusuri legislative sunt constituite din texte juridice disponibile pe internet. Cazurile identificate pentru rapoartele de caz corpus au fost selectate în așa fel încât să existe un procent aproximativ egal de cazuri audiate de către instanțe diferite în ierarhia instanțelor britanice (Camera Lorzilor, Curtea de Apel, Înalta Curte, Tribunalele Județene).

În **domeniul lingvisticii cantitative**, au fost propuși mai mulți parametri (măsurători) pentru a compara corpusuri. Unul dintre aceștia este așa-numita caracteristică "K", definite de Yule și Herdan. Aceasta este o indicație a frecvenței medii de repetare a cuvintelor. Prin urmare, este, de asemenea, o indicație a dimensiunii vocabularului curent într-un corpus (de exemplu, ar putea fi folosit pentru a prezice numărul de structuri sugerate pentru a fi căutate). În proiectul pilot, s-a constatat că acesta pare să fie suficient de stabil în eșantioane de dimensiuni diferite.

Detalierea rezultatelor dintr-o perspectivă numerică nu își găsește un rol foarte important în prezenta lucrare, dat fiind faptul că este vorba de o expunere a generalităților care caracterizează jurometria ca știință. Rezumând, concluziile care vizează cele două bazine lingvistice, olandez și britanic, statuatează faptul că frecvența termenilor juridici este considerabil mai mare în cazul textelor juridice decât în textele uzuale, dar și că textele juridice specializate administrează un fond lexical mult mai restrâns decât textele din limbajul cotidian.

Reluând cele expuse în introducerea acestei lucrări, prezentarea de facto a conexiunilor pe care jurometria le are cu factorii sociali de configurare a dreptului își găsește finalitatea în analize considerabil mai complexe decât cele prezentate mai sus, mai exact cele asociate lingvisticii cantitative.

¹The British National Corpus (BNC) este o colecție de 100 milioane de cuvinte și mostre de texte colectate pentru a evidenția diversitatea vocabularului britanic.

Analiza jurisprudenței cu ajutorul unor modele matematice este probabil cea mai promițătoare pentru potențialul promis de jurometrie. Ideea generală a acestei prezentări este de a examina actul de emiteră a deciziei judiciare sau, mai precis, relația dintre datele de intrare (input) – factorii identificabili pentru caz - și datele de ieșire (output) – decizia judecătorului. O serie de metode au fost luate în considerare pentru a reprezenta această relație în formule matematice simple sau măcar prin utilizarea unui model conceptual. Odată cu creșterea puterii de procesare a computerelor a crescut și interesul pentru acest tip de cercetare. Cu toate acestea, interesul pentru analiza de caz asistată de calculator s-a diminuat rapid, probabil deoarece această metodă de cercetare a presupus resurse de timp semnificative, experții din domeniu nefiind familiarizați cu acest tip de analiză. O parte semnificativă a activităților a solicitat muncă manuală, astfel că o persoană instruită trebuia să efectueze operațiunea de codificare a factorilor de influență. Acesta este unul din motivele pentru care o însemnată parte din cercetări au reprezentat doar studii-pilot.

Aceste studii au aratat că, odată cu utilizarea unui anumit model matematic, ar putea fi atinse rezultate satisfăcătoare. În cadrul unei analize de caz, o listă de factori trebuie să fie întocmită. Una dintre variabilele de caz care au fost examinate este rolul judecătorului în procesul de luare a deciziilor. Unele rezultate indică faptul că judecătorul care ia decizia poate fi un factor determinant în decizia finală a unui caz. Într-una din abordările contemporane, așa-numita "abordare comportamentală", o relație se presupune între caracteristicile personale ale judecătorilor și conținutul deciziilor sale.

În această direcție de cercetare se disting două tipuri de caracteristici: pe de o parte, opiniile, preferințele și atitudinile judecătorilor și, pe de altă parte, atributele lor personale. Uneori, o a treia caracteristică personală este menționată: comportamentul de grup al judecătorilor. Acest tip de abordare studiază modul în care judecătorii comunică cu lor colegii în timpul deliberărilor. Cercetarea lui Glendon Schubert¹ a dat câteva exemple în această problematică, analiza sa concentrându-se asupra persoanei judecătorului ca factor decident. Stuart Nagel² a expus un proiect în care s-a analizat relația dintre atitudinea judecătorilor cu privire la 24 de cazuri distincte și luarea deciziilor. Într-un studiu mai recent³ Nagel a constatat că factorii intrinseci condiției umane, cum ar fi originea familiei, religia, educația și experiența de lucru au influențat luarea deciziilor judiciare.

La baza acestui tip de cercetare este activitatea jurometristilor din America de Nord, cunoscuți ca "realiști juridici". Judecătorul american, Oliver Wendell Holmes a susținut că adoptarea deciziilor juridice nu este pur și simplu un exercițiu de logică, în care o normă stabilită de lege a fost aplicată la faptele particulare ale unui caz:

"... viața legii nu a fost logică, aceasta a fost o experiență. Necesitățile resimțite în timp, predominant morala și teroriile politice, intuițiile ordinii publice, declarate sau inconștiente, chiar prejudecățile pe care judecătorii le împart cu semenii lor, au o evoluție mult mai bună de făcut decât un simplu silogism prin care oamenii ar trebui să fie guvernați"⁴.

Una din principalele transformări ale acestei paradigme dedicate studiului științei dreptului trebuie să ia în considerare și sistemele de management al cunoștințelor. Deși practicate pe scară largă în rândul companiilor de succes din numeroase industrii⁵, aceste sisteme încorporează o masă critică de capital intelectual încă neutilizat îndeajuns de profesioniștii din domeniul juridic. Cu alte cuvinte, din moment ce o organizație, indiferent de zona de activitate, profesează pe termen mediu și

¹G. Schubert (ed.), *Judicial Decision-Making* (New York: The Free Press of Glencoe 1963)

²S. Nagel, 'Off-the-bench judicial attitudes', in G. Schubert (ed.), *Judicial Decision-Making* (New York: The Free Press of Glencoe 1963) 30

³S. Nagel, 'Judicial backgrounds and criminal cases', *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* (1962) vol. 53, 333-339, 333

⁴O.W. Holmes, *The Common Law* (Chicago and Boston: Little Brown 1881)

⁵Nicolescu, O., Nicolescu, C., *Organizația și managementul bazate pe cunoștințe*, 2011

lung, acumulează un set de cunoștințe convertibile în valoare adăugată în chiar domeniul lor de activitate. Spre exemplu, sistemele de operare pe calculator¹, sunt dezvoltate prin însăși propriile resurse; noile produse se bazează pe arhitectura existentă, completând carențele și îmbunătățind interfața grafică și accesibilitatea.

Sistemele de management bazat pe cunoștințe reprezintă o oportunitate reală chiar și pentru specialiștii din domeniul juridic, cu atât mai mult cu cât aceștia beneficiază de o bază de cunoștințe infinită, dat fiind faptul că instanțele nu au o misiune limitată ca activitate.

Etapele într-un proiect de cercetare jurometrică, conform modelului lui Combrink-Kuiters²:

1. Prima etapă constă în alegerea domeniului juridic, evident, în funcție de disponibilitatea informațiilor, de preferat instanțele inferioare și a informațiilor despre subiecți. În cadrul aceleiași etape, trebuie prezentată cauza acțiunii în justiție, cât mai clar posibil. De exemplu, în domeniul dreptului familiei se verifică dacă tatăl a primit sau nu custodia. Răspunsul este dihotomic: da sau nu.

2. Trebuie efectuată o selecție a cazurilor în cadrul acestui domeniu alese pentru a se asigura omogenitatea studiului. Toate cazurile care sunt posibil candidate pentru selectare ar trebui citite și evaluate. Deciziile trebuie să vizeze același element. Cazurile irelevante trebuie eliminate din analiză.

3. Cazurile trebuie recitite și trebuie stabilită o listă de factori ce urmează a fi inventariați.

Astfel de factori trebuie identificați și luați în considerare în vederea unei analize jurometriche exhaustive. Exemple de astfel de factori pot fi:

Specifici instanței de judecată	<p>Aspecte relevante ale instanțe respectivei</p> <p>Aspecte ce țin de factorul timp:</p> <ul style="list-style-type: none"> - anul/numărul deciziei - data ultimei decizii într-un caz similar - intervalul temporal aferent schimbării completului de judecată - intervalul scurs de la primul tutore desemnat - intervalul de timp mediu al tutorilor legali <p>Aspecte procedurale:</p> <ul style="list-style-type: none"> - cazul vizează desemnarea unui tutore legal (da sau nu) - avocatul mamei este:... - avocatul tatălui este:...
Factori ce intervin părților	<p>Tatăl:</p> <ul style="list-style-type: none"> - deține custodia în momentul începerii procesului - este implicat fiul legitim al tatălui - considerarea interesului exprimat de copil <p>Mama:</p> <ul style="list-style-type: none"> - este implicat fiul legitim al mamei - ... (aspecte similare cu precedentele)

¹ Cele mai cunoscute în această direcție fiind Windows, Linux, Unix, etc.

²C. J.M. Combrink-Kuiters, *Kennis van zaken. Een jurimetrisch onderzoek naarrechterlijke besluitvorming inzake voogdij en omgang* (Deventer: Gouda Quint 1998)

	Copiii: - sexul copiilor - vârsta medie a copiilor - intervalul de vârstă în care se încadrează copii (aici se pot purta dezbateri în funcție de prevederile reglementărilor specifice codurilor civile din fiecare stat) - copilul locuiește cu mama/tatăl
Factori ce intervin terților	- copiii au fost crescuți de bunici - copiii au fost dați spre adopție - copiii sunt ceruți spre adopție
Alți factori relevanți	- părinții au fost căsătoriți - părinții au divorțat pe seama custodiei - cel puțin un părinte nu a recunoscut copilul

Tabel nr. 1 – Exemple de factori pentru analiza jurometrică

De ce este importantă cercetarea jurometrică ?

Există motivații suficiente pentru a analiza jurometrica jurisprudența, dar și forma limbajului juridic ca o disciplină de suport, ceea ce ar trebui să o transforme către o știință mai populară decât este în prezent. Metodele empirice și cantitative au fost acceptate în discipline științifice tradiționale cu mult înainte de apariția tehnologiei informatice moderne. Alte discipline au demarat abia acum abordarea empirică în timpul acestui secol. Dreptul este una din foarte puținele discipline care nu au urmat această cale. Lumea s-a schimbat: cererile făcute de către clienți avocaților se vor modifica iar aceștia vor trebui să vină cu estimări mai viabile și valide ale riscurilor și costurilor juridice. Managementul cunoștințelor, așa cum am prezentat anterior, urmează să devină un subiect care a primit o mulțime de atenție din partea avocaților în ultima perioadă. Cunoașterea este un factor esențial, utilizat de aproape fiecare organizație, în scopul realizării obiectivelor sale.

În ceea ce privește organizațiile juridice, cunoașterea este, probabil, cu mult mai mult o cerință fundamentală, în calitate de emitent al unui produs care încorporează o cantitate foarte mare de cunoștințe și expertiză. Atunci când o firmă de avocatură încearcă să îmbunătățească eficacitatea și eficiența, managementul cunoștințelor răspunde din ce în ce la întrebările esențiale. Atunci când se aplică acest instrument sunt lansate, preponderent, următoarele probleme: "cunoștințele sunt disponibile pentru cine?" și "în care caz este cea mai mare nevoie de aceste cunoștințe?"

Managementul participativ și partajarea cunoștințelor se face prin comunicare fundamentală și, prin urmare, prin facilități cum ar fi sisteme de gestiune a bazelor de cunoștințe. Managementul cunoștințelor și tehnologia informației sunt strâns corelate¹. Rolul IT în colectarea, evaluarea, aplicarea și diseminarea cunoștințelor a devenit considerabil. În domeniul juridic, de exemplu, se conturează realitatea conform căreia bazele de date de jurisprudență au devenit deja indispensabile. Împreună cu sursele tradiționale de informare, aceste baze de date reprezintă un instrument important pentru managementul cunoștințelor juridice.

Ele pot juca un rol în schimbul de cunoștințe directe. La nivel de stat, există o utilizare nouă și importantă pentru analiza jurometrică. În statele democratice moderne există o cerere în creștere pentru transparența funcționării autorităților de stat și a sistemului judiciar, ca o parte a acestor

¹P. Gottschalk, 'Use of IT for knowledge management in law firms', *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*, 1999.

instituții fundamentale. Funcțiile de monitorizare și auditare au crescut puternic ca importanță. Instrumentele destinate efectuării acestor funcții cu privire la sistemul judiciar vor viza cercetări empirice, cantitative și sistematice. Analiza jurometrică este utilă în special în mâinile celor care au sarcina de monitorizare a politicilor publice. Această funcție de monitorizare va deveni tot mai importantă în era informațională.

Necesitatea analizei jurometrică va deveni mai critică în viitor, odată cu creșterea volumului de informații juridice. Deși cu câțiva ani în urmă realizarea cercetărilor de jurometrie a întâmpinat obstacole deoarece jurisprudența nu a beneficiat de un suport digital, în acest moment acest obstacol a fost depășit în mare măsură. Analiza jurometrică are, prin urmare, să devină o opțiune practică. Cu toate acestea, tehnicile jurometrice trebuie să fie constant actualizate pentru a ține pasul cu aceste evoluții. Forma mai veche a analizei jurometrice este încă fezabilă în cazul în care numărul de cazuri nu depășesc câteva sute. În cazul în care un număr mare de cazuri sunt implicate, noi forme de asistență IT sunt necesare, și anume sisteme conceptuale și tehnicile de recuperare. Din fericire, după cum au fost prezentate mai sus, aceste tehnici sunt în proces de a fi dezvoltate, dovedindu-se rezultate promițătoare. Cu toate acestea, având în vedere importanța lor, surprinzător de puținioameni sunt activi în domeniu.

Cu excepția dreptului și economiei, pur și simplu nu există multă cercetare de efectuat în materia jurometriei. După cum s-a menționat mai sus, chiar și în consacratul jurnal de jurometrie, cele mai multe articole nu prezintă analize jurometrice, în sensul că acestea se referă la analiza statistică a jurisprudenței sau alte subiecte similare, sau chiar într-un sens mai larg. Forma textelor juridice, precum și studiul lingvisticii juridice sunt domenii neglijate¹. Apariția Jurnalului de Studii Juridice Empirice ar putea fi menționat. Acesta conține cercetare empirică, deși termenul "jurimetrics" nu pare să fi fost utilizat niciodată la începuturile sale, în 2004. Cele mai multe dintre articolele sale se ocupă cu cercetarea calitativă, mai degrabă decât cantitativă, dar au existat unele contribuții relevante pentru jurometrie². Acest fapt conduce implicit la necesitatea unor cercetări noi din punct de vedere al studiilor jurometrice ce iau în considerare atât factorul economic, cât și factorul juridic.

4. Drept și Economie

Domeniul dinamic al dreptului și al economiei oferă o deschidere chiar mai mare, deși niciodată cercetările derulate nu propun utilizare termenului de "jurometrie" ca o etichetă corespunzătoare pentru activitățile sale principale și, mai în serios, se pare, pentru a evita tehnicile de jurometrie atunci când jurisprudența este studiată. Acest lucru este surprinzător. Cel de-al treilea nivel de studiu în jurometrie, nivelul pragmatic, se referă la efectele sociale și economice ale legii, precum și la modul în care cerințele legale și autorizațiile sunt îndeplinite. De exemplu, activitatea lui Van den Berg și Visscher³ rezultă într-o aplicație simplă în această materie.

Dreptul și economia conturează o disciplină interesantă și în curs de dezvoltare rapidă. Având ca fundament munca de pionierat a lui Posner⁴, s-a construit o disciplină proprie, independentă de drept, precum și de economie. Această nouă disciplină are manuale proprii cu baze proprii de disciplină⁵, Revista de Drept și Economie, un Forum Internațional de Drept și Economie, o

¹H. Mattila, *Comparative Legal Linguistics* (Aldershot, U.K.: Ashgate 2006)

²M. Evans et al., 'Recounting the courts? Applying automated content analysis to enhance empirical legal research' (2007)

³R. Van den Berg, Visscher, L., 'Optimal enforcement of safety law' (Rotterdam: Erasmus University 2008)

⁴R. A. Posner, *Economic Analysis of Law* (6th edition), New York: Aspen Publishers 2003

⁵R. D. Cooter, Ulen, T. S., *Law and Economics* (4th edition) (Boston: Pearson AddisonWesley 2004)

Enciclopedie a Dreptului și Economiei, etc. În plus, există un Master European pentru Drept și Economie¹ și există un număr de rețele de cooperare cum ar fi Rețeaua Europeană de Regularizare.

Deși abordarea cumulativă a dreptului și economiei ar părea să promoveze studiul empiric al fenomenelor juridice, se pare că există aproape o tendință paradoxală în acest domeniu să se aplice pe de o parte, metode științifice economice pentru studiul fenomenelor relevante din punct de vedere juridic. Un exemplu recent este elaborat de Arcuri², care este un susținător puternic al utilizării a teoriilor economice în scopul îmbunătățirii sistemelor juridice contemporane, dar care este dezamăgitor de tradițională, atunci când ea oferă o imagine de ansamblu asupra jurisprudenței relevante pentru zona ei de studiu.

Unele explicații pentru această repulsie și reticență pentru inocularea metodelor cantitative pot fi regăsite cu ușurință. Întrebarea care se pune este de ce există atât de multă rezistență pentru dezvoltarea cercetării în universități a studiului jurometriei? O posibilă explicație ar putea fi frica. Noi forme de tehnologie sunt adesea întâmpinate inițial cu rezistență: cumpărarea de bilete de tren de la un aparat, mai degrabă decât de la un vânzător clasic fiind "peste mână", utilizarea unui POS pentru cumpărături în locul vânzătorului obișnuit, cumpărarea de produse de pe Internet sunt câteva exemple din viața de zi cu zi a tehnologiei care a fost întâmpinată la început de mulți cu suspiciune. Conservatorismul, unsentiment tipic caracteristic profesiei de avocat, ar putea fi un alt motiv. Aceasta este "noua școală" versus "vechia școală": o educație clasică juridică este "școala veche", "noua școală" urmează să utilizeze tehnici necunoscuți să le integreze în practica juridică și de cercetare, în scopul de a realiza inovarea și progresul³.

Acesta poate fi cazul în care avocații nu consideră că este în interesul lor pentru a comuta la metode noi, care ar necesita o altă educație. Leith și Hoey văd acest lucru ca pe o posibilă explicație: desigur, dificultatea reală în realizarea acestui lucru este faptul că cercetătorii trebuie să aibă atât o experiență prealabilă juridică, cât și una matematică. Puțini avocați dețin competențe din ambele categorii și, adesea, cei care au înțelegere matematică au o abordare diferită față de aplicarea legii⁴.

Nu numai că cei mai mulți avocați nu sunt familiarizați cu matematica, ci mai mult, puțini par să fie dornici de a vedea matematica ca parte a educației juridice. De asemenea, este posibil ca avocații să nu-și dorească schimbarea naturii profesiei lor. Se poate argumenta că este în interesul lor propriu păstrarea cunoștințele juridice individualizate și personale, mai degrabă decât difuzate. În același timp, există riscul de erodare a imaginii magistraților inamovibili, care se ghidează în demersurile lor exclusiv după litera de lege și care ar crea precedente periculoase în momentul apelării la mijloace auxiliare de informare.

3. Concluzii

Scolile de drept și profesioniștii din domeniul juridic par să propage intenția de a nu privi la știință și tehnologie, deși societatea informațională evoluează. Ar putea fi de așteptat ca, în lumea modernă competitivă, firmele juridice și profesioniștii să fie dornici să aplice tehnici noi pentru a-și inova serviciile furnizate. Cu toate acestea, în practică, profesia de avocat și de consultant juridic nu s-a schimbat deloc din punct de vedere operațional. Cei mai mulți avocați nu sunt pur și simplu familiarizați cu abordări cantitative, empirice sau tehnice. În unele cazuri, această reticență ar putea fi, eventual, explicată în termenii unei percepții identificabile cu propriul interes. Această atitudine negativă față de inovare se va dovedi a fi prea costisitoare. În societatea globalizării, inovarea este esențială pentru toate organizațiile, iar cele din domeniul juridic nu vor reprezenta o excepție.

Având în vedere potențialul tehnologic al jurometriei, este foarte surprinzător faptul că punerea sa în aplicare, în domeniul juridic a fost amânată atât de mult. În general, s-a recunoscut că

¹Finanțat de UE sub forma unui program 'Erasmus Mundus'

²A. Arcuri, *Governing the Risks of Ultra-hazardous Activities. Challenges for Contemporary Legal Systems* (Rotterdam: Erasmus University 2005)

³www.newschoollawtech.com

⁴P. Leith and A. Hoey, *The computerised lawyer*, London: Springer-Verlag, 1998

managementul cunoștințelor este deja o parte importantă a managementului modern. Importanța sa va crește permanent. Deoarece cunoașterea este astfel un aspect fundamental al serviciilor juridice, firmele de avocatură și alte organizații care activează în cadrul juridic vor trebui, de asemenea, să înțeleagă oportunitatea utilizării acestei resurse.

Predicția asistată de calculator va deveni o realitate. Există acum posibilitatea de a realiza o analiză cantitativă a unui set de cazuri într-un interval de timp rezonabil. În plus, la nivel de politici naționale în domeniul juridic, analiza jurometrică este utilă, chiar necesară pentru a menține transparența procesului decizional al sistemului de guvernare. Acestea sunt perspective interesante pentru domeniul juridic - profesional, precum și pentru zona academică.

Jurometria, o nouă paradigmă a culturii juridice, este susceptibilă de a fi luată în considerare doar în momentul în care precedentul se va fi creat. Până atunci, eforturile trebuie să fie susținute la cote înalte, în vederea atingerii unui scop nobil: perfecționarea permanentă a sistemelor de drept.

Referințe bibliografice

1. Benkler, Y., *The Wealth of Networks*, Yale University Press, 2006
2. Combrink-Kuiters, C. J.M., *Kennis van zaken. Een jurimetrisch onderzoek naar rechterlijke besluitvorming inzake voogdij en omgang*, Deventer: Gouda Quint 1998
3. Cooter, R. D., Ulen, T. S., *Law and Economics*, Boston: Pearson AddisonWesley, 2004
4. Franken, H., *Maat en regel* (Arnhem: Gouda Quint 1975)
5. Franken, H., *Systeemtheorie en Rechtswetenschap. Preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte en het Recht*, 1982
6. Gottschalk, P., 'Use of IT for knowledge management in law firms', *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*, 1999
7. Guiraud, P., *Problèmes et méthodes de la statistique linguistique*, Dordrecht: Reidel 1959
8. Herdan, G., *The Advanced Theory of Language as Choice and Chance*, Berlin: Springer Verlag, 1966
9. Holmes, O.W., *The Common Law*, Chicago and Boston: Little Brown, 1881
10. Kucera, H., and N. W. Francis, *Computational Analysis of Present-day American English*, Providence: Brown University Press, 1967
11. Leith, P., Hoey, A., *The computerised lawyer*, London: Springer-Verlag, 1998
12. Loevinger, L., 'Jurimetrics, the next step forward', *Minn. Law Review*, 1949
13. Mattila, H., *Comparative Legal Linguistics*, (Aldershot, U.K.: Ashgate, 2006
14. De Mulder, R., A Model for the application of computer science to law, Vermande, 1984
15. De Mulder, R., van Noordwijk, K., Combrink-Kuiters, L., *Knowledge discovery fom legal databases*, 2010
16. Nagel, S., 'Judicial backgrounds and criminal cases', *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1962
17. Nagel, S., 'Off-the-bench judicial attitudes', în G. Schubert (ed.), *Judicial Decision-Making* (New York: The Free Press of Glencoe 1963)
18. Nicolescu, O., Nicolescu, C., *Organizația și managementul bazate pe cunoștințe*, 2011
19. Van Noordwijk, Legal word use, a comparison of some quantitative aspects of the word use in legal and general Dutch texts, (Koninklijke Vermande 1995)
20. Popa, N., Răducanu, A. (1983), *Quelques considerations sur la notion de la méthodologie juridique*, Analele Universitatii Bucuresti, seria Drept, nr. 2/1983; p. 34
21. Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Publishers 2003
22. Schubert, G., *Judicial Decision-Making*, New York: The Free Press of Glencoe, 1963
23. Wurman, R., S. 2000, *Information Anxiety*, Que, pp. 108-123

Webografie

1. www.worldlii.org
2. www.newschoollawtech.com

RAISING OF THE BUDGETARY INCOMES BY THE EXTENSION OF ENVIRONMENTAL TAXES

¹Máté Lakatos

Abstract

This paper is about to analyze the carbon tax implemented in Ireland and in doing so trying to offer a general guideline for other jurisdictions, mainly located in Central-Eastern-Europe, to take over partly or fully the concept and the measures already tested in countries which are ahead of the Central-Eastern-European countries in an economic sense. Ireland is not the first country in Europe that introduced this tax category: carbon tax. More EU Member State is already using it, such as the Netherlands, Denmark or Sweden. As I already dealt with Swedish law in my past, I decided to present shortly the Swedish 'green taxation'. As the Swedish example shows us, the carbon tax system works well. Ireland's unfortunate economic situation which led to the necessity to introduce new types of burdens for the citizens of Ireland gets a short introduction. Then the carbon tax itself is introduced, the tax base (transport and non transport fuels, solid fuels), the tax rates, and the date of application. I tried to make it easier to see the changes in the Irish GDP and consumption with diagrams. As the paper is about the raising of the budgetary incomes with the help of the introduction of environmental friendly taxes I mentioned how big the annual incomes were coming from the carbon tax in Ireland. Then finally I go around the environmental aspect, that is how changed the fuel consumption on the island of the Irish. Before sharing my own thoughts I share some pro opinions based on Frank Convery's thoughts with the reader and some contra opinions based on the author of the article I found in the New York Times.

“To tax and to please, no more than to love and be wise, is not given to men.”
Edmund Burke

1. **Keywords:** *taxes, Value Added Tax, Green taxes in Europe, citizens, Ireland's carbon taxation*

2. Introductory thoughts

The study is an attempt to show an alternative way to the states located in Central-Eastern-Europe how to get out of the recent crisis while contributing to the living standard of their citizens by promoting a sustainable and more affordable world. Of course none of the examples below are models that should be transposed unchanged as a whole into our taxation system. There are circumstances and factors which will have to be restructured (e.g. as the Value Added Tax (VAT) rate is very high in Hungary since 1 January 2012²) to reach a 'greener tax system' in order to avoid the overburden of a country's citizens with the implementation of green taxes other tax rates (e.g. on personal income or VAT) should be decreased.

As we all know the rapid industrial, economical development in the last centuries caused harmful environmental effects which did not play a role in politics. But people nowadays can experience on their own the effects of greenhouse effect (natural disasters, the melting of ice on the poles etc.) appearing continuously. Governments realized that in order to secure proper natural

¹ dr. Máté Lakatos, 2st year regular PhD student, ME-ÁJK, Financial Law Department, Miskolc University, Hungary, Consultant: Dr. Zoltán Nagy Associate professor

² Act LXXVII of 2007 Section 82 (1) – The VAT rate is the 27% of the tax base in Hungary.

circumstances for their citizens, they need to take (on both national and international levels) measures against environmental pollution before irreversible social, economic consequences would appear.

On the one hand in order to sanction environmentally harmful activities the implementation of such a tax policy which would turn (both natural and legal) persons from polluting activities towards harmless or less harmful activities is desirable. On the other hand governments can subsidize such activities which are environmentally friendly.¹ Sustainable development can only be reached, if the economy itself that develops and implements environmentally harmless technologies, and governments can encourage them to do so. As an example: if governments levy heavy tax burden on fuels, the citizens will search for technologies in personal transportation so the automobile producers will research engines and cars with smaller fuel consumption – or without fuel consumption (electric cars). We can see this tendency when newer and newer ‘green’ technologies are introduced.

With implementing sanctioning tax policy for the environmentally harmful activities state budgetary incomes can be increased which in the recent economic crisis is a very important issue to get out of the pit. Environmental subsidies can be financed from these revenues or the financial deficit of the state; it’s up to the government’s policy.

3. Green taxes in Europe

Environmental taxes are different from other budgetary incomes, like Value Added Tax (VAT) or personal income tax in their main purposes, as these forms of compulsory payments are aimed to reduce the using of natural resources, the amount of waste materials, turn consumers and producers to environmentally friendly products and technologies and improve living conditions.² Carbon tax is one element of environmental taxes and is not a very new one.

In the early 1990’s a few European states (Sweden, the Netherlands, Denmark) introduced carbon tax as a new method.

Due to the extension limitations see now just a short introduction of the carbon tax introduced in Sweden:

“The Swedish energy tax system was reformed in 1991. During the 1980s much focus had been on oil substitution and the tax system was therefore designed to discourage oil use. The reformed taxation system was based on a carbon tax and an energy tax on fuels, the latter not directly connected to the carbon content of the fuel. Simultaneously as the carbon tax was introduced general energy taxes was reduced by 50% (Energidata Göteborg et al., 1995).”³

Several studies tried to quantify the impact on CO₂ emission of the policy instruments implemented by Sweden, for example the Ministry of Environment shows in the second national report on climate change (1997) that the CO₂ emissions in 1995 were about 15% lower than it would have been if the policy instruments of 1990 would still have been in use. Almost 90% of this reduction was the result of the reformed tax system, whereas the remaining 10% were a result of investment grants and official programs on energy efficiency. Another evaluation from the Swedish Environmental Protection Agency (1997) shows that the taxes and charges had been cost-effective.⁴

¹ Zoltán NAGY: A környezetvédelem pénzügyi jogi kérdései. In: János Ede SZILÁGYI (Ed.): Környezetjog II. kötet - Tanulmányok a környezetjogi gondolkodás köréből, Novotni Alapítvány, Miskolc, 2010. p 87

² Zoltán NAGY: A környezetvédelem pénzügyi jogi kérdései. In: János Ede SZILÁGYI (Ed.): Környezetjog II. kötet - Tanulmányok a környezetjogi gondolkodás köréből, Novotni Alapítvány, Miskolc, 2010. p 88 cf. Félixné BODROSSY: Segíthet-e a túlnépesedés okozta gondok a környezetvédelmi adók bevezetésére, Környezetvédelem, 1995. 13-14, p. 17

³ Bengt Johansson: Economic Instruments in Practice 1: Carbon Tax in Sweden p. 3 <http://www.oecd.org/science/inno/2108273.pdf> (20 03 2013)

⁴ Bengt Johansson: Economic Instruments in Practice 1: Carbon Tax in Sweden p. 7-9 <http://www.oecd.org/science/inno/2108273.pdf> (20 03 2013)

4. Ireland's carbon taxation

Ireland after its economy collapsed in 2008

The story of the new Irish carbon tax is a much recent story: Ireland's economy witnessed a massive crisis in 2008 (because of the loose credit policies that created a real estate bubble) and its government searched for solutions. The Irish economy saw a free-fall between 2008 and 2009 - the GDP (real terms) fell from €166.80 billion in 2008 to €157.69 billion in 2009, a drop of over 5%. Tax revenues went over an even deeper fall, dropping from €40.78 billion in 2008 to €33.0 billion in 2009, a fall of over 23%.

Year	Total GDP Millions of € in real (volume) terms	Total Tax Income (millions €)	Income Tax (millions €)
2008	166,796	40,777	13,177
2009	157,695	33,043	11,835
2010	156,487	31,753	11,276
2012	158,726	34,027	13,798
2013	159,700	36,375	15,300

GDP, total tax income and income tax data of Ireland from 2008 to 2013.¹

That is how Ireland became the first of the fiscally stressed countries in Europe to implement a carbon tax in order to find new income revenues. Carbon tax is now a very important source of income for the government, generated in a way that does not destroy jobs (rather contribute to new ones), and which at the same time helps the Irish to protect the environment and meet the legally binding greenhouse gas emission reduction obligations.²

The working of carbon tax

A New York Times article contains the following lines concerning the Irish carbon tax:

*"The environmental taxes work in concert with austerity measures like reduced welfare payments and higher fees for health care that are expected to save 2.2 billion euros this year. The carbon tax is levied on fossil fuels when they enter the country and is then passed on to consumers at the point of purchase. The automobile sales tax, which ranges from 14 to 36 percent of a car's market price depending on its emissions, is simply folded into the sticker price."*³

The carbon tax is a Government tax which was introduced in the 2010 Budget in Ireland; it is applicable to all CO₂ emission sources. It applies to petrol and auto- diesel since 9 December 2009; to kerosene, marked gas oil, liquid petroleum gas, fuel oil, and natural gas since 1 May 2010⁴. The tax does not currently apply to solid fuels (The application of the carbon tax to solid fuels was delayed because: a. particular problems existed relating to the control of movements of coal, which (unlike oil fuels) are not subject to an EU-wide movement control regime. b. there was an

¹ Frank Convery: Budget 2013 – Three Cheers For The Carbon Tax p. 3 <http://www.publicpolicy.ie/wp-content/uploads/Budget-2013-Three-cheers-for-the-Carbon-tax1.pdf> (20 03 2013)

² Frank Convery: Budget 2013 – Three Cheers For The Carbon Tax p. 1 <http://www.publicpolicy.ie/wp-content/uploads/Budget-2013-Three-cheers-for-the-Carbon-tax1.pdf> (20 03 2013)

³ http://www.nytimes.com/2012/12/28/science/earth/in-ireland-carbon-taxes-pay-off.html?pagewanted=2&_r=2&hp& (19 03 2013)

⁴ <http://taxpolicy.gov.ie/wp-content/uploads/2012/09/11.17-Energy-and-Environmental-Taxes.pdf> (23 03 2013)

environmental issue of coal with a higher sulphur content entering the Irish market.)¹, although in Budget 2013 it was announced that the carbon tax will be extended to solid fuels (for example, commercial peat and coal) on a phased basis. A rate of €10 per ton will be applied with effect from 1 May 2013 and a rate of €20 per ton from 1 May 2014.²

The carbon tax has been levied on natural gas customers from the tax year 2010. The rates are the following: €15 per ton of CO₂, applied in 2010 and 2011, increased to €20 for 2012³. (The final rate of carbon tax is planned to be 25%.)

Categories	Specific Products	Implementation Date
Transport Fuels	Petrol and Auto-diesel	10 December 2009
Non-transport fuels (oil and gas)	Kerosene, Marked Gas Oil, Fuel Oil, Liquid Petroleum Gas (LPG) and Natural Gas	1 May 2010
Solid Fuels	Coal and Commercial Peat	Subject to a Commencement Order

The rate €15 per ton of CO₂ emitted on fossil fuels⁴

The budgetary revenues coming from the carbon tax were about €246⁵ million in 2010 which were expected about €400 million in 2012⁶ because of the €5 per ton positive difference. The revenues estimated to 2012 by the government from carbon tax raised €370 million; plus the VAT charged on top of the Carbon Tax raised another 39 million Euro. Carbon tax is subject to a VAT rate of 13.5%.⁷

-----	Carbon tax	VAT
Auto Diesel	130.63	3.00
Petrol	79.07	18.19
Fuel Oil	2.76	0.00
MGO	54.86	7.41
Kerosene	44.41	6.00
Auto LPG	0.20	0.05
LPG (Other)	3.94	0.53

¹Eric Gargan: Reflections on the implementation of the carbon tax in Ireland, Presentation to the UCD/ NESC Workshop: Climate Change Meeting Ireland's 2020 Obligations – 16 May 2012, p. 7 http://www.nesc.ie/assets/files/downloads/project_climate%20change/ucd_workshop/ericgargan.pdf (23 03 2013)

²http://www.citizensinformation.ie/en/money_and_tax/tax/motor_carbon_other_taxes/carbon_tax.html (23 03 2013)

³Budget 2012 – Excise duty rates – Alteration in rates of mineral oil tax on autofuels: The rate of carbon tax per tonne of CO₂ emitted has been increased, from €15 to €20, in respect of petrol and auto-diesel, with effect from 7 December 2011. This increase has been applied also to aviation gasoline, and to heavy oil used for aviation and for private pleasure navigation.

The rates of Mineral Oil Tax for other mineral oils remain unchanged.

⁴Eric Gargan: Reflections on the implementation of the carbon tax in Ireland, Presentation to the UCD/ NESC Workshop: Climate Change Meeting Ireland's 2020 Obligations – 16 May 2012, p. 4 http://www.nesc.ie/assets/files/downloads/project_climate%20change/ucd_workshop/ericgargan.pdf (23 03 2013)

⁵<http://taxpolicy.gov.ie/wp-content/uploads/2012/09/11.17-Energy-and-Environmental-Taxes.pdf> (20 03 2013)

⁶Frank Convery: Budget 2013 – Three Cheers For The Carbon Tax p. 1 <http://www.publicpolicy.ie/wp-content/uploads/Budget-2013-Three-cheers-for-the-Carbon-tax1.pdf> (20 03 2013)

⁷<https://www.electricireland.ie/ei/residential-gas/contact-us/what-is-the-carbon-tax.jsp> (24 03 2013)

Natural Gas	54.80	4.44
Total	370.70	39.62

Breakdown of Carbon Tax 2012 estimates (Millions €)¹

Consequences of the carbon tax

Consumption of petrol fell from 2310 million liters in 2008 to 1829 million liters in 2011 (fall of 21%) Consumption of auto diesel fell from 2,960 million liters in 2008 to 2,563 million liters in 2011 (fall of 13%). Keeping in mind that the Irish GDP over the same period fell by 5%, this reduction in motor fuel consumption is still very significant.

Year	CO2 tax - per ton of CO2	Consumption of petrol Million liters	Consumption of Auto diesel Mill liters	Total (petrol and diesel) Million liters
2008	0	2310	2960	5272
2009	0	2117	2714	4832
2010	15	1930	2560	4491
2011	15	1829	2563	4393

Transport Fuel Consumption in Ireland, 2008-2011²

However, note that the drop was already underway from 2008 to 2009, before the tax came into effect. And there are complementary policies which have played a role in this process.

Ireland imposes a substantial tax on car purchase; called Vehicle Registration Tax (VRT) and an annual motor tax (a similar one is already in use in Hungary). In the past they were based on engine size ("The amount of motor tax you pay for a vehicle registered before July 2008 is proportionate to the size of your vehicle's engine - in other words, the more powerful your vehicle, the higher the cost of your motor tax. For new cars registered since July 2008, motor tax charges are determined on the basis of seven CO2 emission bands with lower emissions resulting in lower charges."³). From July 2008 both of these were recalibrated, based on open market selling price and CO2 rating. From July 2008 both of these were recalibrated, based on open market selling price and CO2 rating. These had major effects on the composition of the new car fleet, shifting it dramatically towards low emitting vehicles. Ninety per cent of 90,000 new car sales in 2011 (down from 187,000 in 2007) were in the lowest carbon bands (A and B).⁴

5. Pros and contras - conclusions

The Article of the New York Times drew my attention to Ireland's - 3 years old - new carbon taxation so I will use it for the contra opinions and as earlier I will use the thoughts of Frank Convery to frame and support my opinion on the side of the green taxes.

But first the pro arguments: As we can see, carbon tax is levied on consumption, not on income which, among other things, makes this tax category a possible alternative to choose by those states which are in a worse economical position. According to Frank Convery governments are

¹Carbon Tax Intake for 2012 <http://www.moneyguideireland.com/category/carbon-tax> (23 03 2013)

² Frank Convery: Budget 2013 – Three Cheers For The Carbon Tax p. 3 <http://www.publicpolicy.ie/wp-content/uploads/Budget-2013-Three-cheers-for-the-Carbon-tax1.pdf> (20 03 2013)

³http://www.citizensinformation.ie/en/travel_and_recreation/motoring_1/motor_tax_and_insurance/motor_tax_rates.html (24 03 2013)

⁴ Frank Convery: Budget 2013 – Three Cheers For The Carbon Tax p. 3 <http://www.publicpolicy.ie/wp-content/uploads/Budget-2013-Three-cheers-for-the-Carbon-tax1.pdf> (20 03 2013)

desperately need money to finance the functioning of the state and its organizations – it cannot be argued of course in case of a global crisis that just the Central-Eastern-European countries would not want to have more revenues. Increasing the tax on incomes from labour reduces the amount each worker is able to spend on goods and services, and increases the cost of labour for the employers, so that they are incentivized to move jobs offshore, or replace workers with machines. With a rise in your income tax, your income shrinks and you have no choice but to pay it to the government. But with the carbon tax, you are faced with a rise in cost but you do have some choice as to how to adjust. Consumption is up to everybody's mind – if you decide to take the bus or the train, you will not have to pay for the transportation fuel your car is not burning on that day. That is how the Scandinavians live their life.

The implementation of such green taxes as carbon tax is helping the transition to a more sustainable and affordable world. Anyone who can possibly afford it now has very strong incentives to invest in insulating their house and (if they need a car) buying one that is super fuel efficient (as I know there is or was a program in Romania which aims to help people buy new, environmentally less harmful cars instead of their old and polluting ones – this can be a green initiative as well). If they can store wood (which is exempt from the carbon tax like in Sweden), they have an incentive to switch from oil or natural gas, which are taxed. As energy costs rise, such investments will pay off in more affordable mobility and more comfortable housing.

Carbon tax also encourages innovation. Green electricity, green houses, green cars are notions everyone familiar with.

As we are all – Irish, Romanians, Hungarians - are members of the European Union one day we will have to meet all of its legally binding environmental obligations. If - like the Irish – we also implement the carbon tax and other parts of the 'green tax system' it would mean that we more easily and less expensively meet legally binding environmental obligations of the European Union and avoid the costs (including fines) and reputational loss of being in front of the European Court.

A charge on environmental 'bads' improves the quality of our environment, which improves the quality of our lives and our children's life which is more important according to my point of view. To the extent that we play a part in making the transition to a world less threatened by climate change, we also support our grand-children in limiting their exposure to the turbulence of climate change.

It makes us less dependent on imports, and less vulnerable to potential interruption in the event of war or other supply-interrupting turbulence.

And as the last argument it creates jobs as we invest in making our buildings, heating systems and boilers more energy efficient, and as we switch to locally grown wood as a source of heat.¹

Finally a few contra arguments can be read in a New York Times article on 28 December 2012 but in the meantime it confess that the Irish are on the good way:

“This is particularly hard on the poor, although the government has provided subsidies for low-income families to better insulate homes, for example. And industries complain that the higher prices have made it harder for them to compete outside Ireland.”

“Although carbon taxes in some ways disproportionately affect the poor — who are less able to buy new, more efficient cars, for example — such taxes do heavily penalize the wealthy, who consume far more. As with “sin taxes” on cigarettes, the taxes also alleviate some of the societal costs of pollution.”²

¹ Frank Convery: Budget 2013 – Three Cheers For The Carbon Tax p. 4 <http://www.publicpolicy.ie/wp-content/uploads/Budget-2013-Three-cheers-for-the-Carbon-tax1.pdf> (20 03 2013)

² http://www.nytimes.com/2012/12/28/science/earth/in-ireland-carbon-taxes-pay-off.html?hp&_r=1& (24 03 2013)

After all the pro and contra arguments it is obvious that I am on the side of carbon taxes and green tax system. Although there are clear negative points in it, sustainable development and the protection of the environment deserves a try in my opinion.

I do not know the situation in Romania, but I know that the environmental taxes in Hungary are not as matured as the Irish or the Swedish ones. In 2010 the budgetary incomes from environmentally friendly taxes or environmental taxes were almost negligible compared to the main or classic tax revenues.¹ So if we want to meet the economic and environmental requirements of our time and maintain the welfare level in Central-Eastern-Europe we need more budgetary revenues, carbon tax can be one.

References

Zoltán NAGY - A környezetvédelem pénzügyi jogi kérdései. In: János Ede SZILÁGYI (Ed.): Környezetjog II. kötet - Tanulmányok a környezetjogi gondolkodás köréből, Novotni Alapítvány, Miskolc, 2010

Bengt Johansson: Economic Instruments in Practice 1: Carbon Tax in Sweden <http://www.oecd.org/science/inno/2108273.pdf> (20 03 2013)

Frank Convery: Budget 2013 – Three Cheers For The Carbon Tax <http://www.publicpolicy.ie/wp-content/uploads/Budget-2013-Three-cheers-for-the-Carbon-tax1.pdf> (20 03 2013)

Eric Gargan: Reflections on the implementation of the carbon tax in Ireland, Presentation to the UCD/ NESC Workshop: Climate Change Meeting Ireland's 2020 Obligations – 16 May 2012, p. 4 http://www.nesc.ie/assets/files/downloads/project_climate%20change/ucd_workshop/ericgargan.pdf (23 03 2013)

http://www.nytimes.com/2012/12/28/science/earth/in-ireland-carbon-taxes-pay-off.html?pagewanted=2&_r=2&hp& (19 03 2013)

<http://taxpolicy.gov.ie/wp-content/uploads/2012/09/11.17-Energy-and-Environmental-Taxes.pdf> (23 03 2013)

Carbon Tax Intake for 2012 <http://www.moneyguideireland.com/category/carbon-tax> (23 03 2013)

<https://www.electricireland.ie/ei/residential-gas/contact-us/what-is-the-carbon-tax.jsp> (24 03 2013)

http://www.citizensinformation.ie/en/travel_and_recreation/motoring_1/motor_tax_and_insurance/motor_tax_rates.html (24 03 2013)

¹ Zoltán NAGY - A környezetvédelem pénzügyi jogi kérdései. In: János Ede SZILÁGYI (Ed.): Környezetjog II. kötet - Tanulmányok a környezetjogi gondolkodás köréből, Novotni Alapítvány, Miskolc p. 81, 2010

THE ACCESSION OF THE EU TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS HAVING A SPECIAL REGARD TO THE ADVANTAGES AND PROBLEMATIC ISSUES OF THE ACCESSION

Lilla Nóra KISS*¹

Abstract

This paper outlines the issue of the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms having a special regard to the advantages and problematic issues of it as well. The emphasis is on the main features of the accession process. The accession leads to a new dimension in the field of protection of human rights and fundamental freedoms. Although, the issue of this accession has been discussed for almost thirty years – if we take the Memorandum of the European Commission of 1979 as a starting point – the accession has not yet happened. This reflects the actuality and great importance of the topic. This paper aims to analyze whether the process is beneficial to the EU or not?

Keywords: *human rights, European Convention on Human Rights (ECHR), European Union, European Court of Justice, fundamental freedoms, accession.*

1. Introduction, the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights

The protection of human rights and fundamental freedoms have become one of the most important questions since the end of World War II. The modern Western-European countries which had significant economic power established the European Council (hereinafter referred to as: EC) in 1950, for developing a strong system which is able to protect human rights. As a part of this system the founding members developed the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as: ECHR). This Convention is a catalogue of fundamental human rights and freedoms. For the interpretation and enforcement of the provisions of the Convention, the Parties of the ECHR established the European Court on Human Rights (hereinafter also referred to as: ECtHR) in 1959.

Soon after the ECHR was adopted, the European Economic Community (hereinafter referred to as: EEC) was founded (1957). The EEC formed its own institutional-system, but since it was an economic organisation its court, the European Court of Justice (hereinafter referred to as: ECJ) primarily dealt with cases of economic nature. However, since some provisions of legal acts of the EEC affected human rights, more and more cases in connection with human rights were submitted to the ECJ. The main problem was that the constitutions of the Member States of the EEC ensured higher protection for the human rights than the EEC could. In the first years of the EEC, the basic objective was to ensure the free movement of goods, workers, services and capital in order to encourage the economic development. For the reason of strengthening the co-operation between the Member States and declaring the equality of women, the EEC Treaty contained a provision on the principle of equal pay for equal work for men and women. This was the first and only rule in the field of human rights. So basically speaking, the legislation of the EEC did not contain provisions aiming at the protection of human rights. Therefore when a case concerning the scope and content of a human right was submitted to the ECJ, there was no legal basis for dealing with the case. For that

¹ *Lilla Nóra KISS, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary, (kisslilla.91@gmail.com). This study has been elaborated under the coordination of assistant professor dr. Rita RÁCZ

reason, the ECJ stated in the judgement of the case of *Internationale Handelsgesellschaft*¹ that the European Court of Justice will found its judgements on the common constitutional traditions of the Member States.

Parallel with this process, the European Court on Human Rights in Strasbourg dealt only with human right cases and applied the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms as a full catalogue of human rights and a basis for reference.

As a result of these processes a dual case-law on human rights was developed in Europe. The dualism besides being interesting from the view of examining different case-law in similar situations, has disadvantages, as the system of protecting human rights can lose its stability. The instability emerging from the situation that the two different courts (the ECtHR and the ECJ) may come to totally different decisions in the same or very similar cases threatened also the principle of legal certainty.

The issue have become more complex because more and more European states acceded to the ECHR and the European Union was also enlarged. Nowadays, the ECHR has 47 High Contracting Parties – including all the 27 Member States of the EU.

It follows from the previous that the accession of the European Union (successor in law of the EEC, hereinafter also referred to as: EU) would be a necessary and consistent decision in order to establish a stable, unified, common and coherent judicial system in the field of human rights in Europe. This question has expressly arisen already in 1979 - "if we take the Memorandum of the European Commission of 1979 as a starting point".² –

The accession of the EU to the ECHR raises a number of problems since the EU is not a state, its a supranational international organisation which has a special relation with its Member States and the Member States also have a special legal relationship as High Contracting Parties of the ECHR. Until the 14th Protocol to the ECHR only sovereign states could be the Contracting Parties of the Convention. Since then, the EU is allowed to accede from the side of the ECHR.³ Since the entry into force of the Lisbon Treaty⁴ (1 December 2009) the EU is not just allowed but also obliged to become a Contracting Party to the ECHR. These documents established the legal bases for the accession for both parties.

It is important to mention, that the EU has a written catalogue of human rights since 2000. This document is called the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Although it was accepted in 2000, that time it was considered only as a political intention-declaration, but not more. In 2004 the European Constitution was established. This Constitution included the Charter as a second part of it. But, since the French and Dutch referendum on the approval of the Constitution was not successful, the Constitution did not enter into force. The issue of human rights and the future of the Charter were dependent from the actual politics. That is why the Treaty of Lisbon (signature: 2007, entry into force: 2009) gave binding force to the Charter – besides creating the legal basis for the EU to accede the ECHR.

The issue of accession includes many legal, political and technical questions. In the next chapter, I examine the advantages of the accession primarily from the legal side and from the point of view of the European Union.

¹ 11/70., *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* case, [1970], OJ C 9 from 02.02.1971, p.4

² European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) comments on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights by Mr Pieter van Dijk (Member, Netherlands), CDL (2007) 096

³ 14 th Protocol to the ECHR, Article 17: 2. "The European Union may accede to this Convention."

⁴ Treaty of Lisbon, Article 6: 2. "The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms."

2. The advantages of the Accession

The advantages of the accession were firstly collected in the European Commission Memorandum of 1979¹. The Memorandum defines three categories of arguments in favour of the accession. The first argument is that the accession will improve the image of Europe as an area of freedom and democracy. - ”The Memorandum concludes that the accession would make a substantial contribution to the strengthening of democratic beliefs and freedom both within and beyond the free world.”² – It means that by the accession the EEC (now: EU) declares and determines to improve the protection of human rights by binding itself to a written catalogue containing human rights and fundamental freedoms.

The second argument in 1979 was the reason of strengthening the protection of fundamental rights in the EU. The respect for human rights as a condition for states which aims to join to EU, must be an essential requirement for the EU itself. - ”The accession would clarify the position of its legal acts in relation to the ECHR and give them a satisfactory status.”³ - This objective will be realized in a new jurisdictional dimension. This means that there will be an opportunity to submit a complaint for the violation of a human right to the European Court of Human Rights directly. This will extend the personal right to litigate by extending the ways of practising it. The single limitation for this way is to meet the conditions laid down in the ECHR. The conditions are included in Articles 34 and 33 of ECHR which provide that: - ”The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.”⁴ – It is important to mention that every litigant is entitled to submit a complaint only in the frames of the Convention and its Protocols. This means that every case has to refer to the violation or illegal limitation of a human right or a fundamental freedom which laid down in the ECHR. Article 33 provides for inter-states cases: - ”Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party.” – This rule provides the relationship between the High Contracting Parties, but does not rule on the relation between a High Contracting Party and the EU in human right cases. Moreover it does not regulate the case when the EU is one party and the Member State of the EU is the other party in a human right case. The question emerges that who has the power and who is entitled to make a decision in such a situation?

The third argument is to strengthen the positions of institutions in the EU. Accession has really problematic issues due to the legal acts of the EU-institutions. By the accession, the effective power of the ECJ becomes examinable and revisable by an independent international organization (ECtHR). However, these questions belong to the problematic issues point of my paper. The answer for the question whether the institutions of the EU will become more strengthen is that the accession of the EU to an international mechanism of legal control over human rights will improve and develop the level of protection. If the EU becomes examinable and accountable by the ECtHR – besides being vulnerable – it has a positive effect on EU politics. If the EU meets the conditions under the ECHR, the act of the Union impugned as to whether it is in compliance with a given human right(s) will be approved, consequently the EU will receive an international acceptance from major Europe.

¹ Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights (ECHR): Commission Memorandum, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79, COM (79) final

² Commission Memorandum, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79, COM (79) 210 final, point 14

³ Commission Memorandum, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79, COM (79) 210 final, point 15

⁴ European Convention on Human Rights, Article 34

It is important to mention that the accession will improve a unified jurisdictional system in the field of human rights and fundamental freedoms in Europe. The unity will result in a higher level of legal certainty. Legal certainty will increase the European citizens' satisfaction and well-being.

3. The problematic issues of the Accession

The arguments against the accession were also mentioned in the Memorandum document firstly. The Memorandum defines 5 types of contra arguments.

The first is the fact that the EU needs an own catalogue of rights. This condition was fulfilled by the Charter of Fundamental Rights in 2000. Besides this Charter the ECJ usually followed the decisions and judgements of the ECtHR. The first time when the ECJ referred to the ECHR was in the judgement of the *Rutili-case*¹ in 1975. Before this, in 1974 the ECJ indirectly referred to the international human right conventions in the *Nold-case*² as the legal basis of the judgement. The next step was the *Hauer-case*³ when the ECJ analysed an article of the ECHR to define correctly and fully a content of the right to property as a fundamental right. As a result of the jurisdictional practice of the ECJ the protection of human rights was included in the Preamble of the Single European Act (1986). Until the Lisbon Treaty the Charter of Fundamental Rights has not got legally binding force. However, this argument against the accession has already been fulfilled.

The second argument is that the relation between the EU and the rights set out in the Convention is doubtful. The rights included in the Convention had a positive effect on the activities of the EU because the Member States of the EU were already the Contracting Parties of the Convention. First, the EU was called European Economic Community because it was an international economic organisation. Later, it was transformed and extended for dealing with more activities. Nowadays, EU is a supranational organisation. As the activities were extended, the legislation of the EU had to transform and extend as well for every fields of life. This process led to the development of the EU legislation.

Another problem arises from the obligations of the EU Member States in connection with the EU and the obligations in connection with the ECHR. The problem is when the obligations are the opposite of each other. The main basic problem is that the EU is not a sovereign state but a supranational organisation thus not able to - "fully exercise the procedural rights embodied in the Convention."⁴ – Thus the reaction of the EU is different if it is faced with its Member State and different when there is a dispute with another High Contracting Party. The Member States of the EU delegated certain powers to the EU when they acceded to it thus – in a sense – they are in a special dependant legal relationship. The Member States have to implement the acts of the EU. If they have to implement directly an act so without any discretion the Member State can not be condemned. Until the accession of the EU to the ECHR the complaints submitted directly against the EU before the ECtHR are not viable. Thus when the act of the EU violates a human right the Member State who implements the violating rule will be condemned. That is disadvantageous for the Member States of the EU. For that reason, in the situation mentioned above the ECtHR has to examine first that the rule which violates the human right was implemented directly or indirectly. If the Member State had the opportunity of the discretion it can be condemned for the act that violates the human rights and fundamental freedoms. . On the contrary, if the Member State had no discretion, it can not be condemned.

There is another problematic issue due to the accession. The issue of individual right of petition and reservations. The Memorandum states that the accession - "would lead to a real

¹ 36/75, *Roland Rutili v Ministre de l'intérieur* case [1975], OJ C 9 from 14.01.1976, p.2

² 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Ruhrkohle Aktiengesellschaft* case [1974]

³ 44/79, *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz*. case [1979], OJ C 17 from 23.01.1980, p.6

⁴ Commission Memorandum, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79, COM (79) 210 final, point 21.

improvement of the legal protection of the citizen only if the EU was also to allow individual right of petition against all its legal acts. The EU ought to state whether it intends to take refuge behind the reservations its Member States have made regarding this or that provision and if need to add new ones, or whether is prepared to accept the Convention as a standard.”¹ – The High Contracting Parties of the ECHR can become a party of a trial on one hand in a situation when the other party is an individual and not a state or an organization. Until the accession the EU can not become a party facing with a natural person. The EU hears this fact as a decreasing of its powers.

4. Summary

The EU is entitled to accede to the European Convention on Human Rights since the Lisbon Treaty is in force. The Protocol 14 to the ECHR allows and facilitates the process of the accession.

The accession has both positive and negative effects on the EU’s powers and legal personality. We have to solve the problematic issues because the accession is a fact and not a question to be decided. Foremost we have to appreciate the future improvement of human right protection.

References:

Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights (ECHR): Commission Memorandum, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79, COM (79) 210 final, point 26.

36/75, *Roland Rutili v Ministre de l’intérieur* case [1975], OJ C 9 from 14.01.1976, p.2

4/73. *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Ruhrkohle Aktiengesellschaft* case [1974]

44/79. *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz*. case [1979], OJ C 17 from 23.01.1980, p.6

European Convention on Human Rights, Article 34

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) comments on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights by Mr Pieter van Dijk (Member, Netherlands), CDL (2007) 096

14 th Protocol to the ECHR, Article 17: 2.

Treaty of Lisbon, Article 6: 2.

¹ Commission Memorandum, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79, COM (79) 210 final, point 26.

APARIȚIA ȘI EVOLUȚIA POLITICII EXTERNE ȘI DE SECURITATE COMUNĂ DIN PRISMA TRATATELOR MODIFICATOARE ALE U.E

Liviu Rareș CHIRIAC¹

ABSTRACT

Scopul acestei lucrări este de a face o retrospectivă a principalelor instrumente juridice care modifică politica externă și de securitate comună a Uniunii Europene dar și de a consemna, totodată evoluția acestei politici din prisma Tratatelor modificatoare ale Uniunii Europene.

Astfel, lucrarea tratează politica externă și de securitate comună, încă din stadiile precursore acesteia, când purta denumirea de Cooperare politică Europeană, așa cum a fost intitulată în Actul Unic European intrat în vigoare în anul 1987, până la forma desăvârșită pe care a dobândit-o în zilele noastre în urma adoptării Tratatului de la Lisabona, adoptat în 2009, tratat care transformă politica externă și de securitate comună din pilon al Comunității Europene, într-o veritabilă politică a Uniunii Europene.

În ceea ce privește obiectivele care au impulsivat apariția studiului de față, acestea sunt în principal două la număr: dorința de a realiza o incursiune în dezvoltarea istorică, din punct de vedere juridic, al uneia dintre politicile Uniunii Europene – incursiune care să dezvolte pe larg fiecare etapă parcursă de politica studiată din momentul concepției până la momentul actual - și redarea în mod clar și concis a principalelor inovații, îmbunătățiri, aduse de fiecare instrument juridic analizat la construcția denumită politica externă și de securitate comună.

CUVINTE CHEIE: *Uniunea Europeană, Tratatul de la Maastricht, politica externă și de securitate comună, Tratatul de la Lisabona, Înalțul Reprezentant pentru politica externă și de securitate comună.*

INTRODUCERE

Studiul de față abordează problematica politicii externe și de securitate comună a Uniunii Europene, din perspectiva tratatelor modificatoare. Având în vedere faptul că Uniunea Europeană, în stadiul incipient prevăzut de tratatele de la Paris și Roma, era o alăturare de state al căror obiectiv inițial era mai mult economic, nu se putea vorbi, la acel moment, de obiective de politică externă. Aceste deziderate au fost statuate, sau mai bine zis, ridicate la rang de politică a Comunităților Europene, abia după semnarea și intrare în vigoare a Actului Unic European.

Importanța studiului este predominant juridică, la îndemâna oricărui absolvent de facultate de Drept, cu atât mai mult celor care vor să se specializeze în domeniul Dreptului public. În strânsă legătură cu importanța și scopul studiului se află și obiectivele acestuia care urmăresc, în principiu, două direcții:

- realizarea unui studiu detaliat, referitor la apariția și dezvoltarea treptată a politicii externe și de securitate comună;
- redarea în mod clar și concis a principalelor inovații, îmbunătățiri, aduse de fiecare instrument juridic, acestei politici.

Tema nu este nouă, a mai fost analizată în diferite lucrări de specialitate, însă am dorit ca, în acelast studiu, să adun cele mai noi opinii doctrinare, mai ales din pricina faptului că Tratatul de la Lisabona aduce multe modificări politicii externe și de securitate comună, modificări demne de trecut în revistă.

¹ Masterand, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: chiriac_rares2000@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea prof. univ. dr. Augustin Fuerea (augustin.fuerea@univnt.ro).

1. Scurt istoric în materia cooperării europene

Pentru o lungă perioadă de timp, după încheierea celui de al Doilea Război Mondial, securitatea europeană a fost asigurată în cooperare cu Statele Unite ale Americii și aliații NATO, care au reprezentat în mod preponderent garanția institutiei apărării. Căderea „cortinei de fier” și sfârșitul „războiului rece” între URSS și SUA, au condus la modificarea raportului de forțe, deschizând noi șanse apărării și cooperării internaționale¹.

Deși, încă de la încheierea celui de-al doilea război mondial, Europa era preocupată de obținerea unei anumite independențe politice, încercările ulterioare nu s-au soldat pentru mult timp cu rezultate palpabile².

Stabilirea unei cooperări europene în sfera apărării comune s-a încercat, de către cei șase membri fondatori ai CECO, încă din anii 1950. Crearea Comunității europene de Apărare, al cărei tratat a fost semnat la 25 mai 1952, s-a soldat cu un eșec după votul negativ al Franței, din 1954. Tot în acest an a fost instituită Uniunea Europei Occidentale, organizație europeană cu atribuții în apărarea colectivă și securitate care a fost desființată, în final, după 50 de ani de funcționare³.

De aceea, Tratatul de la Roma (1957) a conferit Comunității Economice Europene competențe doar în domeniul economic. O bună perioadă de timp, forța politică a CEE - în calitate de entitate distinctivă - a fost redusă, ea jucând un rol nesemnificativ în soluționarea problemelor sensibile ale vieții internaționale⁴.

Cu toate acestea, ideea de acțiune comună în domeniile politicii externe și a securității a continuat în pofida acestui eșec, fiind statornicită însă în anul 1970 în cadrul reuniunii miniștrilor afacerilor externe ai statelor membre ale Comunităților Europene, de la Luxemburg.

2. Actul Unic European

Un prim pas către oficializarea cooperării europene a fost făcut în cadrul reuniunii miniștrilor afacerilor externe ai statelor membre ale Comunităților Europene, de la Luxemburg din anul 1970, când a fost prezentat raportul Davignon, ce marca începutul Cooperării Politice Europene (CPE). La baza acesteia, raportul așeza trei principii fundamentale:

- conferirea unei forme tangibile voinței de uniune politică a țărilor membre;
- introducerea în sfera politică a unor dezvoltări similare politicilor comune deja implementate în alte sfere ale integrării;
- și asumarea de către Europa a responsabilităților mondiale corespondente rolului său crescând și coeziunii sale sporite⁵.

Cooperarea a fost extinsă prin Actul Unic European, semnat în anul 1986 și intrat în vigoare în 1987. Cooperarea politică europeană consta în consultări periodice între miniștri afacerilor externe și în contacte permanente dintre administrațiile acestora. Ei conveniseră să se informeze reciproc cu privire la orice problemă importantă de politică externă, să ajungă la un punct de vedere comun și, în măsura în care este posibil, să adopte o poziție comună. Orice decizie trebuia luată cu unanimitate de voturi. Problemele ce priveau securitatea se limitau însă la aspectele politice și economice⁶.

¹ Grațîela Buru, *Uniunea Europeană: de la Roma la Lisabona*, (București, Economica, 2012), p. 212.

² Gheorghiu Prisăcaru, Valeriu Potecea, Georgiana Surdu, *Politici comune ale Uniunii Europene*, (București, Universitară, 2011), p. 254.

³ Grațîela Buru, *Uniunea Europeană: de la Roma la Lisabona*, (București, Economica, 2012), p. 213.

⁴ Gheorghiu Prisăcaru, Valeriu Potecea, Georgiana Surdu, *Politici comune ale Uniunii Europene*, (București, Universitară, 2011), p. 254.

⁵ Politica europeană de securitate și apărare - element de influențare a acțiunilor României în domeniul politicii de securitate și apărare – Studiul nr. 4, www.ier.ro.

⁶ Fureea Augustin, *Manualul Uniunii Europene*, (București, Universul Juridic, 2010), p. 257.

Importanța acordată cooperării politice este dublată de menționarea obiectivului comun în chiar primul paragraf al art. 30 al Actului Unic European. Conform acestuia, Înaltele Părți contractante vor “depune eforturi comune de a formula și pune în aplicare o politică externă europeană.”

Al doilea paragraf consfințește regula consultării tuturor statelor membre în luarea deciziilor, dar și obligație fiecărui stat semnatar de a lua în considerare “pozițiile celorlalți parteneri”.

Principiul prin care trebuiau adoptate deciziile prin consens. Astfel, conform art. 30 din AUE, “Înaltele Părți Contractante, în măsura în care este posibil, evită să ia măsuri care ar putea împiedica realizarea unui consens și a acțiunii comune pe care l-ar produce acesta”.

Paragrafele 7 și 9 prevăd posibilitatea statelor membre de a adopta hotărâri în cadrul organizațiilor internaționale și cooperarea între reprezentanții acreditați în țările terțe și cei de pe lângă organizațiile internaționale. Președenția cooperării politice trebuia să fie asigurată de statul care exercita președenția Consiliului Comunităților¹.

În ceea ce privește secretariatul cooperării politice, acesta era asigurat până la Actul Unic European, de o președinție care se exercita prin rotație. AUE a permis crearea unui secretariat politic, instalat la Bruxelles².

3. Tratatul de Maastricht

O oarecare oficializare și transformare în deziderat pentru construcția europeană, a cooperării statelor membre, în domeniile de politică externă și de securitate comună, a fost realizată prin Actul Unic European. Cu toate acestea, dezideratul cooperării nu avea o formă completă, iar din punct de vedere instituțional, structura acesteia era destul de fragilă³.

În contextul european, premergător semnării tratatului de la Maastricht, două evenimente rețin atenția:

1. Consiliul European de la Strasbourg – 8,9 decembrie 1989;
2. Consiliul European de la Dublin – 18 aprilie 1990.

În cadrul Consiliului european de la Strasbourg s-a stabilit realizarea unei Conferințe Interguvernamentale, sub auspiciile autorităților italiene, înainte de sfârșitul anului 1990, în care se dorea finalizarea discuțiilor și adoptarea unei soluții asupra Uniunii Economice și Monetare⁴.

În ceea ce privește Consiliul European de la Dublin, acesta stabilea ca imperativ “continuarea dezvoltării dinamice a Comunității, nu doar din cauza faptului că aceasta corepunde intereselor directe ale celor 12 state membre, ci și pentru că a devenit un element crucial în progresul continuu – ce se realiza la acea dată – în stabilirea unei rețele de apărare pentru pace și

securitate în Europa.”⁵ Așadar Consiliul European de la Dublin susținea continuarea dezideratelor către o Europă unită, “așa cum au fost prevăzute în Actul Unic European.”⁶

În concluzie, în urma celor două consilii europene, au fost convocate simultan, în decembrie 1990, două Conferințe interguvernamentale: una privind reforma Uniunii Economice și Monetare, și cealaltă privind reforma Uniunii politice europene.

Cu toate acestea, momentul cheie care a stat la baza adoptării Tratatului de la Maastricht, a fost Consiliul European de la Luxembourg, din 28-29 iunie 1991, care a reunit și a pus în discuție

¹ Fuerea Augustin, *Manualul Uniunii Europene*, (București, Universul Juridic, 2010), p. 47.

² *Idem*, p. 47.

³ Prin AUE, s-a stabilit doar un Secretariat al Cooperării Politice Europene, cu sediul la Bruxelles.

⁴ Conform concluziilor președenției Consiliului European de la Strasbourg, act nr. 441/2/89 - <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions/archives-1992-1975>.

⁵ Conform concluziilor președenției Consiliului European de la Dublin, act nr. 46/3/90 - <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions/archives-1992-1975>.

⁶ *Idem*.

concluziile celor două Conferințe Interguvernamentale. În cadrul Consiliului, a fost acceptată propunerea luxemburgheză, ca bază de pornire a discuțiilor pentru ceea ce avea să devină Tratatul de la Maastricht.

În urma Consiliului European de la Maastricht, având la bază textele a ceea ce s-a dorit a fi tratate asupra Uniunii politice și asupra Uniunii Economice și Monetare, părțile prezente la negocieri, și-au dat acordul asupra “Tratatului Uniunii Europene”¹.

Tratatul aduce modificări de tip inovativ, reprezentând un important pas către construcția europeană de astăzi. Modificările cele mai importante au avut în vedere Tratatul instituiind Comunitatea Europeană, Comunitate ale cărei obiective sunt redefinite, ținând cont de modificările aduse competențelor comunitare și în care au fost introduse mai multe schimbări instituționale. Celelalte două Tratamente institutive (CECA și Euratom) nu au fost modificate decât în măsura necesară punerii în acord a dispozițiilor instituționale conținute, cu schimbările aduse Tratatului CE².

În ceea ce privește Politica Externă și de Securitate comună, statele semnatare convin “să pună în aplicare o politică externă și de securitate comună, care să cuprindă stabilirea, în perspectivă, a unei politici de apărare comune, care ar putea conduce, la momentul potrivit, la o apărare comună, consolidând astfel identitatea și independența Europei, cu scopul de a promova pacea, securitatea și progresul în Europa și în lume”³.

De reținut că este vorba de o politică externă „comună” și nu „unică”⁴.

Obiectivele stabilite de tratat sunt definite de art. 11. Aceste sunt următoarele:

- salvagardarea valorilor comune, a intereselor fundamentale și a independenței Uniunii;
- consolidarea securității Uniunii și a statelor sale membre, sub toate formele;
- menținerea păcii și întărirea securității internaționale, în conformitate cu principiile Cartei Organizației Națiunilor Unite, precum și cu principiile Actului Final de la Helsinki și cu obiectivele Cartei de la Paris;
- promovarea cooperării internaționale;
- dezvoltarea și consolidarea democrației și a statului de drept, precum și respectarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Pentru a asigura continuitatea și dezvoltarea obiectivelor Uniunii, Tratatul de la Maastricht a introdus ca obligație în sarcina statelor de a susține “activ și fără rezerve, politica externă și de securitate a Uniunii, într-un spirit de loialitate și de solidaritate reciprocă”. De asemenea, statele “se abțin de la orice acțiune contrară intereselor Uniunii sau susceptibilă de a dăuna eficacității sale ca forță coerentă în relațiile internaționale”⁵. Conform aceluiași paragraf, Consiliul este garantul respectării acestor obligații. Tot Consiliul este cel care stabilește o poziție comună asupra problemelor de politică externă și securitate comună, atunci când este cazul (art. J.2, paragraful (2)).

Pozițiile comune sunt luate în cadrul Consiliului, pe “baza orientărilor generale ale Consiliului European”, cel dintâi care dintre aceste poziții trebuie adoptate cu majoritate calificată. Același articol – J.3 -, mai stabilește la par. (4) că “acțiunile comune angajează statele membre în luările lor de poziție și în conducerea acțiunii lor”.

Tot referitor la Consiliu, art. J.5 statuează că Președinția Uniunii – adică statul care deține președinția în Consiliu –, este cea care “reprezintă Uniunea în problemele care privesc politica externă și de securitate comună”, și exprimă în principiu “poziția Uniunii în organizațiile

¹ Conform concluziilor președinției Consiliului European de la Maastricht, act nr. 271/1/91 - <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions/archives-1992-1975>.

² Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, ediția a 3-a, (Paris, L.G.D.J., 1999), p.24.

³ Conform preambulului Tratatului de la Maastricht.

⁴ Gheorghe Prisăcaru, Valeriu Potecea, Georgiana Surdu, *Politici comune ale Uniunii Europene*, (București, Universitară, 2011), p. 255.

⁵ Articolul J.1, paragraful (4) din Tratatul de la Maastricht.

internaționale și în cadrul conferințelor internaționale.” Președinția Uniunii poate fi secondată la îndeplinirea acestor sarcini de președinția anterioară, dar și de cea viitoare. Un rol important îi este acordat Comisiei prin art. J.5, par. (3), care asociază “pe deplin” Comisia la îndeplinirea acestor sarcini.

Un alt organism implicat în elaborarea și aplicare deciziilor Uniunii a fost stabilit ca fiind Uniunea Europei Occidentale (UEO). Aceasta avea însă atribuții doar în ce privește acele decizii și acțiuni ce aveau implicații în domeniul apărării.

Tratatul de la Maastricht a prevăzut de asemenea respectarea obligațiilor ce cad în sarcina statelor semnatare și care sunt rezultatul participării acestora în cadrul altor organizații internaționale. Mai mult, prevederile tratatului nu se opun “dezvoltării unei cooperări mai strânse între două sau mai multe state membre la nivel bilateral, în cadrul UEO și al Alianței Atlantice, în măsura în care această cooperare nu contravine cooperării menționate de prezentul titlu – Titlul V – și nici nu o îngrădește¹”.

3. Tratatul de la Amsterdam

În ceea ce privește Politica externă și de securitate comună, Tratatul de la Amsterdam începe Titlul V consacrat acestui pilon, prin reiterarea și completarea scopului dezideratului de securitate și apărare comună²:

– “apărarea valorilor comune, a intereselor fundamentale, a independenței și integrității Uniunii, în conformitate cu principiile Cartei Organizației Națiunilor Unite;

– consolidarea securității Uniunii sub toate formele; menținerea păcii și consolidarea securității internaționale, în conformitate cu principiile Cartei Organizației Națiunilor Unite, precum și cu principiile Actului final de la Helsinki și cu obiectivele Cartei de la Paris, inclusiv cele privind frontierele externe;

– promovarea cooperării internaționale;

– dezvoltarea și consolidarea democrației și a statului de drept, precum și respectarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.”

Spiritul în care aceste obiective vor fi îndeplinite este cel al “loialității și solidarității reciproce”, statele fiind obligate să “sprijine activ și fără rezerve politica externă și de securitate a Uniunii, în spiritul loialității și solidarității reciproce” dar și să “se abțină de la orice acțiune contrară intereselor Uniunii sau care ar putea dăuna eficacității sale ca forță de coeziune în relațiile internaționale”.

Instituția îndrituită să vegheze la respectarea acestor principii era Consiliul.

În ceea ce privește obiectivele PESC, art. J.2 statuează că “Uniunea urmărește obiectivele prevăzute la articolul J.1:

– prin definirea principiilor și orientărilor generale ale politicii externe și de securitate comune;

– prin stabilirea strategiilor comune;

– prin adoptarea acțiunilor comune;

– prin adoptarea pozițiilor comune;

– prin consolidarea cooperării sistematice dintre statele membre privind orientarea politicii acestora.”

În ceea ce privește definirea *principiilor și orientărilor generale comune* dar și a *strategiilor comune*, aceasta revine în sarcina Consiliului European. Cu toate acestea factorul decizional în

¹ Conform art. J.4, par. (5) din Tratatul de la Maastricht.

² Conform art. J.1 din Tratatul de la Amsterdam.

materie de politică externă și securitate comună era Consiliul care “asigura unitatea, coerența și eficiența acțiunii Uniunii”.

Acțiunile comune priveau anumite situații în care o acțiune “operațională a Uniunii este considerată necesară”. Acestea stabileau obiectivele, importanța, mijloacele care trebuiau puse la dispoziția Uniunii, condițiile privind punerea lor în aplicare și, dacă era cazul, durata lor. Acestea angajau statele în luările lor de poziții și în desfășurarea acțiunilor lor.

Cu privire la *pozițiile comune* acestea defineau “poziția Uniunii într-o anumită chestiune de natură geografică sau tematică”. Statele membre trebuiau să asigure conformitatea politicilor lor naționale cu pozițiile comune.

Tot de politică externă și de securitate comună, aparțineau și problemele privind “misiunile umanitare și de evacuare, misiunile de menținere a păcii și misiunile forțelor combatante pentru gestionarea crizelor, inclusiv misiunile de restabilire a păcii¹” sau cooperarea în materie de armament.

Un nou concept introdus de Tratatul de la Amsterdam este *abținerea constructivă* care presupunea ca abținerile membrilor în Consiliu să nu afecteze adoptarea unei decizii – adoptare care ca formulă de vot, în ceea ce privea deciziile în materie de politică externă și de securitate comună era tot unanimitatea – , atât timp cât numărul celor care se abțineau nu depășea o treime. Fiecare membru al Consiliului care se abținea de la vot își putea justifica abținerea printr-o declarație oficială, care îi permitea să nu pună în aplicare decizia, dar accepta faptul că decizia angaja Uniunea.

“În spiritul solidarității reciproce, statul membru în cauză se abține de la orice acțiune care ar putea intra în conflict sau împiedica acțiunea Uniunii întemeiată pe decizia respectivă, iar celelalte state respectă poziția sa. În cazul în care membrii Consiliului care își justifică abținerea printr-o astfel de declarație reprezintă mai mult de o treime din voturile ponderate în conformitate cu articolul 148 alineatul (2) din Tratatul de instituire a Comunității Europene, decizia nu se adoptă”².

Această procedură nu se aplica însă și deciziilor cu implicații militare sau în domeniul apărării. Cu privire la problemele de procedură, Consiliul hotăra cu majoritatea membrilor săi.

A fost însă implementată, ca modalitate de vot încălcarea de urgență, când adoptarea poate fi luată prin vot majoritar calificat (precum adoptarea unor acțiuni comune), un stat membru poate să-și declare opoziția față de adoptarea unei astfel de decizii “din cauza unor importante rațiuni de politică națională”. Într-un asemenea caz, Consiliul poate decide prin vot majoritar calificat pentru a supune problema Consiliului European care ar urma să decidă apoi unanim asupra problemei, dacă să se întreprindă sau nu o acțiune³.

Tratatul de la Amsterdam a introdus și noua funcție de Înalt Reprezentant pentru Politică externă și de securitate comună. Alături de Președintele Consiliului și de Comisie, acesta reprezenta Uniunea europeană în organizațiile și conferințele internaționale⁴. Această funcție a fuzionat cu aceea de Secretar General al Consiliului⁵.

În iunie 2000, prin decizia Consiliului European de la Köln, această funcție a fost ocupată de Javier Solana, fost secretar al NATO. De menționat că el a fost concomitent și secretar general al Consiliului Uniunii Europei Occidentale (UEO)⁶.

¹ art. J.7 din Tratatul de la Amsterdam

² Art. J. 13 Tratatul de la Amsterdam

³ http://circa.europa.eu/irc/opoce/fact_sheets/info/data/relations/cfsp/article_7233_ro.htm

⁴ Conform art. J.16 din Tratatul de la Amsterdam:

“Secretarul general al Consiliului, Înalt reprezentant pentru politica externă și de securitate comună, sprijină Consiliul în legătură cu problemele de politică externă și de securitate comună, contribuind în special la formularea, elaborarea și punerea în aplicare a deciziilor politice și, dacă este cazul, acționând în numele Consiliului și la cererea președinției, prin organizarea dialogului politic cu terții.”

⁵ http://circa.europa.eu/irc/opoce/fact_sheets/info/data/relations/cfsp/article_7233_ro.htm

⁶ Ghiorgbi Prisăcaru, Valeriu Potecea, Georgiana Surdu, *Politici comune ale Uniunii Europene*, (București, Universitară, 2011), p. 260.

În ceea ce privește legăturile dintre Uniunea Europeană și Uniunea Europeană Occidentală (UEO), Tratatul de la Amsterdam urmărește să clarifice natura acestor relații. Astfel, este stabilit că UE va utiliza UEO pentru punerea în aplicare a deciziilor cu implicații de apărare și că UE va elabora linii directoare politice pentru astfel de situații. Cu toate acestea, în urma Consiliului European de la Köln din 1999 pentru consolidarea politicii europene de securitate și de apărare a UE, UEO se afla deocamdată în tranziție. În noiembrie 2000 la Marsilia, Consiliul de miniștri al UEO a decis menținerea unui secretariat minim pentru a asigura că funcțiile și structurile UEO pot răspunde încă angajamentelor statelor membre în conformitate cu Tratatul modificat de la Bruxelles din 1954. Reuniunile Consiliului de Miniștri al UEO de la Oporto din mai 2000 și de la Marsilia din noiembrie 2000 au înlesnit transferul către UE a funcțiilor UEO necesare pentru realizarea misiunilor de tip Petersberg¹. În consecință, sediul UEO a fost închis iar personalul său demobilizat².

Un rol important privind direcțiile de urmat în privința politice externe și de securitate comune îl are Parlamentul European. Conform art. J.11 din Tratatul de la Amsterdam, "Președinția consultă Parlamentul European în legătură cu principalele aspecte și cu opțiunile

fundamentale referitoare la politica externă și de securitate comună și ia măsuri pentru a se ține seama întocmai de punctele de vedere ale Parlamentului European. Parlamentul European este informat cu regularitate de președinție și de Comisie în legătură cu evoluția politicii externe și de securitate a Uniunii."

De asemenea "Parlamentul European poate adresa întrebări sau formula recomandări Consiliului. Parlamentul European organizează anual o dezbatere privind progresele înregistrate în punerea în aplicare a politicii externe și de securitate comună".

La nivel instituțional este creat un Comitet Politic care "urmărește situația internațională în domeniile politicii externe și de securitate comună și contribuie la definirea politicilor prin emiterea de avize adresate Consiliului, la cererea acestuia sau din proprie inițiativă. El supraveghează de asemenea punerea în aplicare a politicilor stabilite, fără a aduce atingere competențelor președinției și Comisiei."

Unitatea de planificare a politicilor și de alertă rapidă a fost creată Prin declarația din anexa la Tratatul de la Amsterdam a fost creată Unitatea de planificare a politicilor și de alertă rapidă. Sarcinile sale principale în cadrul PESC sunt:

- monitorizarea și analiza evoluțiilor și evaluarea fără întârziere a acestora, cu transmiterea de avertismente rapide;
- evaluarea intereselor Uniunii și identificarea unor domenii principale de acțiune aplicabile în viitor pentru PESC;
- elaborarea de modele conceptuale politice justificate ca o contribuție la formularea politicilor în cadrul Consiliului;
- asistența politică directă în beneficiul Înalțului Reprezentant³.

În ceea ce privește cheltuielile administrative care revin instituțiilor în temeiul dispozițiilor stabilite prin tratat sunt acoperite din bugetul Comunităților Europene.

4. Tratatul de la Nisa

Tratatul de la Nisa a constituit o importantă piatră de hotar pentru evoluția instituțională a Uniunii Europene, mai ales din perspectiva extinderii acesteia, plecând de la un număr inițial de 6

¹ Aceste misiuni includ: misiuni umanitare și de salvare, misiuni de menținere a păcii și misiunile forțelor de luptă pentru gestionarea crizelor, inclusiv instaurarea păcii. Acestea au devenit parte a PESC și a politicii comune de apărare. Toate statele membre ale Uniunii pot participa la aceste misiuni (cu excepția Danemarcei, care dispune de o clauză de neparticipare în ceea ce privește apărarea, în conformitate cu Protocolul 5 la Tratatul de la Amsterdam).

² http://circa.europa.eu/irc/opoce/fact_sheets/info/data/relations/cfsp/article_7233_ro.htm

³ http://circa.europa.eu/irc/opoce/fact_sheets/info/data/relations/cfsp/article_7190_ro.htm

state membre. Astfel, era necesară o consolidare a instituțiilor existente pentru a eficientiza funcționarea acestora dar mai ales pentru adaptarea lor la realitățile impuse de o Uniune aflată într-o permanentă schimbare.

Tratatul de la Nisa consacră militarizarea Uniunii Europene¹.

Se prevede necesitatea punerii la punct a unei forțe de management a situațiilor de criză care să intervină cât mai repede posibil. Scopul declarat este acela de a evita ca un conflict să se declanșeze și să se transforme în războaie de proporții, având consecințe dezastruase, urmate și de creșterea numărului refugiaților în Europa².

Conform art. 15, par. (1) al Tratatului, „politica externă și de securitate comună cuprinde toate aspectele referitoare la securitatea Uniunii, inclusiv definirea progresivă a unei politici de apărare comune, care ar putea conduce la o apărare comună, în cazul în care Consiliul decide astfel. În acest caz, Consiliul recomandă statelor membre să adopte o decizie în acest sens, în conformitate cu cerințele lor constituționale”. Rămâne valabilă dispoziția din tratatele anterioare care statuează concordanța acestei politici cu cele rezultate din Tratatul Atlanticului de Nord sau din alte tratate la care statele membre sunt parte, atât timp cât nu sunt în conflict cu politica Uniunii.

În ceea ce privește obiectul acțiunilor militare ale Uniunii acestea sunt consfințite de par. (2) ale art. 17 din Tratat și se rezuma la așa numitele acțiuni Petersberg: misiunile umanitare și de evacuare, misiunile de menținere a păcii și misiunile cu forțe combative pentru gestionarea crizelor, inclusiv misiunile de restabilire a păcii.

La art. 23, alin. (2), primul paragraf, se mai adaugă ca modalitate de adoptare cu majoritate calificată a nimirii Reprezentantului special pentru politică externă și de securitate comună.

Art. 24 din Tratat prevede ca pentru situațiile în care „este necesar să se încheie un acord cu unul sau mai multe state membre sau organizații internaționale, Consiliul poate autoriza președinția, sprijinită de Comisie dacă este cazul, să angajeze negocieri în acest scop. Astfel de acorduri se încheie de către Consiliu, la recomandarea președinției.”

Dacă acest acord se referea la una din chestiunile pentru care era necesară unanimitatea ca măsură de adoptare a deciziei respective, atunci Consiliul trebuia să decidă cu unanimitate în privința încheierii acordului. Pe de altă parte, dacă acordul respectiv privea punerea în aplicare a unei acțiuni comune sau a unei poziții comune, atunci Consiliul decidea cu majoritatea calificată.

Niciun acord nu putea fi izvor de obligații pentru un stat membru al cărui reprezentant în Consiliu declara că trebuia să se conformeze exigențelor constituționale proprii; restul membrilor Consiliului puteau decide, totuși, aplicarea provizorie a acordului.

Art. 25 din Tratat instituie un Comitet politic și de securitate care avea ca prerogative controlul politic și conducerea strategică a operațiunilor de gestionare a crizelor, urmărirea situația internațională în domeniile care țin de politica externă și de securitate comună și contribuia la definirea politicilor emițând avize adresate Consiliului, la cererea acestuia sau din proprie inițiativă. De asemenea Comitetul supraveghea punerea în aplicare a politicilor convenite, fără a aduce atingere competențelor președinției și ale Comisiei.

Cu toate acestea, Consiliul putea autoriza comitetul ca, în vederea unei operațiuni de gestionare a crizei și pe durata acesteia, în conformitate cu cele stabilite de Consiliu, să ia deciziile corespunzătoare de control politic și de conducere strategică a operațiunii, fără a aduce atingere dispozițiilor articolului 47.

5. Tratatul de la Lisabona

Putem afirma fără tăgadă că Tratatul de la Lisabona a fost unul dintre cele mai importante instrumente juridice din istoria acestei construcții comunitare. Printre cele mai importante modificări

¹ Fuerea Augustin, *Manualul Uniunii Europene*, (București, Universul Juridic, 2010), p. 73.

² Fuerea Augustin, *Manualul Uniunii Europene*, (București, Universul Juridic, 2010), p. 73.

putem aminti dobândirea personalității juridice de către Uniune, consolidarea caracterului democratic al Uniunii dar și a valorilor fundamentale ale acesteia prin reorganizarea instituțiilor și a modului de funcționare a acestora, dar și extinderea contribuției Parlamentelor naționale, împreună cu Parlamentul European, în ceea ce privește procesul decizional al Uniunii Europene. Această măsură a fost dublată de informarea cetățenilor cu privire la deciziile adoptate de ministrii la nivelul Uniunii, dar și de crearea posibilității acestora de a participa la procesul decizional.

În ceea ce privește politica externă și de securitate comună, Tratatul de la Lisabona urmărește să consolideze rolul Uniunii pe plan internațional. Reformele introduse prin tratat au astfel ca obiectiv îmbunătățirea coerenței și sporirea vizibilității politicii externe și de securitate comună (PESC) a Uniunii Europene.

Tratatul de la Lisabona introduce inovații în două mari domenii:

- crează postul de Înalț Reprezentant al Uniunii pentru afaceri externe și politica de securitate și Serviciul European de Acțiune Externă;
- dezvoltă politica de securitate și apărare comună.

Cu privire la Înalțul Reprezentant al Uniunii pentru afaceri externe și politica de securitate trebuie menționat că acesta este numit cu majoritate calificată de către Consiliul European, cu acordul prealabil al Comisiei. Acesta conduce politica externă și de securitate comună a Uniunii, și o aduce la îndeplinire în calitate de împuternicit al Consiliului. Mandatul Înalțului Reprezentant poate fi revocat în aceleași condiții ca pentru numirea în funcție.

Se poate observa că o dată cu înlocuirea Înalțului Reprezentant pentru PESC și a Comisarului pentru relații externe, atribuțiile acestora revin Înalțului Reprezentant al Uniunii pentru afaceri externe și politica de securitate.

Conform art. 9E, par. (4), “Înalțul Reprezentant este unul dintre vicepreședinții Comisiei”. În această capacitate, împreună cu președintele și ceilalți membri ai Comisiei, acesta este supus votului de aprobare al Parlamentului European. Tratatul privind UE precizează că, în cazul în care o moțiune de cenzură împotriva Colegiului este votată de Parlament, Înalțul Reprezentant trebuie să renunțe la funcțiile pe care le exercită în cadrul Comisiei. A contrariu, acesta își păstrează responsabilitățile pe care le are în cadrul Consiliului până la formarea unei noi Comisii¹. De asemenea, “acesta asigură coerența acțiunii externe a Uniunii. Acesta este însărcinat, în cadrul Comisiei, cu responsabilitățile care îi revin acesteia din urmă în domeniul relațiilor externe și cu coordonarea celorlalte aspecte ale acțiunii externe a Uniunii²”.

În materie de PESC, statele membre și Înalțul Reprezentant pentru afaceri externe și politica de securitate posedă dreptul de inițiativă. Înalțul Reprezentant exercită acest drept cu sprijinul Comisiei. În plus, Înalțul Reprezentant informează și consultă în mod regulat Parlamentul European cu privire la punerea în aplicare a PESC. Acesta trebuie îndeosebi să se asigure că opiniile Parlamentului sunt luate în considerare în mod corespunzător³.

În ceea ce privește Serviciul European de Acțiune Externă, acesta îl asistă pe Înalțul Reprezentant în exercitarea atribuțiilor sale. Fundamentul juridic al acestui serviciu se regăsește în art. 27, par. (3) din Tratatul privind UE. Funcționarea și organizarea acestuia sunt stabilite printr-o decizie a Consiliului care hotărăște pe baza unei propuneri a Înalțului Reprezentant. Consiliul a aprobat în octombrie 2009 liniile directe care cu privire la rolul și funcționarea acestui Serviciu.

În conformitate cu aceste linii directe, Serviciul European de Acțiune Externă se află sub autoritatea Înalțului Reprezentant. Acesta din urmă se bazează pe activitatea acestui Serviciu pentru elaborarea propunerilor referitoare la politica externă a Uniunii și pentru punerea în aplicare a deciziilor adoptate de Consiliu în acest domeniu. Serviciul poate fi totodată pus la dispoziția

¹ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0009_ro.htm

² art. 9E, par. (4), Tratatul de la Lisabona

³ art. 21, par. (a), Tratatul de la Lisabona.

președintelui Consiliului European, a președintelui Comisiei și a celorlalți comisari pentru chestiunile referitoare la politica externă a UE¹.

Tratatul de la Lisabona aduce o modificare a tipurilor de acte ce pot fi adoptate în domeniul PESC. Instrumentele anterioare, cum sunt strategiile comune, pozițiile comune și acțiunile comune, sunt înlocuite. De acum înainte, Consiliul European și Consiliul adoptă numai decizii referitoare la:

- interesele și obiectivele strategice ale Uniunii;
- acțiunile care trebuie întreprinse de către Uniune;
- pozițiile care trebuie luate de către Uniune;
- modalitățile de punere în aplicare a acțiunilor și pozițiilor Uniunii.

Trebuie reamintit că niciun act legislativ nu poate fi adoptat în domeniul PESC.

Conform art. 10 din tratat (2) “Uniunea definește și desfășoară politici comune și acțiuni și acționează pentru asigurarea unui nivel înalt de cooperare în toate domeniile relațiilor internaționale, în scopul:

(a) apărării valorilor, a intereselor fundamentale, a securității, a independenței și integrității sale;

(b) consolidării și sprijinirii democrației, a statului de drept, a drepturilor omului și a principiilor dreptului internațional;

(c) menținerii păcii, prevenirii conflictelor și consolidării securității internaționale, în conformitate cu scopurile și principiile Cartei Organizației Națiunilor Unite, precum și cu principiile Actului final de la Helsinki și cu obiectivele Cartei de la Paris, inclusiv cele privind frontierele externe;

(d) promovării dezvoltării durabile pe plan economic, social și de mediu a țărilor în curs de dezvoltare, cu scopul primordial de a eradica sărăcia;

(e) încurajării integrării tuturor țărilor în economia mondială, inclusiv prin eliminarea treptată a barierelor în calea comerțului internațional;

(f) participării la elaborarea unor măsuri internaționale pentru conservarea și îmbunătățirea calității mediului și gestionarea durabilă a resurselor naturale mondiale, în vederea asigurării unei dezvoltări durabile;

(g) acordării de asistență populațiilor, țărilor și regiunilor care se confruntă cu dezastre naturale sau provocate de om; și

(h) promovării unui sistem internațional bazat pe o cooperare multilaterală mai puternică și pe o bună guvernare globală”².

Tratatul de la Lisabona nu aduce modificări semnificative procesului de luare a deciziilor în domeniul PESC. Astfel, Consiliul European este instituția responsabilă de definirea orientărilor generale și a strategiilor UE. Pe această bază, Consiliul UE este apoi responsabil de elaborarea și de punerea în practică a măsurilor de aplicare.

Mai mult, unanimitatea rămâne regula generală pentru adoptarea deciziilor în Consiliu și în Consiliul European în ceea ce privește PESC. Cu toate acestea, Tratatul de la Lisabona introduce o clauză pasarelă specifică care se aplică la PESC în ansamblu, excepție făcând deciziile cu implicații militare sau luate în domeniul apărării. Datorită acestei clauze pasarelă, Consiliul European poate autoriza Consiliul să hotărască cu majoritate calificată în favoarea adoptării anumitor măsuri.

De asemenea, articolul 31 din Tratatul privind UE prevede alte patru excepții în cazul cărora Consiliul se pronunță cu majoritate calificată.

Cu privire la Curtea de Justiție, Tratatul de la Lisabona prevede necompetența de principiu a acesteia în domeniul politicii externe și de securitate comună (articolul 24 din Tratatul privind UE).

Cu toate acestea, el prevede două excepții în care Curtea de Justiție poate exercita un control jurisdicțional:

¹ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0009_ro.htm

² art. 10A, par. (2) Tratatul de la Lisabona

- controlarea legalității măsurilor restrictive luate de Uniune împotriva persoanelor fizice sau juridice (articolul 275 din Tratatul privind funcționarea UE);

- controlarea prevăzută în articolul 40 din Tratatul privind UE și cea referitoare la respectarea atribuțiilor instituțiilor europene în momentul aplicării PESC.

“Mai mult, articolul 218 din Tratatul privind funcționarea UE prevede că un aviz al Curții de Justiție poate fi obținut în ceea ce privește compatibilitatea unui acord internațional cu tratatele fondatoare ale UE”¹.

Modul de finanțare al cheltuielilor privind domeniul PESC, rămâne în mare parte asemănător. Astfel, cheltuielile care au implicații militare sau în domeniul apărării sunt finanțate de statele membre în timp ce toate celelalte cheltuieli sunt finanțate din bugetul UE.

Pe de altă parte, Tratatul de la Lisabona introduce, prin art. 28, noi modalități de finanțare a acestor cheltuieli, pentru o mai bună eficientizare a acestora, dar mai ales pentru o finanțare cât mai rapidă a acestor acțiuni:

- acțiunile comune de politică externă și securitate comună, finanțate din bugetul Uniunii, vor beneficia de o “procedură de finanțare rapidă”, adoptată de Consiliu, după consultarea prealabilă a Parlamentului European;

- acțiunile care cad în sarcina statelor membre pentru finanțare, vor beneficia de un “fond de lansare” constituit din fondurile statelor membre.

Pentru adoptarea procedurii de constituire și de finanțare a fondului de lansare - în special sumele alocate fondului - , a procedurii de administrare a fondului de lansare și a procedurii de control financiar, se menține ca modalitate de vot, majoritatea calificată în cadrul Consiliului, iar pentru acele acțiuni ce nu sunt eligibile a primi finanțare din bugetul Uniunii, Înalțul Reprezentant este împuternicit să folosească fondul de lansare.

CONCLUZII

Așa cum am văzut, politica externă și de securitate comună, a avut o evoluție graduală, de la un tratat la altul. Dacă la început vorbeam doar despre o cooperare politică europeană – după intrarea în vigoare a Actului Unic European -, care nu deținea un cadru instituțional puternic, astăzi suntem în prezența unei adevărate politici, cu un cadru instituțional puternic și un sistem decizional bine stabilit.

Progresele realizate au fost făcute atât din cauza situației pe plan extern la nivel global, dar mai ales din necesitatea izvorâtă de modificările aduse de Tratatul de la Lisabona, mai exact dobândirea personalității juridice de către Uniune.

Cu toate progresele care au fost făcute de-a lungul timpului în domeniul politicii externe și de securitate comună, vorbim totuși de o politică comună, nu unică. Astfel, competența asupra acestei politici, nu se încadrează în niciunul din cele trei mari tipuri de competență recunoscute la nivelul Uniunii – exclusivă, partajată sau de sprijinire – ci este o competență de tip special. Potrivit art. 24 din Tratatul privind Uniunea Europeană, aceasta are o competență în toate domeniile legate de PESC. Ea definește și pune în aplicare această politică, printre altele, prin intermediul președintelui Consiliului European și al Înalțului Reprezentant al Uniunii pentru afaceri externe și politica de securitate, ale căror roluri și statuti au fost recunoscute prin Tratatul de la Lisabona. Cu toate acestea, în niciun caz, UE nu poate adopta acte legislative în acest domeniu. De asemenea, Curtea de Justiție nu are competența să se pronunțe în acest domeniu².

¹ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0025_ro.htm

² http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0020_ro.htm

REFERINȚE BIBLIOGRAFICE

- Fuerea Augustin, *Manualul Uniunii Europene*, (București, Universul Juridic, 2010)
- Ghiorghe Prisăcaru, Valeriu Potecea, Georgiana Surdu, *Politici comune ale Uniunii Europene*, (București, Universitară, 2011)
- Grația Buru, *Uniunea Europeană: de la Roma la Lisabona*, (București, Economica, 2012)
- Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, ediția a 3-a, (Paris, L.G.D.J., 1999)

Site-uri:

- <http://circa.europa.eu/>
- http://europa.eu/legislation_summaries/
- www.ier.ro, Politica europeană de securitate și apărare - element de influențare a acțiunilor României în domeniul politicii de securitate și apărare – Studiul nr. 4

PRINCIPII COMUNE ALE ADMINISTRAȚIEI PUBLICE POTRIVIT MODELULUI EUROPEAN

Laura Roxana COLȚAN ¹

Abstract

Prin această temă urmăresc ca, în cuprinsul acestei lucrări să schițez principalele elemente ale unui potențial model european de administrație publică pornind de la teoria "Weberiana" care o contribuit și a stat la baza fundamentării științei administrației de astăzi alături de modelul împrumutat din tradițiile liberale ale democrațiilor occidentale și să grupez și analizez principiile generale comune ale dreptului administrativ, menționând și unele exemple.

Cuvinte cheie : *model de inspirație "occidental", încredere și previzibilitate, deschidere și transparența, răspundere delictuală, eficiența și eficacitate.*

Introducere

Prin această temă, "Principiile comune ale administrației publice potrivit modelului european" se abordează un domeniu ce nu a primit o reprezentare clară încă de la început a acelor principii care fac parte din modelul european, deși deosebit de valoroase, au fost totuși puțin sistematizate și nu au cuprins până acum sub aceeași cupolă toate principiile comune ale administrației publice.

În cuprinsul lucrării s-a urmărit o scurtă prezentare a administrației de tip "european" în jurul următoarelor aspecte: structuri, mecanisme de acțiune și sisteme de control, în același timp să se facă o grupare și o analizare a principiilor comune ale administrației publice potrivit modelului european, și menționarea unor exemple în cazul încălcării unuia dintre acestea.

Așadar, lucrarea a urmărit să asigure teoreticienilor și practicienilor dreptului o abordare sistemică a principiilor, accentuând un model de inspirație "occidental" care se caracterizează prin următoarele trăsături : este un model împrumutat din tradițiile liberale ale democrațiilor occidentale și din teoria "Weberiana".

Conținutul lucrării

Din ce în ce mai des se pun întrebări în legătură cu modalitățile în care se poate realiza o reală integrare europeană politică, economică, culturală.

Având în vedere funcțiile administrației publice, ca principal instrument de implementare a opțiunilor politico-economice și studiile de știința administrației și drept public comparat, elaborate în multe țări din Europa, s-a pus frecvent întrebarea dacă există, sau dacă poate fi conceput un model european de administrație publică.²

Ceea ce considerăm că s-ar putea pune în discuție și ar fi conform aspirației noastre către perfecțiune, ar fi *identificarea unui pachet de caracteristici comune diferitelor administrații europene, care ar constitui nucleul unei coerențe interne pentru un ipotetic model european, distinct de alte modele posibil de imaginat.*

Modelul "european" de administrație publică poate să fie considerat ca una dintre variantele modelului "occidental", care presupune și alte modele (de exemplu cel de peste Atlantic sau din țările

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (laura.coltan@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof.univ.dr Marta Claudia Cliza (cliza_claudia@yahoo.com)

² **Frank Moderne**, *Exista un model european de administratie publica*, comunicare științifică, Colocviul de la Sofia, nov.1991; **Roxana Munteanu**, *Drept european.Evolutie,institutiile,ordine juridica*, Ed.Oscar Print, Bucuresti, 1996; **Octavian Manolache**, *Drept comunitar*, Ed.All, București, 1996

ex-colonizate, care au reprodus modelul de administrație al puterilor coloniale în Africa, America de Sud).

Modelul de inspirație "occidental" se caracterizează sintetic prin următoarele trasături: este un model împrumutat din tradițiile liberale ale democrațiilor occidentale și din teoria "Weberiana". Din principiile liberalismului care guvernează democrațiile occidentale, "modelul" de administrație publică împrumută anumite caracteristici cunoscute, care privesc, în principal, relațiile dintre puterea politică și administrație.

Tezele de bază ale modelului de inspirație „occidental” de administrație publică sunt subordonarea administrației față de puterea politică și separarea politicului de administrație. Aceste principii antagoniste persistă, dar se neutralizează, rezultând un echilibru relativ (uneori precar).¹

Asigurarea subordonării administrației față de politică, în regimurile occidentale, se face prin mai multe mijloace, dintre care menționăm:

- ✓ existența, în sanul aparatului administrativ, a autorităților a căror recrutare este mai degrabă politică și care fac legătura între puterea politică și administrație (înalți funcționari, recrutați și eventual revocați pe baza criteriilor politice);

- ✓ existența "cabinetelor ministeriale", al căror rol este politic, dar care conțin mai întotdeauna membri din înalta administrație (exemplul Franței sau al "Minister Büro" din Germania);

- ✓ uneori, prezența funcționarilor în rândurile adunărilor politice facilitează transmiterea ordinilor politice autorităților administrației publice însărcinate să le execute.

Și invers, foști parlamentari sau miniștri pot primi compensații pentru servicii făcute în sfera politică, sub forma de posturi administrative de înalt nivel.

Dar subordonarea administrației față de puterea politică exprimată constituțional de subordonarea puterii executive (din care derivă administrația) față de puterea legislativă democratic aleasă, este deci reprezentativă și nu duce la confuzia rolurilor (a se vedea controlul parlamentar).

Principiul separării autorităților administrației publice de autoritățile politice este un alt element constitutiv al modelului occidental.

Administrația împrumută din teoria lui Max Weber este conceptul de profesionalizare și de neutralitate. Administrația este considerată ca un instrument susceptibil să servească guvernul, oricare ar fi majoritatea parlamentară a momentului. Ea dobândește, astfel, o anumită autonomie în raport cu puterea politică. Această autonomie este întărită prin continuitate (administrațiile rămân), ea însăși legată de cariera administrativă a funcționarilor și de garanțiile de care aceștia dispun pentru a rezista prea marilor presiuni politice (ca acelea care ar rezulta din "spoils system").

Separarea administrației de puterea politică poate lua forme mai mult sau mai puțin rigide. În Marea Britanie, accesul funcționarilor la puterea politică (Parlament, miniștri etc.) este limitat pentru anumite categorii de agenți. În Germania sau Franța, "punțile" dintre lumea politică și lumea administrativă sunt mai numeroase și mai ușor de trecut.

Este ușor de presupus că autonomia administrativă nu este decât relativă; nu se poate vorbi în statele Europei occidentale de "dictatura administrativă", oricare ar fi ponderea reală a birourilor în viața cetățenilor.²

Weber vorbea despre o birocrație care constituie tipul cel mai pur de dominație legală față de care deținătorul puterii și funcționarii administrative nu ascultă decât în cadrul îndatoririi lor obiective ale funcțiilor lor, într-o ierarhie a funcției solid stabilită. Aparatul birocratic „continuă” să funcționeze pentru revoluționarii care ajung la putere și pentru dușmanul ocupant așa cum funcționa el înainte pentru Guvernul legal. Ceea ce impune o divizare, o împărțire a funcționarilor în două categorii: funcționarii de carieră pe de o parte și funcționarii politici pe de alta parte, „recognoscibil din afară prin faptul că pot fi mutați sau puși în disponibilitate.”³ În principiu, nici unii, nici alții nu ar trebui să

¹ A se vedea "Criza administrației", prof.univ.dr. **Ioan Alexandru**, Editura All Beck, București, 2001.

² **Xavier Frege**, *Descentralizarea*, Editura "Humanitas", București, 1991; **T.Draganu**, *Drept constituțional și institutii politice, Tratat elementar*, vol.I, Ed.Lumina Lex, 1998

facă politică, chiar în virtutea vocației lor, care ar trebui să fie aceea, „de a administra, înainte de toate într-un mod nepartizan”.¹

În fapt, Weber admite că, în măsura în care statul și interesele vitale ale ordinii stabilite sunt în joc, funcționarii „politici” pot interveni în lupte, pot să lupte „să combată ca și oamenii politici. Dar numai funcționarii politici, ceilalți „trebuie să execute conștiincios un ordin al autorității superioare trecând chiar peste propria lor opinie. „Trebuie deci să existe o neutralitate de principiu a funcției publice care cere ca ea să fie, deși subordonată, strict separată de puterea politică, în special de puterea partidelor politice. Neutralitatea se traduce, după Weber, prin onoare corporativă (prestigiu) și integritate.” Dacă acest sentiment al onoarei nu ar fi existat la funcționari, am fi fost amenințați de o înfricoșătoare corupție și nu am scăpa de dominația belferilor.”

Din punctul meu de vedere modelul Weberian a reprezentat un model care a contribuit și a stat la baza fundamentării științei administrației de astăzi. Acest model a ilustrat realitatea administrativă din acea perioadă dar odată cu trecerea timpului, realitatea administrativă a obligat o remodelare „o întinerire prin recurgerea la noi modele de analiză care ar veni să îmbogățească „să completeze, să întărească vechea imagine.

Nu este cazul să insistăm prea mult asupra asemănarilor evoluției istorice (economice și sociale) a țărilor geografic apropiate și confruntate adesea cu aceleași evenimente; în acest sens, amintim rolul modelului administrativ napoleonian, fondat pe o administrație civilă centralizată și ierarhizată, aproape ca administrația militară.

Ceea ce imitația spontană n-ar fi putut reuși, a fost realizată de cuceririle militare. În Italia, Belgia, Spania, Portugalia etc., principiile unor asemenea administrații au fost impuse țărilor învinse. Adesea, aceste principii s-au menținut chiar după refluxul trupelor napoleoniene.

O. Mayer a explicat excelent atracția exercitată în Europa, în secolul al XIX-lea, de tipul de administrație promovată de Imperiu. În raport cu administrațiile fostelor monarhii, administrația napoleoniană se prezintă ca o administrație modernă și eficientă.

În ciuda superiorității sale, administrația imperială era violent contestată de autorii englezi (L. Dicey), care vedeau în această o expresie a "imperialismului" și care o opuneau administrației britanice, în care ei identificau o autentică administrație democratică.

După revoluția industrială și apariția Statului Welfare², societățile europene au cunoscut forme analoge de dezvoltare economică, socială și culturală:

- ✓ crearea unei administrații "economice", legată de intervențiile economice ale puterii publice (mai ales în secolul al XX-lea);
- ✓ crearea unei administrații "de servicii" (învățământ, sănătate, agrement, cultură etc.), în funcție de prestări;
- ✓ crearea unei administrații legate de urbanizare (echipamente colective etc.);
- ✓ crearea unei administrații specializate în noile probleme ale mediului înconjurător, ale tehnologiilor avansate etc.

Încercând să descifrăm aceste elemente în direcții multiple, subliniem că nu este vorba de un model finisat, definitiv, ci de o schiță de potențial model, pe care trebuie să o vedem în linii mari. Astfel, așa după cum vom observa, similitudinile, chiar înrudirile, nu exclud existența anumitor divergențe de fond.

Vom proceda la o scurtă prezentare a administrației de tip "european" în jurul următoarelor aspecte: structuri, mecanisme de acțiune și sisteme de control.

a) Asemănarea structurilor administrației publice trebuie abordată cu multă prudență. Structurile statului fiind variabile, ar fi zadarnic să căutăm instituții absolut comune în diferite țări europene. Dar se pot sublinia, totuși, câteva tendințe de apropiere instituțională.

¹ Ioan Alexandru, *Drept administrativ comparat*, Editia a II-a, Lumina Lex, București, 2003

² Jay M. Shafritz, *Dictionary of American Government and Politics*, The Dorsey Press, Chicago, Illinois, 1988

Relansarea autonomiei locale pare a fi unul dintre factorii importanți ai evoluției instituțiilor administrative contemporane.

Desigur, tradiția autonomiei locale era deja foarte puternică. Guvernul local este prevăzut astfel ca una din expresiile autentice ale democrației. Este adevărat că autonomia autorităților locale fusese redusă progresiv, mai ales din motive financiare, dar structurile locale au reușit să conserve esențialul autonomiei lor.

În alte state ale Europei, reformele structurilor locale în sensul unei întăriri a autonomiei, sunt adesea legate de stabilirea sau de apariția democrațiilor. În Germania Federală, soluția federală a fost impusă de aliați în 1947 (dar corespunde unei tradiții istorice); în Italia, instituția regionalismului (care are rădăcini străvechi) datează de la Constituția din 1948; în Spania, Constituția din 1978 introduce autonomia regională cu Comunitățile autonome. În Grecia, în Portugalia, apariția sau întoarcerea democrației este însoțită de crearea colectivităților locale și chiar a regiunilor autonome.

Într-un mod general, se poate spune că în cvasi-totalitatea statelor europene democrația locală constituie un fel de corolar al democrației politice. Chiar și în vechile democrații, mai mult sau mai puțin centralizate, structurile locale se consolidează. În Franța, odată cu reformele descentralizatoare din 1982-1983, chiar sub presiunea tutelei administrative, s-au creat regiunile, ca niște colectivități teritoriale. La fel în Olanda, Danemarca, și în Belgia.

Schimbările politice relativ recente în țările din Est au condus, de asemenea, la dezvoltarea autonomiei colectivităților locale și instituțiilor locale existente.

Este indiscutabil că schimbările instituționale în curs în ex-democrațiile populare se traduc printr-o consacrare a autonomiilor locale și regionale, cu mecanismele deja încercate în democrațiile occidentale (alegeri libere, competențe semnificative etc.). Problemele tehnice de asemenea vor trebui tratate: diferite nivele ale administrației publice locale, resursele financiare și umane, controlul puterii centrale. Fiecare țară va trebui să-și elaboreze așa cum crede de cuviință și să conducă politica sa conform intereselor și aspirațiilor poporului sau.

Multiplicarea structurilor de decizie, de coordonare și de consiliu la nivel general ar părea să constituie un alt punct comun al autorităților administrației publice din statele europene contemporane.

Mai multe rațiuni pot explica această tendință, și anume:

- ✓ complexitatea problemelor administrative în anumite domenii: acela al economiei (non dirijiste); acela al tehnicilor noi (informatica, biotehnica, birotica); acela al mediului, etc.;
- ✓ egmentarea structurilor administrative de decizie la nivel central, în funcție de specializările tehnice sau de considerațiile politice ale momentului, fenomen generat de necesitatea de a amenaja autoritățile de coordonare pe orizontală pentru a menține coerența politicilor naționale. În principiu, deținătorii puterii executive sunt liberi să determine numărul autorităților de legătura care li s-ar părea utile, înțelegându-se și faptul că ministerele rămân structurile esențiale ale administrației.

Funcția ministerelor este peste tot aceeași; de a programa activitățile care le sunt încredințate, cu ajutorul comisiilor ad-hoc, de a pregăti proiectele de decizii pe care Guvernul trebuie să le prezinte Parlamentului, de a asigura legătura cu autoritățile executive în plan local sau cu structurile locale descentralizate, având în competența același sector (în cadrul unei politici de descentralizare).

Consemnăm, de asemenea, apariția autorităților administrative independente (sau, în orice caz, autonome în raport cu Guvernul), în diverse domenii, cum ar fi:

- ✓ acela al drepturilor și libertăților esențiale ale cetățenilor, pentru care autoritățile administrației publice nu răspund în fața autorității ierarhic superioare. Aceste autorități administrative independente par mai capabile de a asigura eficient funcția de protecție a cetățeanului în raport cu administrația (Ombudsman, comisar parlamentar, Defensor del Pueblo, Mediator al Republicii etc.);

- ✓ acela al activităților economice, sensibile în economiile de piață și pentru care structurile autorităților administrative clasice (tipul ministerial), păreau defectuos adaptate: concurența, activitățile bursiere, operațiunile bancare, etc.;

✓ acela al activităților administrative noi, cerând intervenții mai suplă, mai puțin formalizate: exemplul lui "quangos" (cvasi-autonomous non governmental organizations) în Marea Britanie este tipic în această privință.

Aceste organisme se dezvoltă adesea la periferia administrației clasice.

b) Asemănarea mecanismelor de acțiune

Sunt necesare și aici câteva observații generale. Mijloacele de acțiune care ar părea, în diferite țări europene, ca fiind asemănătoare, sunt mai ales mijloacele umane, dar și mijloacele juridice.

Se vor lăsa la o parte, în ciuda importanței lor, mijloacele financiare, care nu țin de disciplina dreptului administrativ stricto sensu.

Referitor la mijloacele de personal, avem în vedere aspectele legate de funcția publică. Chiar dacă toate statele europene ar dispune de o funcție publică importantă, având sarcina de a pune în operă intervențiile statului și colectivităților locale, în diferite sectoare ale vieții sociale, ar fi inexact să avansăm ipoteza că aceste state pot împărtăși aceeași concepție privitoare la funcția publică.

Iată de ce tendințele care pot fi decelate vor părea, în anumite privințe, puțin contradictorii. Noțiunea de concurs de recrutare se utilizează în mai multe țări, în măsura în care ea este cea mai conformă sistemului meritului, ca și conformă principiului non-discriminării politice, ideologice, religioase sau de altă natură. În privința aceasta, procedeul concursului este prezentat ca o exigență a democrației și ca o garanție a neutralității administrației publice vis-à-vis de cetățeni. Mai multe țări aparțin acestui curent : Franța, Spania, Germania etc.

Dar concursul nu este singurul mod de recrutare a agenților publici în țările care îl practică (anumite numiri sunt discreționare sau sunt folosite alte sisteme de recrutare). În plus, concursul intern și promovarea în carieră sunt rezervate țărilor care adoptă noțiunea de "carieră".

Anumite state nu rețin concepția de "funcție publică" și o preferă pe aceea de „civil service” sau „civil servant „(sau „local government officers”) care au în vedere locul de muncă determinat și nu cariera; trebuie evocată Marea Britanie, dar concepția britanică de „civil service” a avut o oarecare influență pe continent.

Formarea agenților este în principiu asigurată cu scopul obținerii eficacității ansamblului. Dar ea este organizată după metode care variază: sistemul școlii naționale de administrație (Franța, Spania etc.); sistemul stagiilor (specializate sau nu).

Uneori formația tehnică este privilegiată în raport cu formația generală. Alteori prevalează tendințe inverse.

Noțiunea de "carieră" prevalează în diverse state europene. Aceasta comportă ca încununare ideea că funcționarul în serviciul statului (sau în al unei colectivități locale) este într-o situație statutară, adică legală și impersonală și care îi asigură șanse rezonabile de promovare de-a lungul vieții sale profesionale și garanții suficiente privind securitatea activității sale. Iată de ce avansările se fac după anumite reguli (concurs intern, tabele de avansare) și sancțiunile disciplinare sunt reglementate cu rigoare (pentru a evita abuzurile acelu "spoils system").

În contrapartidă, avantajele financiare de care beneficiază funcționarii sunt încadrate de puterile publice în așa fel încât să respecte principiul egalității; dreptul la grevă este teoretic reglementat, etc.

Distingerea după grade, ca și organizarea ierarhizată a funcțiunii publice, corespund global acestei analize (Franța, Italia, Spania).

În alte țări (exemplu: Marea Britanie, Olanda, într-o oarecare măsură și Belgia), noțiunea de activitate o domină pe aceea de carieră organizată; agentul este recrutat pentru a ocupa un loc de muncă determinat și nu pentru a rămâne în sânul unei ierarhii de-a lungul căreia ar urma să urce.

Cât privește mijloacele juridice, vom observa și aici elemente comune și elemente de diferențiere. În cea mai mare parte a statelor europene de pe continent domină ideea că administrația, depozitară a puterii publice, trebuie să utilizeze de preferință actul unilateral, simbolul prerogativelor sale. Administrația are deci puterea de a imprima celor administrați obligații juridice coercitive și de a asigura executarea lor prin forță publică, dacă este nevoie.

Iată de ce, administrația este condusă, pentru activitățile sale de putere publică, de un drept special, derogator de la dreptul comun, și supusă unui judecător special, judecătorul administrativ.

Dar noțiunea de act administrativ nu este întotdeauna înțeleasă la fel: în Franța, Spania, Portugalia, Italia etc. „ea înglobează actele regulamentare ca acte individuale; în Germania, actele regulamentare nu sunt considerate acte administrative.

În alte țări, și mai ales în Marea Britanie, ideea că administrația poate beneficia de prerogative maxime, nu a fost luată în considerare. Administrația se supune deci judecătorului ordinar.

Totuși, este posibilă o evoluție care ar putea antrena și un alt fel de sistem administrativ.

Tehnica contractuală este utilizată în statele europene ca mod de acțiune administrativă, dar cu variațe notabile.

În anume state (Franța, Italia, Spania, Portugalia) noțiunea de contract administrativ permite administrației să-și conserve prerogative deloc de neglijat (modificare unilaterală, rezilierea unilaterală, sancțiune unilaterală etc.) și să supună litigiile sale contractuale judecătorului sau firesc.

În cazul în care se consideră mai important contractul de drept privat, competența judiciară se impune. În plus, dezvoltarea procedurii contractuale, deși ar părea inegală de la o țară la alta, asistăm, totuși, la o expansiune continuă a tehnicii contractuale, chiar și între persoanele juridice de drept public.

Trebuie să notăm, de asemenea, că metodele care permit cetățenilor să joace un rol mai activ, cunoscut în cea mai mare parte a statelor europene un loc deosebit.

Remarcăm, totodată, procedurile de informare se multiplică; motivarea actelor administrative, accesul la documente administrative, reducerea câmpului de aplicare a "secretului" administrativ.¹

Procedurile de participare sunt, de asemenea, mai frecvente; nu numai consultația (care a existat întotdeauna, cu efecte diverse), ci și tehnicile care implică un rol mai activ al destinatarilor acțiunii administrative; apoi, anchetele publice ("hearings"), dezvoltarea legilor de procedură administrativă non contencioasă etc.

Probabil că progresul informaticii și tehnicilor anexe va facilita acest tip de relații, care implică o altă formă de administrație, mai puțin autoritară și mai puțin rigidă.

c) Asemănarea sistemelor de control

Necesitatea controlului administrației nu este pusă la îndoială în statele Europei occidentale. Acest control corespunde ideii ca administrația este supusă regulii dreptului într-un stat de drept.

Sistemele de control sunt diverse și sarcina lor este variată. Dar unul dintre ele este, fără îndoială, mai important decât celelalte și anume: controlul jurisdicțional.

Controalele jurisdicționale sunt mai mult sau mai puțin originale.

În anumite țări, administrația publică este supusă controlului ordinar, dar procedurile acestui "judicial review" (Marea Britanie) au tendința de a se apropia de acelea ale statelor continentale.

În alte țări, a triumfat sistemul jurisdicției administrative specializat, care are menirea de a judeca administrația (cel puțin în activitățile sale de putere publică sau de gestiune publică) cu tehnicile învecinate (demne de luat în seama).

Autoritățile controlului jurisdicțional sunt în principiu specializate (tip Consiliu de Stat francez sau italian, Tribunalul Suprem spaniol etc.), dar nu constituie în mod necesar un ordin jurisdicțional distinct de ordinul judiciar.

Recursurile privind administrația privesc legalitatea acțiunii administrative unilaterale sau alte activități ale administrației publice, contracte, responsabilitate.²

¹ Secrecy and openness: individuals, enterprises and public administration, Council of Europe, Legal Affairs, Proceedings of the Seventeenth Colloquy on European Law, Zaragoza, 21-23 October, 1987, Strasbourg, 1988; **V.D.Zlatescu**, *Introducere în legislația formală*, Ed.Romprint, București, 1995

² **Gilles Darcy**, *Le système administratif français*, Centre de formation des personnels communaux, Paris, 1982; **B.Pusca**, *Drept internațional public*, Ed.Evrika, Brăila, 1998

Recursul pentru exces de putere, în ceea ce privește anularea actelor administrative abuzive, este ilustrarea cea mai cunoscută. În anumite țări s-au dezvoltat acțiuni mai sofisticate, care permit constrângerea administrației publice de a lua o decizie sau de a adopta un comportament determinat.¹

Misiunea controlului este variabilă, dar există tendința de a o aprofunda și de a o preciza.

Acestea sunt principalele elemente ale unei potențiale schițe de model european de administrație publică, ce se pot constitui într-o bază de date.

Principiile generale ale dreptului administrativ ocupă o poziție importantă în jurisprudența Curții europene pentru că acestea au menirea de a umple golurile de reglementare și de a fi ajutoare în interpretarea legislației comunitare. Principiile deduse de Curte pot fi sistematizate în patru grupe: 1) încredere și previzibilitate; 2) deschidere și transparență; 3) răspunderea delictuală a administrației comunitare; 4) eficiența și eficacitate.

ÎNCREDERE ȘI PREVIZIBILITATE

Un principiu care pledează în favoarea șncrederii și previzibilității este principiul „administrației prin lege”, sau al legalității administrației.

Administrația publică trebuie să decidă în funcție de legile în vigoare și de criteriile interpretative stabilite de curțile de justiție, fără a lua în considerare vreun alt aspect. Acest principiu jurisprudențial este preluat de Codul european al bune conduite administrative din 2001, care în art. 4 intitulat „Legitimitatea” prevede că: „Funcționarul public comunitar acționează conform dreptului și aplică regulile și procedurile înscrise în legislația comunitară. El veghează în special ca deciziile care afectează drepturile și interesele persoanelor să aibă o bază juridică iar conținutul lor să fie conform dreptului”.²

O altă noțiune legată de legalitate este și aceea a competenței legale. Astfel, autoritățile publice pot decide numai asupra unor probleme aflate în jurisdicția lor legală.

Încrederea și previzibilitatea nu vin în contradicție cu puterea discreționară a administrației dacă aceasta este exercitată în limitele conferite de lege.

Un alt principiu care pledează în favoarea încrederii și a previzibilității este principiul proporționalității. Aceasta înseamnă că acțiunea administrativă trebuie să decurgă în mod proporțional cu obiectivul urmărit și respectiv cu finalizarea pe cale legală, neprivând cetățenii de nici un aspect care să faciliteze atingerea scopului propus și corect din punct de vedere legal. Proporționalitatea este în legătură strânsă cu rezonabilul.

Natura principiului proporționalității variază de la o țară la alta datorită originii sale formale (în multe țări, singura sursă este jurisprudența). Recunoașterea explicită a principiului în dreptul scris, jurisprudență sau doctrină este tot mai frecventă, dar există țări în care acest principiu se aplică dreptului administrativ în ansamblul său și țări în care utilizarea sa este limitată la câmpul de aplicare al dreptului comunitar. Principiul proporționalității poate fi prevăzut și în Constituția unui stat (spre exemplu: Constituția Portugaliei din 1976) sau, chiar dacă nu este prevăzut explicit, doctrina și jurisprudența îl pot constitui unanim ca făcând parte din noțiunea de stat de drept, consacrată expres.

Din punctul meu de vedere un exemplu pentru încălcarea acestei noțiuni de stat de drept este reprezentat de suspendarea Președintelui României, Traian Băsescu în iunie 2012. Despre acest eveniment Cancelarul german Angela Merkel a accentuat că valorile comune ale Uniunii Europene se aplică și României, considerând inacceptabil ca principiile de bază ale statului de drept să fie încălcate într-o țară membră a Uniunii Europene și că va susține Uniunea Europeană să adopte toate consecințele necesare.

¹ **Jurgen Schwarze**, *European Administration Law*, Office for Official Publication of the European Communities, "Sweet and Maxwell", 1982; **Andrei Popescu**, *Drept internațional al muncii*, Ed. Holding Reporter, București, 1998

² **Ioan Alexandru**, *Drept administrativ comparat*, Ed. a II a, Lumina Lex, București 2003

De asemenea Ministrul german de Externe ,Guido Westerwelle,și-a exprimat îngrijorarea în legătură cu decizia Parlamentului de a-l suspenda pe Traian Băsescu și a declarat că UE are nevoie de mecanisme noi de reacție când o țară membră desconsideră spiritul și valorile europene.

Un alt principiu care pledează în favoarea „administrației prin lege „este acela al corectitudinii procedurale.Aceasta înseamna proceduri care sa aplice legea în mod clar și imparțial,să acorde atenție valorilor sociale,cum ar fi respectul pentru oameni si protecția demnității lor.

Un alt element care susține încrederea și previzibilitatea este principiul termenului rezonabil.Termenul limită în cadrul procedurilor este,de asemenea ,subliniat,întarzierile în luarea deciziilor sau în finalizarea procedurilor administrative putând afecta negativ atât interesul public,cât și cel privat,principiul fiind stipulat în cazul Nederlandse Federative Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied et Technische Unie contra Comisiei.¹

Profesionalismul și integritatea profesională în serviciul public creează premisele pentru o mai bună încredere în administrația publică.Integritatea în serviciul public pleacă de la alte două premise-imparțialitatea (de exemplu,absența preferințelor personale) și independența (lipsa presiunilor,ambițiilor politice sau profesionale necontrolate),integritatea profesională afectând direct și contribuind decisiv la încrederea publică în activitatea desfășurată de administrație.

DESCHIDERE ȘI TRANSPARENȚĂ

Deschiderea sugerează faptul că administrația este dispusă să accepte un punct de vedere venit din afara ei,în timp ce transparența semnifică gradul de deschidere în cazul unui scrutin sau al unei verificări.Aceste două caracteristici permit,pe de o parte ,ca orice cetățean implicat într-o procedură administrativă să poată urmări derularea acesteia,și pe de alta parte,ca administrația să permită și să accepte mult mai ușor o evaluare venită din partea unor instituții autorizate sau ale societății civile.

În opinia mea deschiderea și transparența pot duce la o limitare a proastei administrări și a corupției.De asemenea,acestea sunt necesare pentru respectarea drepturilor individuale,în măsura în care furnizează motivele necesare deciziilor administrative și ajută părțile interesate să-și exercite dreptul de a solicita recurs.

RĂSPUNDEREA DELICTUALĂ A ADMINISTRAȚIEI COMUNITARE

În general,răspunderea presupune că o persoană sau o autoritate trebuie să explice și să justifice propriile sale acțiuni.În dreptul administrativ,acestea s-ar traduce prin faptul ca orice organism administrativ trebuie să raspundă de actele sale în fața unei alte autorități administrative,legislative sau juridice.Aceasta se poate realiza prin mai multe mecanisme: prin curți de justiție ,prin apelul la corpuri administrative superioare,prin sondarea opiniei publice,prin presă,controlul realizat de comisii parlamentare sau alte comisii speciale.Răspunderea este un instrument care arată dacă principii ca respectarea legii,deschiderea și transparența,imparțialitatea și egalitatea în fața legii sunt respectate.Totodată răspunderea este esențiala pentru consolidarea unor valori ca eficiența,încrederea sau previzibilitatea în administrația publică.

Un exemplu de răspundere îl întâlnim în cazul Premierului Adrian Nastase : Pe data de 20 iunie 2012, Înalta Curte de Casație si Justiție a menținut pedeapsa de 2 ani închisoare cu executare pentru fostul Prim-ministru. Acesta a fost judecat pentru obținerea ilegală de fonduri, pe care le-a folosit în campania electorală pentru presedinție.

Tot în România mai găsim și cazul miniștrilor Ioan Avram Mureșan și Decebal Traian Remeș. Aceștia au fost condamnați , pentru că Decebal Traian Remeș, în calitate de Ministru al Agriculturii și Dezvoltării rurale la acea dată, ar fi acceptat și primit produse alimentare în valoare de 1500 lei și suma de 15000 de euro de la Gheorghe Ciorbă, prin intermediul lui Mureșan.

¹ Emil Balan,*Instituții administrative*,C.H.Beck,2008

EFICIENȚĂ ȘI EFICACITATE

Acestea sunt două aspecte legate mai ales de managementul serviciului public.

Eficiența reprezintă raportul între rezultatul obținut și mijloacele angajate (raportul dintre output și input).

Eficacitatea privește raportul dintre rezultatul obținut și obiectivul care trebuie atins. Eficacitatea constă în siguranța faptului că performanțele administrației publice se îndreaptă către scopurile propuse, soluționând problemele publice pe cale legală.¹

Concluzii

Din punctul meu de vedere în cuprinsul acestei lucrări s-a reușit schițarea unei scurte prezentări a administrației de tip “european”, aspectele analizate fiind din perspectiva asemănării structurilor, a mecanismelor de acțiune și a sistemelor de control.

Acest lucru s-a realizat prin analizarea modelului liberal al administrației și modelul weberian deși acestea nu își mai găsesc aplicarea în forma lor originală în zilele noastre, ele au fost două modele fundamentale care au jucat un rol esențial contribuind la constituirea, în cercetarea și practica administrativă, a unui fond comun de idei simple pe care s-a întemeiat știința administrației.

Cele două modele au ilustrat realitatea administrativă din aceea perioadă, odată cu trecerea timpului, schimbându-se imaginea administrației a fost necesară o remodelare, prin recurgerea la noi modele de analiză care ar veni să îmbogățească, să completeze, să întărească vechea imagine.

Această lucrare a urmarit să asigure practicienilor dreptului o abordare sistemică a principiilor comune ale administrației publice potrivit modelului european.

Bibliografie

- Emil Bălan, *Instituții administrative*, C.H.Beck, 2008
- Frank Moderne, *Exista un model european de administrație publică, comunicare științifică*, Colocviul de la Sofia, nov.1991; Roxana Munteanu, *Drept european. Evoluție, instituții, ordine juridic*
- Gilles Darcy, *Le système administratif français*, Centre de formation des personnels communaux, Paris, 1982; B.Pusca, *Drept internațional public*, Ed.Evrika, Brăila, 1998
- Ioan Alexandru, *Drept administrativ comparat*, Ediția a II a, Lumina Lex, București 2003
- Ioan Alexandru, *Drept administrativ European*, Universul Juridic, 2008
- Jay M. Shafritz, *Dictionary of American Government and Politic*, The Dorsey Press, Chicago, Illinois, 1988
- Xavier Frege, *Descentralizarea*, Editura "Humanitas", București, 1991; T.Draganu, *Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar*, vol.I, Ed.Lumina Lex, 1998

¹ Ioan Alexandru, *Drept administrativ european*, Universul Juridic, 2008

ACȚIUNEA ÎN INTERPRETARE CONFORM NOULUI REGULAMENT DE PROCEDURĂ ÎN FAȚA CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE

Constantin - Tudor CONTAȘ¹¹

Abstract

După 50 de ani de la stabilirea efectului direct prin Hotărârea van Gend & Loss, propun să analizăm rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene, respectiv rolul de interpretare a dreptului prin activitatea ei de „dire pour droit”. Prin analiza procedurii și a particularităților acesteia, putem ajunge la concluzia că noul regulament de procedură publicat la 20 septembrie 2012 în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene are rolul de a explica și de a completa dispozițiile anterioare, făcând în acest mod procedura în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene mult mai clară, atât pentru persoane, cât și pentru instanțele naționale.

Noul regulament are ca fundamentare faptul că mai mult de jumătate din activitatea Curții are ca scop pronunțarea unei hotărâri în cadrul procedurii trimerilor preliminare, conform statisticilor judiciare publicate în anul 2011 și necesitatea practică de a clarifica normele, de a simplifica procedura și de a pronunța o hotărâre într-un termen rezonabil.

Cuvinte cheie: Uniunea Europeană, Regulament de procedură și de ordine interioară, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, instanță națională, acțiunea în interpretare.

1. Introducere

Integrarea Curții de Justiție în cadrul instituțiilor ce promovează valorile Uniunii Europene ce urmăresc realizarea obiectivelor acesteia prin protejarea intereselor sale, ale statelor membre și ale cetățenilor²², îi conferă un rol primordial din punctul nostru de vedere, pentru asigurarea coerenței și eficacității acțiunilor Uniunii, ce sunt stabilite în principal prin acte normative.

Conform Tratatului privind Uniunea Europeană, aceasta hotărăște cu titlu preliminar la solicitarea instanțelor naționale, cu privire la interpretarea dreptului Uniunii și cu privire la validitatea actelor adoptate de către instituțiile acesteia³³.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene se poate pronunța cu titlu preliminar cu privire la interpretarea tratatelor, validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii, în cazul în care o asemenea problemă este invocată în fața unei instanțe dintr-un stat membru⁴⁴. În cazul în care instanța națională apreciază că o decizie în această privință îi este necesară pentru a pronunța o hotărâre poate, și în anumite cazuri este obligată, să ceară Curții să se pronunțe cu privire la chestiunea în cauză⁵⁵.

Categoriile de acțiuni stabilite de Regulamentul de procedură din 1991 au fost amendate ca urmare a intrării în vigoare a Tratatului de la Nisa, fiind preponderent cele în anulare și cele în neîndeplinirea obligațiilor, situație ce nu este conformă realității și ce nu dă importanța cuvenită acțiunilor în interpretare.

¹ Masterand al Facultății de Drept din cadrul Universității „Nicolae Titulescu” din București (contastudor@yahoo.co.uk). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Roxana-Mariana Popescu, titular al disciplinei „Sistemul normativ și jurisprudența Uniunii Europene” și membru al Departamentului de Drept public (roxana.popescu@univnt.ro).

² Art. 13 din Tratatul privind Uniunea Europeană.

³ Art. 19 alin. 3 lit. b din Tratatul privind Uniunea Europeană.

⁴ Augustin Fuerea, *Manualul Uniunii Europene, Ed a V-a* (București, Universul Juridic, 2011), 127.

⁵ Art. 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Continutul propriu zis al lucrării

Reforma Regulamentului Curții de Justiție a Uniunii Europene privind ordinea interioară și procedura în fața acesteia a intervenit prin publicarea în 29 septembrie 2012 în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a Noului Regulament de procedură adoptat în 25 septembrie 2012. Anterior, Regulamentul de procedură al Curții a fost cel adoptat pe 4 martie 1953 și a suferit mai multe amendamente, datorită necesității de a proteja și de a lua în considerare lărgirea competențelor Uniunii Europene și aderarea unor noi state membre. Principalele instituții prevăzute de Regulamentul de procedură nu au fost însă schimbate. Regulamentul de procedură anterior în vigoare, adoptat în 19 iunie 1991 încă reflectă preponderența acțiunilor directe între persoanele fizice, persoanele juridice sau statele membre împotriva instituțiilor Uniunii Europene când, pentru aceste situații competența Curții este dată de acțiunea în neîndeplinirea obligațiilor de către un stat membru.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene în preambulul noului Regulament de ordine interioară și procedură justifică reforma intervenită pe motive practice și dorește ca acest nou regulament să reglementeze separat și să dea importanța cuvenită hotărârilor cu titlu preliminar, acesta fiind și primul obiectiv stabilit pentru noul Regulament de procedură.

Curtea, luând act de evoluția contenciosului și de faptul că trimerile cu titlu preliminar reprezintă mai mult de 60% din contenciosul cu care este sesizată¹⁶, observă necesitatea de a clarifica procedurile referitoare la sesizarea Curții de Justiție a Uniunii Europene sau cele privind conținutul deciziei de trimitere, urmărind și soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil și clarificarea normelor pentru un mai bun acces la justiție⁷².

2. Noile reglementări în cadrul procedurii de trimitere preliminară

Tratatul de Lisabona conferă Curții de Justiție a Uniunii Europene o competență generală³⁸. Concepte precum *efectul direct și supremația dreptului Uniunii Europene* au fost dezvoltate prin intermediul procedurii hotărârilor preliminare, procedură ce reprezintă principalul mijloc de stabilire a raportului dintre dreptul național și dreptul Uniunii Europene⁴⁹, fiind esențială pentru ordinea juridică.

Regulamentul de procedură în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene analizează procedura trimerilor preliminare în cadrul Titlului III, dobândind în acest mod prin metoda de reglementare importanța cuvenită dată de necesitatea practică.

Acest mecanism fundamental al dreptului Uniunii Europene se bazează pe colaborarea dintre Curtea de Justiție și instanțele statelor membre și are ca scop interpretarea dreptului Uniunii, precum și pronunțarea asupra validității unei norme. Așadar scopul nu este aplicarea dreptului Uniunii Europene la situația de fapt care face obiectul litigiului în fața instanțelor naționale. În măsura în care instanța statului membru consideră că este necesar să sesizeze Curtea, aceasta poate în mod unilateral să dispună de această prerogativă.

2.1 Cererea de trimitere preliminară

Prezentul regulament stabilește cuprinsul cererii de decizie preliminară în cadrul art. 94. Aceasta trebuie să cuprindă o expunere sumară a obiectului litigiului, precum și a faptelor pertinente, astfel cum au fost constatate de instanța de trimitere sau cel puțin o expunere a circumstanțelor factuale pe care se întemeiază întrebările. În plus, trebuie prezentat conținutul dispozițiilor naționale

¹ Raportul privind Statisticile Judiciare ale Curții de Justiție a Uniunii Europene, 2011.

² Preambul alin. (1) - (6) din Regulamentul de Procedură al Curții de Justiție din JO L265/9 din 29.09.2012.

³ Roxana - Mariana Popescu, *Introducere în dreptul Uniunii Europene* (București, Universul Juridic, 2011) 240.

⁴ Paul Craig și Grainne de Burca, *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, Jurisprudență și Doctrină, Ed. a IV-a* (București, Hamangiu, 2009) 577 - 578.

care ar putea fi aplicate în speță și dacă este cazul, jurisprudența națională ce poate prezenta interes pentru cauză. Cererea de decizie preliminară trebuie să cuprindă și motivele ce au determinat instanța națională să aibă îndoieli cu privire la

interpretarea sau validitatea anumitor dispoziții ale dreptului Uniunii Europene, precum și legătura pe care instanța de trimitere o stabilește între aceste dispoziții și legislația națională aplicabilă litigiului principal.

Anterior, în cuprinsul Capitolului 9 al Titlului II ce reglementa procedura întrebărilor preliminare și alte proceduri în materie de interpretare, nu existau cerințe formale cu privire la forma unei trimiteri preliminare. Indirect, prin dispozițiile art. 104 al Regulamentului menționat putem spune că cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare trebuia să cuprindă obiectul acțiunii principale, argumentele esențiale ale părților din acțiunea principală, o prezentare a motivelor trimiterii preliminare, precum și jurisprudența și prevederile comunitare și naționale incidente în cauză.

Ulterior, argumentat de necesitatea orientării instanțelor naționale¹¹⁰ cu privire la oportunitatea adresării unei întrebări preliminare, a conținutului și a formei acestora, Curtea de Justiție, pentru o mai bună colaborare, a emis o notă de informare cu privire la efectuarea trimiterilor preliminare de către instanțele naționale¹¹, prin care a stabilit fără forță obligatorie, conținutul unei decizii de trimitere.

Aceasta trebuie: să cuprindă o expunere succintă a obiectului litigiului precum și a faptelor pertinente pe care se întemeiază întrebarea preliminară, să redea dispozițiile de drept intern care ar putea fi aplicabile, să indentifice dacă este cazul, jurisprudența națională pertinentă, precum și dispozițiile dreptului Uniunii relevante în speță, să explice motivele ce au determinat instanța să formuleze întrebările preliminare și să cuprindă dacă este cazul, un rezumat al argumentelor esențiale ale părților în cauză.

Întrebarea preliminară trebuie să fie formulată conform limitelor competenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, iar instanța națională trebuie să prezinte explicații cu privire la motivele ce au stat la baza aplicării dispozițiilor comunitare a căror interpretare se cere și legătura acestora cu dispozițiile naționale.

Putem observa că noua reglementare repetă, de această dată printr-o normă obligatorie, cele prevăzute în Nota de informare și în mod indirect, dispozițiile art. 109 din vechiul Regulament, neaducând elemente de noutate.

2.2 Anonimatul

În cuprinsul art. 95 din Regulament se prevede în plus față de vechile reglementări instituția anonimatului. Atunci când a fost acordat de către instanța de trimitere, obligă Curtea să-l respecte și chiar să procedeze la anonimizarea uneia sau mai multor persoane sau entități ce au legătura cu procesul, la cererea instanței naționale, la cererea unei părți din litigiu sau din oficiu. Curtea poate dispune de acest drept în situația în care litigiul tratează probleme sensibile ce ar putea afecta viața privată a persoanelor sau ce ar putea să creeze încălcări ireparabile ale drepturilor lor³¹². În cauza K, anonimatul a avut rolul de a proteja reclamanta din procesul inițial de urmările periculoase ce ar fi putut surveni ca urmare a aflării stării acesteia de sănătate și a faptelor petrecute⁴¹³. Anonimatul a fost folosit și în alte cauze, protejând interesele unor autorități publice sau a unor societăți¹⁴⁵. Această

¹ Ioana Nely Militaru, *Dreptul Uniunii Europene* (București, Universul Juridic, 2011), 297.

² Informări provenind de la instituțiile și organele Uniunii Europene, Curtea de Justiție, Notă de informare cu privire la efectuarea trimiterilor preliminare de către instanțele naționale, JO C 297/1 din 5.12.2009.

³ Nota de fundamentare a Regulamentului Curții de Justiție a Uniunii Europene, Luxembourg, 25 mai 2011, www.curia.europa.eu.

⁴ C-245/11 - K, Comunicarea trimiterii preliminare către Guvernul României, 27.06.2011.

⁵ Cauza C 463/11 L vs. M, C-498/10 X NV vs. Staatssecretaris van Financiën

instituție a fost deja utilizată de mai multe ori de către Curte și putem considera că va deveni un obicei, ținând cont de natura juridică și de scopul trimiterii preliminare, de interpretare a dreptului și nu acela de aplicare a acestuia.

2.3. Comunicarea trimiterii preliminare

Pot să prezinte informații în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene: părțile în litigiu, statele membre, Comisia europeană, instituția care a adoptat actul a cărui validitate sau interpretare este pusă în discuție, statele nemembre ale Uniunii Europene părți la Acordul privind Spațiul Economic European, Autoritatea de supraveghere a SEE în cazul în care Curtea este sesizată cu o întrebare preliminară privind unul din domeniile de aplicare a acestui acord, precum și statele terțe ce sunt părți la un acord privind un domeniu determinat încheiat de Consiliu, în cazul în care acordul prevede această posibilitate și o instanță a unui stat membru sesizează Curtea cu o întrebare preliminară privind domeniul de aplicare a aceluși acord¹⁵. Aceste entități erau sesizate și conform art. 104 din vechiul Regulament de procedură, însă această nouă dispoziție nu are echivalent în vechea reglementare.

Obiectivul art. 96 din Regulament este acela de a enumera entitățile ce pot să facă observații în fața Curții și acela de a sublinia faptul că nedepunerea unor observații scrise nu afectează dreptul entității de a participa la etapa orală în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Instanța de trimitere, conform normelor de procedură naționale, determină părțile în litigiul principal. Este reglementată și situația în care în proces intră sau este introdusă o nouă parte ce va lua procedura pendinte din fața Curții de Justiție a Uniunii Europene din stadiul în care se află, caz în care îi vor fi comunicate toate actele de procedură deja notificate persoanelor. Reprezentarea părților este posibilă și aceasta urmează regulile de drept aplicabile conform *lex fori*.

Aceste noi reglementări au rolul de a stabili clar ce părți din procesul național au dreptul să participe la procedurile din fața Curții de Justiție a Uniunii Europene și de a limita părțile ce participă la procedurile din fața Curții doar la cele ce sunt notificate de către instanța națională.

2.4. Răspunsul prin ordonanță motivată

Răspunsul prin ordonanță motivată stabilit de către art. 99 al prezentului Regulament poate fi dat de Curte la propunerea judecătorului raportor și după ascultarea avocatului general în situațiile în care: întrebarea cu titlu preliminar este identică cu o întrebare asupra căreia Curtea s-a pronunțat, când răspunsul poate fi dedus în mod clar din jurisprudență sau atunci când răspunsul la întrebarea formulată nu lasă locul niciunei îndoieli rezonabile. Conform vechiului regulament procedura este diferită în funcție de motivul pentru care Curtea decide să se pronunțe prin ordonanță motivată. Diferența principală față de vechea reglementare constă în înlăturarea obligației de a asculta eventualele observații ale entităților interesate în situația în care întrebarea formulată cu titlu preliminar nu lasă locul niciunei îndoieli rezonabile, situație ce duce doar la amânarea pronunțării pentru câteva luni.

Scopul acestei reglementări este acela de a ușura procedura în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene și de a reduce timpul necesar tratării unei cauze ce se află în situațiile expuse anterior. Uniformizarea procedurii „înlătură reticența Curții de Justiție a Uniunii Europene de a explica de ce o cauză nu dă naștere vreunei îndoieli¹ rezonabile”².

2.5 Incidente procedurale

Conform art. 100 din Regulament, Curtea rămâne sesizată atât timp cât instanța națională nu a retras cererea de decizie preliminară sau până când constată că nu mai sunt îndeplinite condițiile ce

¹ Art. 96 din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție a Uniunii Europene.

² Morten Broberg și Niels Fenger, *Procedura trimiterii preliminare la Curtea Europeană de Justiție*, (București, Wolters Kluwer, 2010) 376 - 377.

atrag competența acesteia. Retragera este luată în considerare până în momentul în care Curtea a notificat persoanele interesate cu privire la aceasta. Această dispoziție are rolul de a clarifica anumite probleme apărute în practica Curții de Justiție a Uniunii Europene din cauza renunțării la judecată, a recunoașterii pretențiilor sau a retragerii cererii de chemare în judecată în cauza din fața instanțelor naționale, în situația în care statul informează Curtea de aceste acte într-un stadiu avansat în fața acesteia¹¹⁷.

Această reglementare are ca scop înlăturarea problemelor incidente în situațiile în care în fața instanței naționale decizia din cauza ce stă la baza întrebării preliminare este atacată prin apel, recurs sau când apar alte incidente procedurale ce ar putea conduce la rămânerea fără efect a hotărârii privind întrebarea preliminară.

2.6. Hotărârea preliminară

Regulamentul stabilește fără a aduce atingere măsurilor de organizare a procedurii și a activităților de cercetare judecătorească, posibilitatea Curții de Justiție a Uniunii Europene de a solicita lămuriri instanței de trimitere într-un anumit termen, doar după ascultarea Avocatului general. Răspunsul instanței naționale este comunicat părților ce au fost notificate cu cererea de întrebare preliminară adresată inițial Curții.

Această posibilitate existentă și anterior prin prevederile art. 104 alin. (5) din vechiul Regulament, reprezintă o practică curentă ce are ca scop comunicarea către toate persoanele interesate a informațiilor de care au nevoie pentru a prezenta opinii pertinente și utile în legătură cu problemele ce se ridică prin cererea preliminară.

După ce instanțele naționale au fost informate de decizia Curții cu privire la cererea preliminară, acestea au dreptul de a stabili dacă informațiile furnizate pe această cale sunt suficiente pentru a rezolva cauza sau dacă este necesar să trimită o nouă cerere.

Această reglementare este absolut necesară pentru a soluționa nemulțumirea instanței naționale cu privire la răspunsul dat de instanța de la Luxemburg într-o cerere preliminară. Hotărârea într-o cerere preliminară nu este guvernată de reglementările referitoare la interpretarea hotărârilor sau a ordonanțelor și întrucât în cadrul procedurii preliminare nu există părți, o asemenea cerere pentru interpretarea hotărârii este inutilă.

3. Concluzii

Prin parcurgerea modificărilor aduse prin noul Regulament ce privesc cererea de trimitere preliminară, anonimatul, comunicarea trimiterii preliminare, răspunsul prin ordonanță motivată, incidentele procedurale și lămurirea, putem observa faptul că instanța europeană a dat importanța cuvenită trimiterii preliminare. Regulamentul nou publicat are ca scop clar protejarea intereselor persoanelor prin reglementarea noii instituții a anonimatului.

Cele prezentate anterior ne duc inevitabil și la concluzia că instanța europeană prin noul Regulament de procedură și de ordine interioară are clar definit ca obiectiv examinarea rapidă și eficientă a cauzelor, dând o mai mare importanță și clarificând dreptul instanței naționale de a o sesiza cu o ordonanță de trimitere preliminară.

Noile reglementări dau forță juridică practicilor anterioare prin stabilirea formei clare și a informațiilor ce trebuie trimise Curții de Justiție a Uniunii Europene prin hotărârea de trimitere, neavând însă pretenția de a fi exhaustive, fapt demonstrat de emiterea unor noi recomandări pentru instanțele naționale ulterior publicării noului regulament.

Uniformizarea procedurii în cazul soluționării trimiterii prin ordonanță motivată demonstrează clar dorința Curții de a soluționa eficient întrebările ce se au fost adresate și anterior, ce au un răspuns clar sau ce nu lasă locul niciunei îndoieli rezonabile, înlăturând în acest mod practica

¹ Morten Broberg și Niels Fenger, *Procedura trimiterii preliminare la Curtea Europeană de Justiție*, (București, Wolters Kluwer, 2010) 304 - 306.

uneori incorectă a instanțelor sau prelungirea nenecesară a procedurii jurisdicționale în fața ei sau a instanțelor naționale.

Referințe bibliografice studiate pentru redactarea lucrării.

- Augustin Fuerea, *Manualul Uniunii Europene, Ed a V-a* (București, Universul Juridic, 2011);
- Ioana Nely Militaru, *Dreptul Uniunii Europene* (București, Universul Juridic, 2011);
- Morten Broberg și Niels Fenger, *Procedura trimiterii preliminare la Curtea Europeană de Justiție*, (București, Wolters Kluwer, 2010);
- Paul Craig și Grainne de Burca, *Dreptul Uniunii Europene, Comentarii, Jurisprudență și Doctrină, Ed. a IV-a* (București, Hamangiu, 2009);
- Roxana - Mariana Popescu, *Introducere în dreptul Uniunii Europene* (București, Universul Juridic, 2011).
 - C-245/11 - K, Comunicarea trimiterii preliminare către Guvernul României, 27.06.2011;
 - C 463/11 L vs. M;
 - C-498/10 X NV vs. Staatssecretaris van Financiën.
 - Tratatul privind Uniunea Europeană;
 - Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene;
 - Regulamentul de Procedură al Curții de Justiție a Uniunii Europene din JO. L265/9 din 29.09.2012;
 - Regulamentul de procedură al Curții de Justiție a Comunităților Europene din JO L 176, 4.7.1991.
 - Informări provenind de la instituțiile și organele Uniunii Europene, Curtea de Justiție, Notă de informare cu privire la efectuarea trimiterilor preliminare de către instanțele naționale, J. Of. C 297/1 din 5.12.2009;
 - Nota de fundamentare a Regulamentului Curții de Justiție a Uniunii Europene, Luxembourg, 25 mai 2011, www.curia.europa.eu;
- Raportul privind Statisticile Judiciare ale Curții de Justiție a Uniunii Europene, 201

DEFICIENȚELE ADMINISTRAȚIEI PUBLICE O ANALIZĂ DIN PERSPECTIVĂ LIBERAL-CLASICĂ

Daniel-Gabriel SECARĂ*

Abstract:

Lucrarea avansează o critică pertinentă, din multiple perspective (economic, social și politic), cu privire la deficiențele inerente ale administrației publice, precum absența unui sistem de prețuri și stimulentele contra-productive pe care le generează regulamentele interne, pornind de la premisa că termenii esențiali cu care operează dreptul administrativ necesită revizuire. Lucrarea reformulează, din perspectivă liberal-clasică, limitele și prerogativele unei administrații publice care pune accent pe eficiență și pe respectul față de cetățeanul contribuabil.

Cuvinte cheie: administrație publică, interes public vs. interes privat, deficiențe, liberalism

Moto

„Let us never forget this fundamental truth: the State has no source of money other than the money people earn themselves” -- Margaret Thatcher, 1983

Introducere

În doctrină s-a fundamentat concepția conform căreia serviciile publice¹ reprezintă activități de interes general, sau interes public, care au prioritate în comparație cu serviciile private, limitate atât ca scop cât și ca interes, iar spre deosebire de acestea din urmă, serviciile publice sunt furnizate de către o autoritate a administrației publice, deoarece entitățile private ar fi incapabile să le ofere. Aceste servicii sunt dirijate și duse la îndeplinire prin intermediul puterii publice în vederea satisfacerii interesului public, care prevalează în fața interesului particular.

Lucrarea de față își propune să analizeze într-o manieră critică aceste concepte (putere publică, interes public, servicii publice) pentru a evidenția deficiențele inerente ale oricărui aparat de stat în exercițiul funcțiilor administrației publice.

Lucrarea este structurată pe trei părți: primul capitol analizează conceptele cu care dreptul administrativ operează pentru a releva eventualele erori din doctrină, următorul capitol prezintă în mod analitic inconvenientele (imposibilitatea calculului economic rațional, alocarea ineficientă a resurselor) administrației publice, iar ultimul capitol propune o alternativă eficientă la sistemul actual.

Capitolul I

Interesul public desemnează necesitățile materiale și spirituale ale societății, la un moment dat. Însă cine poate cunoaște aceste necesități²? Nicio minte omenească nu ar putea fi în stare să adune toate necesitățile rostite, sau doar gândite, la un moment dat în societate. Ar trebui să ne imaginăm funcționari publici cu puteri supra-omenești pentru a putea opera cu astfel de concepte precum „interes public”.

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (daniel.secara@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Asist.univ.dr Elena Emilia Ștefan (stefanelena@gmail.com).

* Să nu uităm acest adevăr fundamental: Statul nu are nicio sursă de bani, alta decât banii câștigați de fiecare om.

1 Marta Claudia Cliza, *Drept administrativ Partea I*, pg. 8-11

2 Friedrich A. Hayek, *The fatal conceit: the errors of socialism*, pg.66-85

Dar chiar și în eventualitatea în care funcționarii publici ar putea avea acces la astfel de informații, presupunând că pe cale guvernamentală fiecare cetățean contribuabil și-ar putea exprima doleanțele, tot ar trebui să existe un mecanism de agregare și filtrare a utilităților pentru a putea discerne între proiectele pe care administrația intenționează să le deruleze și proiecte pe care nu le poate implementa. Având în vedere că trăim într-o lume marcată de raritate, în care nevoile sunt întotdeauna mai numeroase decât resursele, administrația are nevoie de un sistem prin care cele mai urgente proiecte să aibă prioritate.

Însă, la fel ca în cazul imposibilității de cunoaștere a necesităților societății, administrația publică se află într-un insurmontabil impas cu privire la agregarea utilităților. Cum ar putea administrația să afle dacă înființarea unei școli generează o utilitate mai mare pentru societate decât construirea unui spital? Ce criterii obiective și non-arbitrare ar putea fi utilizate pentru a putea deduce că un proiect satisface mai bine decât altul necesitățile societății?

Pe lângă neajunsurile de ordin epistemologic, însăși definiția „interesului public”, așa cum apare în doctrină, implică anumite erori operaționale. Definiția vizează interesul public ca agregat, însă ce este interesul public dacă nu o sumă de interese private¹? Cu alte cuvinte, interesul public al societății, la un moment dat, reprezintă suma intereselor individuale ale tuturor membrilor societății. Prin urmare, satisfacerea interesului public vizează în mod automat satisfacerea fiecărui interes privat în parte. Acest raționament simplu atrage după sine două întrebări, sau mai bine spus provocări, de primă importanță.

Prima întrebare vizează problema cantitativă: dacă satisfacerea intereselor tuturor membrilor societății nu este posibilă, atunci care este minimul necesar de interese private ce trebuie satisfăcute astfel încât să atingem idealul satisfacerii interesului public? Mai mult, cum putem ajunge la acel standard obiectiv pe care sperăm să-l atingem?

A doua întrebare vizează concepția conform căreia interesul public trebuie să prevaleze față de interesul privat. Din moment ce am stabilit că interesul public reprezintă suma intereselor private, iar satisfacerea interesului public reprezintă satisfacerea intereselor private, cum ar putea interesul public să prevaleze în fața interesului privat? Dacă satisfacerea interesului public se realizează prin sacrificarea anumitor interese private, atunci nu mai putem spune că a fost satisfăcut interesul public.

O altă eroare frecventă în doctrină ține de utilitatea publică pe care o au anumite servicii publice, în detrimentul bunurilor și serviciilor private. Distanța fundamentală dintre serviciile publice și cele private rezidă în modul de prestare a acestora. Serviciile publice sunt activități aparent gratuite prestate de către administrația publică, pentru a satisface nevoi sociale de interes public. De ce însă serviciile private nu pot fi considerate ca fiind activități ce satisfac nevoi sociale de interes public?

Serviciile private sunt activități contractate în mod voluntar prin intermediul mecanismului cererii și ofertei. Spre deosebire de serviciile publice care implică în mod necesar coerciție din partea organelor administrative, în sensul că cetățeanul contribuabil e obligat să le achiziționeze prin intermediul taxelor și impozitelor, ceea ce conferă serviciului falsa gratuitate, serviciile private se tranzacționează prin acordul de voință al părților. Așadar, simpla existență pe piață a acestor servicii private reprezintă dovada necesității pe care publicul consumator o resimte, ba mai mult, reprezintă dovada faptului că serviciul satisface interesul consumatorului. Dacă serviciul n-ar fi prezentat importanță pentru consumator, acesta n-ar mai fi fost contractat și, prin urmare, ar fi dispărut de pe piață².

Prin urmare, se pune întrebarea: de ce furnizarea transportului, de către o autoritate a administrației publice, reprezintă un serviciu care satisface interesul public, iar un serviciu privat, care este contractat în mod voluntar și deci satisface numeroase interese private, n-ar putea fi considerat de interes public? În baza explicațiilor oferite anterior, avem toate motivele să considerăm

1 Ludwig von Mises, *Human action*, pg. 41-44

2 Ibid., pg. 269-272

întreprinderile private ca fiind și ele de interes public. Numai o distorsionare voită a termenilor ne împiedică să considerăm doar serviciile publice, nu și cele private, ca fiind de interes public.

Capitolul II

Crizele și eșecurile din cadrul administrației publice au explicații mult mai simple decât se consideră la ora actuală în doctrină, iar remedierea acestora nu implică sporirea funcțiilor aparatului administrativ sau înființarea unor noi regii către care să fie delegate sarcinile ei, paradoxal, restrângerea anumitor atribuții administrative și plasarea sarcinilor către sectorul privat.

Explicația crizelor din cadrul administrației publice a fost expusă de către economistul Ludwig von Mises, cu aproape un secol în urmă¹, prin intermediul sistemului de prețuri. Deoarece serviciile prestate în regim public nu beneficiază de un preț tranzacționat liber, ca urmare a jocului dintre cerere și ofertă care se regăsește în mod normal pe piață, organul administrativ instituie în mod arbitrar un preț, sau îl elimină cu totul din sistem.

În economia de piață, prețul joacă un rol crucial, acesta având scopul de a informa antreprenorul cu privire la rentabilitatea acțiunii pe care o desfășoară, de a aloca cât mai eficient resursele și de a stimula actorii implicați în actele comerciale².

În eventualitatea în care organul administrativ instituie în mod arbitrar un preț pentru serviciile sale, acesta nu poate ști dacă prețul selectat este mai mic sau mai mare față de prețul care ar fi fost ales în mod natural pe piață. Ca o consecință, dacă prețul e prea mare, consumatorii (în postura de cetățeni contribuabili care au achitat serviciul ex ante prin intermediul taxelor și impozitelor) nu vor putea beneficia de serviciul administrației publice. Pe de altă parte, dacă prețul serviciului e prea mic, administrația va asista la un aflus de consumatori ceea ce duce la aglomerarea instituțiilor publice și scăderea semnificativă a calității serviciilor prestate.

În eventualitatea în care organul administrativ elimină complet prețul, stabilind astfel un cost zero pentru consumator, aflusul de cereri pentru serviciul respectiv va fi maxim, fapt ce atrage după sine numeroase consecințe neplăcute. Avem numeroase astfel de exemple în ceea ce privește spitalele publice, școlile publice, instanțele de judecată, precum și alte instituții publice.

Pe lângă dezavantajele create din cauza lipsei unui sistem de prețuri, administrația publică se confruntă și cu stimulente contra-productive pricinuite de reglementările cu caracter intern. Deoarece contractele se negociază în mod colectiv, angajații sânguincioși beneficiază de aceeași retribuție ca și angajații mai puțin dedicați slujbei. Ca o consecință, randamentul funcționarului sânguincios va tinde să scadă până va atinge cota acelor funcționari mai puțin productivi, plafonând per total satisfacerea interesului public. La toate acestea se adaugă și siguranța locului de muncă, beneficiu practic absent în mediul privat, care duce la apariția sinecurilor.

Un stimulent contra-productiv extrem de grav este generat de numirea în funcții pe criterii politice, păcat de care nicio administrație nu s-a putut dezice. Deoarece funcțiile sunt întreținute și garantate prin factori de presiune politici, angajatul nu are niciun stimulent de auto-perfecționare, sau chiar de satisfacere a interesului public.

O altă problemă majoră cu care se confruntă întreg sectorul bugetar îl reprezintă stimularea ineficienței. Contrar logicii antreprenoriale, o instituție a statului care înregistrează un eșec solicită automat, pentru anul următor, mai multe fonduri, în loc să fie sancționată prin limitarea finanțării. Astfel, în cadrul sistemului public apare un stimulent cu efecte adverse prin care managerii incompetenți sunt răsplătiți să devină chiar mai incompetenți. Într-o piață liberă, unde antreprenorii mizează pe baza capitalului propriu, asemenea situații ar fi practic imposibile. În opoziție cu mecanismul de finanțare al statului, sectorul privat recunoaște și recompensează succesul, nu eșecul.

Un alt factor important al crizelor din cadrul administrației publice îl reprezintă sursa și destinația fondurilor publice. Deoarece funcționarii nu operează cu capitaluri proprii, ci în baza

1 Ludwig von Mises, *Economic calculation in the socialist commonwealth*, pg. 26-30

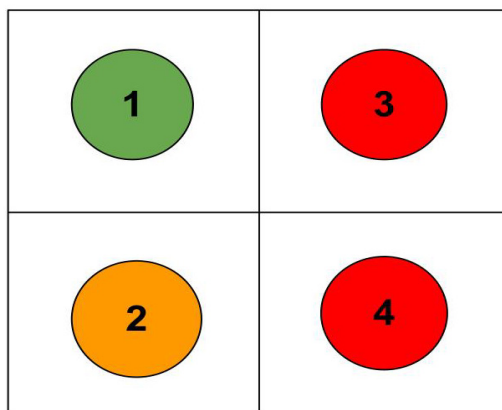
2 Milton Friedman, *Free to choose*, pg. 38-53

fondurilor extrase în mod coercitiv din cadrul societății, respectiv prin taxare și impozitare, se pot lansa în proiecte riscante, pe care altminteri nu și le-ar fi asumat, iar în eventualitatea unui eșec aceștia oricum nu vor suporta costurile în mod direct, efectele fiind dispersate la nivelul întregii societăți. Și în această privință avem numeroase exemple, de la proiectele inutile sau extrem de costisitoare desfășurate de unele ministere sau unele regii autonome locale, până la datoria externă uriașă creată de un cabinet ministerial și moștenită de un altul.

Economistul Milton Friedman, laureat al Premiului Nobel pentru Economie, a explicat astfel de eșecuri prin intermediul diagramei care astăzi îi poartă numele. După proveniența banilor și destinația acestora, Friedman a identificat patru cazuri posibile:

- Cazul 1: Cheltuiesc banii mei pentru mine.
- Cazul 2: Cheltuiesc banii mei pentru alții.
- Cazul 3: Cheltuiesc banii altora pentru mine.
- Cazul 4: Cheltuiesc banii altora pentru alții.

Diagrama lui Friedman privind sursa și destinația fondurilor publice



Primul caz reprezintă situația optimă: cunosc sursa banilor și știu cel mai bine care sunt nevoile și preferințele aceluia pentru care cheltuiesc banii. În concret, aceasta este situația fiecărui cetățean care se finanțează din resurse proprii.

Al doilea caz reprezintă o situație cvasi-optimală: cunosc sursa banilor și, chiar dacă nu știu care sunt nevoile sau preferințele aceluia/acelora pentru care cheltuiesc banii, e posibilă o gestiune eficientă a fondurilor. În concret, aceasta este situația finanțării voluntare.

Al treilea caz devine deja problematic deoarece nu cunosc sursa banilor, iar stimulentele va fi să cheltuiesc cât mai mult în favoarea mea, dar în detrimentul celor care mă finanțează. În concret, aceasta e situația instituțiilor publice care își decid singure bugetele.

Al patrulea caz e deja critic deoarece nu se cunoaște sursa banilor și nici nevoile sau preferințele aceluia pentru care fondurile sunt cheltuite. În concret, acesta e cazul întregului edificiu al administrației publice, deoarece sunt cheltuiți banii altora, al contribuabililor, pentru alții, respectiv pentru întreaga societate.

Așadar, din diagrama alăturată putem deduce că o administrație publică, în încercare de a-și eficientiza serviciile, va încerca să maximizeze numărul de situații din Cazul 1 și va restrânge, pe cât de mult posibil, situațiile din Cazul 4 doar pentru serviciile de maximă și absolută necesitate.

Capitolul III

Din argumentele și explicațiile oferite în capitolele precedente putem deduce că o administrație publică cât mai eficientă va utiliza cât mai puține resurse, limitându-și numărul și gama de servicii doar la cele de strică necesitate, urmând modelul doctrinei liberal-clasice de secol XVIII-XIX, sau curentul minarhist contemporan.

Necesitatea restrângerii cheltuielilor și atribuțiilor administrației publice se face pe fondul raționamentului conform căruia Statul nu poate să creeze avuție, un truism în perioada liberalismului clasic, dar un adevăr negat și contestat în ziua de azi.

În vederea clarificării acestui punct de vedere, sociologul Franz Oppenheimer l-a supus analizei logice și a conchis¹ că pot exista doar două modalități de înavuțire. Prima modalitate, pe care autorul a denumit-o *mijlocul economic*, presupune muncă individuală și liber-schimb.

Cea de-a doua modalitate, pe care autorul a denumit-o *mijlocul politic*, presupune furtul unor resurse deja obținute prin muncă și/sau liber-schimb. Mai departe, Oppenheimer a afirmat că Statul își obține resursele prin mijloace politice, parazitare. Așadar, Statul nu poate crea avuție, ci în cel mai bun caz, o poate transfera² de la un grup social la altul.

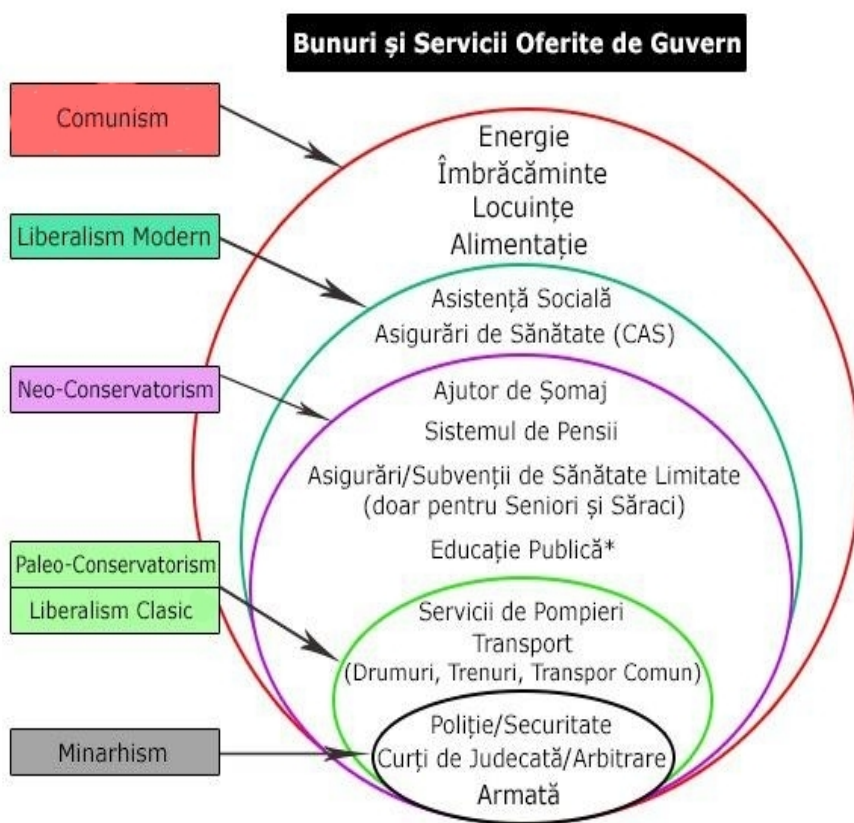


Diagrama administrației publice conform celor mai întâlnite doctrine politice

Redistribuția resurselor atrage după sine numeroase deficiențe, atât din punct de vedere economico-social (stimularea inactivității și trândăviei pentru grupurile sociale beneficiare, reducerea productivității pentru grupurile sociale parazitare, creșterea dependenței față de Stat, creșterea

1 Franz Oppenheimer, *The State*, pg. 30

2 Bertrand de Jouvenel, *The ethics of redistribution*, pg. 5

șomajului, intensificarea fenomenului infracțional, etc.), cât și politic (sporirea corupției, birocratizarea excesivă, etc.)

Așadar, un aparat administrativ suplu conferă avantaje net superioare, din toate punctele de vedere, în comparație cu un stat-asistențial masiv și greoi, mult mai predispus corupției, care generează stimulente contra-productive, nu doar în rândul administrației publice, cât și la nivelul întregii societăți, favorizând apariția și dezvoltarea infracționalității.

Concluzii

În prima parte a lucrării am evidențiat faptul că filosofia pe care se bazează edificiul teoretic al dreptului administrativ necesită revizuire, cel puțin din punct de vedere semantic, dacă nu și conceptual.

În cea de-a doua parte am expus deficiențele cu care se confruntă în mod automat orice sistem economic care elimină sistemul de prețuri, sau instituie unul artificial, o problemă fundamentală și inevitabilă în cadrul oricărei administrații publice. Dincolo de spectrul economic, am prezentat și stimulentele contra-productive care împiedică funcționarul să satisfacă interesul public.

În ultima parte am prezentat pe scurt avantajele pe care o guvernare cu puteri restrânse o poate avea în comparație cu o administrație publică extinsă.

Referințe bibliografice:

- **Adams, Charles:** For good and evil, the impact of taxes on the course of civilization, Madison Books, 2001
- **Apostol Tofan, Dana:** *Drept administrativ, Volumul I*, C.H. Beck, 2008
- **Block, Walter:** *The fallacies of public finance*, Ludwig von Mises Institute, 2011
- **Cliza, Marta Claudia:** *Drept administrativ, Partea I*, Universul Juridic, 2011
- **Dalberg-Acton, John Emerich Edward:** *Essays in religion, politics and morality*, Liberty Fund, 1988
- **de Jouvenel, Bertrand:** *The ethics of redistribution*, Liberty Fund, 1990
- **Friedman, Milton:** *Free to choose: a personal statement*, Mariner Books, 1990
- **Hayek, Friedrich A.:** *Individualism and economic order*, University of Chicago Press, 1996
- **Hayek, Friedrich A.:** *The fatal conceit: the errors of socialism*, University of Chicago Press, 1991
- **Hazlitt, Henry:** *Man vs. the welfare state*, Arlington House, 1969
- **Hazlitt, Henry:** *The conquest of poverty*, Foundation for Economic Education, 1996
- **Nozick, Robert:** *Anarchy, state and utopia*, Basic Books, 1977
- **Oppenheimer, Franz:** *The State*, Fox & Wilkes, 1997
- **Read, Leonard E.:** *I, Pencil*, Foundation for Economic Science, 1958
- **von Mises, Ludwig:** *Socialism: an economic and sociological analysis*, Liberty Fund, 1981
- **von Mises, Ludwig:** *Human action: a treatise on economics*, Liberty Fund, 2010
- **von Mises, Ludwig:** *Economic calculation in the socialist commonwealth*, Ludwig von Mises Institute, 1990
- **Legea nr. 188/1999** privind Statutul funcționarilor publici, consolidată 2009, redată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 365 din 29/05/2007

THE RIGHT OF THE INDIGENOUS PEOPLE TO THEIR ANCIENT LANDS IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT, WITH SPECIAL REGARD TO THE MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI AND THE SARAMAKA PEOPLE CASES

Marinkás György*

Abstract

In the current article, I am seeking to answer how indigenous peoples' rights became recognized within the Inter-American System, and how the Inter-American Court of Human Rights (hereafter: IACtHR or Inter-American Court) – which was always famous for interpreting and developing existing substantial norms in a pioneering way – elaborated the right of the indigenous peoples to their ancient lands in the *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*¹ and in the *Saramaka people vs. Suriname* cases.² The *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* Case was the first case ever stated admissible by the IACtHR concerning the rights of the indigenous peoples. This shows the pioneer-like characteristic of the Inter-American Court, namely, like in many other cases, it was the first court in the world to consider such important and difficult legal questions. This case also has a precedent-worthy significance, because Nicaragua participated actively in the proceedings since the beginning, excluding grounds of any future valid claims or non-compliance with the decision.³ The *Saramaka people vs. Suriname* case can be regarded as the evolutive and revolutionary improvement of the general directions elaborated in the *Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua* Case. The *Saramaka* was the first case brought to an international tribunal to hold that a non-indigenous minority group has legal rights to the natural resources within the lands that had been inhabited by the tribe for centuries.⁴ It also addressed structural tensions between traditional international law principles – such as the permanent sovereignty over natural resources – and human rights law guarantees.

Keywords: indigenous, indigenous rights, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *Saramaka* people, environment, Inter-American, Inter-American Court of Human Rights, American Convention on Human Rights, reparations, rainforest, concession

I. The appearance of indigenous peoples' rights in the Inter-American System

Within the framework of the Inter-American System, neither the *American Declaration of the Rights and Duties of Man*⁵, nor the *American Convention on Human Rights*⁶ (hereafter: American Convention or ACHR) contained the right to a healthy environment or the rights of the indigenous people in their original form. The latter declares the right to a healthy environment since the *San*

* Full-time PhD student, second semester, Department of International Law, Faculty of Law, University of Miskolc. (contact: marinkas.gyorgy@gmail.com) – I would like to express my acknowledges to my consultant: *Raisz Anikó* (senior lecturer, Department of International Law, Faculty of Law, University of Miskolc)

¹ IACtHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, February 1, 2000. (prelim) Serie C No 66. para. 60.

² IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172

³ GROSSMAN, Claudio: *Awas Tingni v. Nicaragua: A Landmark Case for the Inter-American System*, *Human Rights Brief*, Volume 8, Issue 3 (2001), pp. 2-8.; p.7.

⁴ BRUNNER, Lisl: *The Rise of Peoples' Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court of Human Rights*. *Chinese Journal of International Law*, Vol. 7, Issue 3 (November 2008), pp. 699-712; p. 699.

⁵ O.A.S. Res. XXX, reprinted in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OAS/Ser.L/V/1.4 Rev. 9 (2003); 43 AJIL Supp. 133 (1949)

⁶ OAS Treaty Series No. 36; 1144 UNTS 123; 9 ILM 99 (1969)

Salvador protocol of 1988 has been adopted.¹ The idea of an Inter-American document is on the agenda, namely, the *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, which would grant the rights of the indigenous peoples. Its preparation is in progress at the present time, the working group responsible for it held its last session from 18 to 20 April 2012.² The adoption of the document is yet to happen; the next meeting is scheduled from 27 to 29 March, 2013.³

As we can see, there is not a single document within the framework of the Inter-American System which would *expressis verbis* grant the right of the indigenous peoples. – It also has to be noted that the exact definition of indigenous peoples itself raises some difficulties.⁴ – The burden to work out the effective protection has been pushed off onto the Inter-American Court, which during the course of shaping its own jurisprudence, drew inspiration from other international documents, like the *Rio Declaration on Environment and Development*,⁵ which emphasizes the significance of the indigenous peoples in its 22nd principle.⁶

II. The Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua Case

The case could much well be a screenplay of a Hollywood movie: an international company lays its eyes on the valuable ancient lands of the naive indigenous people, who can only rely on a handful of enthusiastic supporters, while the government does nothing, or acts against them. The protagonist of the case is the Awas Tingni Community, one of the Sumo or Mayagna indigenous groups at the Atlantic Coasts of Nicaragua.⁷ They hold their lands collectively in a way that every member of the community can use any part of the land for their traditional agricultural activities, like farming, hunting, and fishing. This kind of ownership does not need any state recognition; it is based on the traditional legal system and culture of the community. The land does not only have economic importance, it plays a central role in culture, spiritual life and identity.⁸ Regarding this the *Inter-American Commission on Human Rights* (hereafter: Inter-American Commission) stated that the international obligation of the states regarding the protection of indigenous culture includes the protection of their traditional lands, considering the above mentioned tight relation.⁹

¹ OAS Treaty Series No. 69; 28 ILM 156 (1989)

² See the records of the 14th session of the working group: OEA/SER.K/XVI/GT/DADIN/Doc.410/11 rev.2

³ See the work plan for 2012/2013: OEA/SER.K/XVI/GT/DADIN/Doc.410/11 rev.2

⁴ The term ‘indigenous peoples’ is generally not precisely defined in international instruments. The definition of the *ILO (International Labour Organisation) Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples* which applies to: ‘Tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations’ and to ‘peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of the conquest or colonization or the establishment of the present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions.’ seems to be the most appropriate regarding the topic. – AMIOTT, Jennifer A.: Environment, Equality, and Indigenous Peoples’ Land Rights in the Inter-American Human Rights System: Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni v. Nicaragua. *Environmental Law*, Vol. 32, Issue 4 (Fall 2002), pp. 873-904, p. 875.; 72 ILO Official Bull. 59; 28 ILM 1382 (1989), Article 1

⁵ UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I); 31 ILM 874 (1992)

⁶ RAISZ Anikó: A környezetvédelem helye a nemzetközi jog rendszerében – avagy nemzetközi környezetjog bírói szemmel. *Miskolci Jogi Szemle* 2011/1, pp. 90-108.; p. 108.

⁷ The community is composed of 150 families, approximately 600 people, organised on traditional tribal basis. – IACtHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, February 1, 2000. (prelim) Serie C No 66. para. 2.

⁸ AMIOTT, 886. old.; IACtHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, August 31, 2001. (merits) Serie C No. 79, para. 140.

⁹ ANAYA, S. James – WILLIAMS, Robert A. Jr.: The Protection of Indigenous Peoples’ Rights over lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 14 2001, pp. 33-86.; p. 53.

In 1996 Nicaragua granted a 30-year concession to the *Sol de Caribe S.A.* (hereafter: SOLCARSA), a Korean Company.¹ During the licencing procedure no negotiations were carried out with the leaders of community in spite of the fact that the legal system of Nicaragua – at least *pro forma* – recognized the rights of the indigenous peoples to their ancient lands.² In spite of the firm protests the state granted the concession to the SOLCARSA. The intended logging and the planned auto route – which would make the logging easier – would have had devastating impacts on the ancient lands of the community, and would mean the total exploitation of it.³

On September 11, 1995 the representatives of the community launched proceedings in front of the national authorities, without any success. Even though, the Supreme Court finally declared the concession invalid on February 27, 1997, the state failed to comply with the decision for one year.⁴

At the same time with the domestic proceedings the representatives of the community submitted the case to the Inter-American Commission, which stated that Nicaragua infringed the provisions of the American Convention on Human Rights. The Commission indicated a deadline and granted the possibility to the state to comply with the recommendations of the Commission: to terminate the infringement of the rights and to grant proper compensation, furthermore to demark the lands of the indigenous peoples, which had been its obligation according to national law.⁵

After Nicaragua failed to comply with the recommendations of Inter-American Commission, the case was submitted to the Inter-American Court in 1998. According to the opinion of the Commission, Nicaragua infringed Articles 1, 2, 21 and 25 of the ACHR. Article 1 prohibits every form of discrimination. According to Article 2 states are obliged to take appropriate measures in order to give effect of the rights contained by Article 1. According to Article 21 everybody has the right to property. Article 25 grants the right to judicial protection.⁶ According to the Commission Nicaragua also infringed Article 27 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*.⁷

The Inter-American Court stated that the state infringed Article 21, 25 of the American Convention on Human Rights, and obliged Nicaragua to take measures in order to harmonize its national law with the prescriptions of the judgement; to demark the lands of the indigenous people, furthermore to grant compensation for the indigenous community.⁸

III. The Saramaka People vs. Suriname Case

As mentioned above, the importance of the Saramaka People case lay in the legal stand of a non-indigenous tribal community. The main point being that the Saramaka people are not indigenous to the region they inhabit. As it is stated in the judgement: they are one of the six distinct *Maroon groups* in Suriname whose ancestors were African slaves forcibly taken to the territory of the present Suriname during the European colonization in the 17th century. Their ancestors escaped to the interior regions of the country where they established autonomous communities. According to the Court's ruling based on the expert opinion of *Richard Price*: “The Saramaka people are organized in twelve matrilineal clans (the so called: *lös*), and it is estimated that the contemporary size of the Saramaka

¹ IACtHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, February 1, 2000. (prelim) Serie C No 66. para. 2.

² “The State recognizes the communal forms of property of the Atlantic Coast Communities’ lands; it also recognizes the enjoyment, use and benefit of the waters and forests of their communal lands.” (Article 89 of the 1987 Political Constitution of Nicaragua). According Article 36 of the Autonomy Statute of the Atlantic Coast Regions of Nicaragua: ‘Communal lands are inalienable; they cannot be gifted, sold, seized, or encumbered, and are imprescriptible.’

³ AMIOTT, p. 893.

⁴ AMIOTT, pp. 894-895.

⁵ AMIOTT, pp. 895-898.

⁶ AMIOTT, pp. 898-899.

⁷ GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967)

⁸ IACtHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, August 31, 2001. (merits) Serie C No. 79, para. 173.

population ranges from 25,000 to 34,000, spread over 63 communities on the Upper Suriname River and in a number of displaced communities located to the north and west of said area.”¹

Although the territory in which they have lived for over three hundred years began to be threatened by State and other outside interests in the middle of the twentieth century, their organized struggle to protect their lands began only in the late 1990s. In the 1960s, the colonial government and *Alcoa* – which had mined bauxite in coastal Suriname since 1916 – constructed a massive hydroelectric dam – called *Afobaka dam* – to provide electricity for *Alcoa*’s smelter, with the excess going to light up nearby *Paramaribo*. Some 43 Saramaka villages, home to 6,000 inhabitants, disappeared under the new artificial lake that covered nearly half of traditional Saramaka territory. The flooded-out people were given the choice of moving below the dam into newly constructed ‘*transmigration villages*’² specially built for them – 4000 people made this choice – or moving upriver, above the lake, to squeeze their new villages in between already existing ones.³ During the procedure, the representatives submitted an application regarding “the alleged ‘ongoing and continuous effects’ associated with the construction of the *Afobaka dam*. [...] The Tribunal considered that the factual basis for the representatives’ arguments in this regard falls outside the scope of the controversy as framed by the Commission in its application”,⁴ therefore in its 2007 decision, the Court chose not to address these “legacy” issues, although they formed part of the Saramakas’ petition, in part, on the grounds that they occurred before the creation of the American Convention.⁵

The current case started in 1996, when some of the Saramakas discovered a large-scale logging operation on their lands. The logging continued for several years; Saramaka leaders went from village to village to explain what was happening and to conduct consultations. With the help of NGOs, they began to map their territory, using GPS technology, showing the multitudinous ways that their communities depended on the forest and its resources. In 2000, with the assistance of human rights lawyers – in particular, *Fergus MacKay* – they filed a petition with the Inter-American Commission. Based on this petition, the Commission requested Suriname twice – without success – to suspend all logging concessions and mining exploration in Saramaka territory until the substantive claims raised in the case had been investigated. In its report, the IACHR stated that Suriname violated Articles 21 and 25 of the ACHR, and Article 1 and 2 relating to them. The Commission made its recommendation for the state and gave 60 days to comply with them.⁶ Since the state failed to comply with the recommendations within the given deadline, the IACHR submitted the case to the IACtHR on June 23, 2006.⁷

Suriname submitted seven *preliminary objections* to hinder the proceedings, none of which were accepted by the IACtHR.⁸ In order to save place – and the rainforests, as well – in the current article, I forbear from introducing them.

In the substantive part of the ruling, the Court addressed eight questions, which were needed to be answered in order to decide the case. In the following, I introduce the first six questions,

¹ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. paras. 79.,80.

² IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. para. 11.

³ PRICE, Richard: *Constested Territory: The Victory of the Saramaka People vs. Suriname. Prepared for Simpósio Internacional: Territórios Sensíveis: diferença, agência e transgressão, Museu Nacional, Rio de Janeiro, 15 June 2009*. To be published in a book edited by Olivia da Cunha & Barbara Weinstein in 2011. – Fozrás: http://www.richandsally.net/files/Victory_of_Saramakas_vs_Suriname.pdf (March 20, 2013); p.3.

⁴ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. paras. 12,16.

⁵ PRICE, p.3.

⁶ IACHR, *The twelve Sarmaka clans (los) vs. Suriname* Case No. 12.338, 2006.; paras 256-261

⁷ Application to the Inter-American Court of Human Rights in the case of 12 Saramaka Clans (Case No. 12.338) against the Republic of Suriname, June 23, 2006.; para. 6.

⁸ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. paras. 18-61.

highlighting their essence. *First*, do the members of the Saramaka people make up a tribal community subject to special measures that ensure the full exercise of their rights? The Court stated that “[the Saramaka people] share similar characteristics with indigenous peoples, such as having social, cultural and economic traditions different from other sections of the national community, identifying themselves with their ancestral territories, and regulating themselves, at least partially, by their own norms, customs, and traditions.”¹ The answer is definitely yes. *Second*, whether Article 21 of the American Convention protects the right of the members of tribal peoples to the use and enjoyment of communal property? The Court stated as follows: „The Court sees no reason to depart from this jurisprudence in the present case. Hence, this Tribunal declares that the members of the Saramaka people are to be considered a tribal community, and that the Court’s jurisprudence regarding indigenous peoples’ right to property is also applicable to tribal peoples.”² *Third*, whether the State has recognized the right to property of the members of the Saramaka people derived from their system of communal property? The Court answered no: Suriname failed to comply with its duty.³ – In the operative part, the Court ruled that these rights have to be recognized.⁴

The *fourth*, *fifth* and *sixth* questions – as *Marcos A. Orellana* says⁵ – go to the heart of the case: namely, whether and to what extent, members of the Saramaka people have a right to use and enjoy the natural resources that lie on and within their traditionally owned territory, and whether and to what extent, the state may grant concession for exploring and extracting such natural resources? The Court cited its own jurisprudence from the Case of *Yakye Axa Indigenous Community*:⁶ “members of tribal and indigenous communities have the right to own the natural resources they have traditionally used within their territory for the same reasons that they have a right to own the land they have traditionally used and occupied for centuries. Without them, the very physical and cultural survival of such peoples is at stake.”⁷ The Court also stated that “the right to use and enjoy their territory would be meaningless in the context of indigenous and tribal communities if said right were not connected to the natural resources that lie on and within the land.”⁸ In this regard, the Court stated that “Article 21 of the Convention should not be interpreted in a way that prevents the State from granting any type of concession for the exploration and extraction of natural resources within Saramaka territory.”⁹ With this sentence, the court declared that the right to property is not an absolute right, thus – under very specific, exceptional circumstances¹⁰ – it can be restricted. In order to secure the rights of the tribal people in case of such a restriction, *the state must abide by the following three safeguards*: (i) “The State must ensure the *effective participation* of the members of the Saramaka people, in conformity with their customs and traditions, regarding any development, investment, exploration or extraction plan [...] within Saramaka territory.” (ii) “The State must guarantee that the Saramakas will receive a reasonable *benefit* from any such plan within their territory.” (iii) “The State must ensure that no concession will be issued within Saramaka territory unless and until independent and technically capable entities, with the State’s supervision, perform a *prior environmental and social impact assessment*.” – Both in the judgement on the merits, both in

¹ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. paras. 77,79.

² IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. paras. 77, 86.

³ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. paras. 115-117.

⁴ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. para. 196.

⁵ ORELLANA, Marcos A.: *Saramaka People v. Suriname*. *American Journal of International Law*, Vol. 102, Issue 4 (October 2008), pp. 841-847; p. 844

⁶ IACtHR, *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, June 17, 2005. Serie C, No. 125., paras. 124, 137.

⁷ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. para. 121.

⁸ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. para. 121.

⁹ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. para. 126.

¹⁰ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, August 12, 2008. (interpretation) Serie C No. 185. para. 49.

the interpretative judgement, the court established further conditions for restrictions.¹ – According to the Court, “These safeguards are intended to preserve, protect and guarantee the special relationship that the members of the Saramaka community have with their territory, which in turn ensures their survival as a tribal people.”² Additionally, the Court considers that, “regarding large-scale development or investment projects that would have a *major impact* within Saramaka territory, the State has a duty, not only to consult with the Saramakas, but also to obtain their free, prior, and informed consent, according to their customs and traditions.”³ The sixth question addressed the fulfilment of the above mentioned guaranties. The Court concluded that Suriname failed to fulfil its obligations: “...the logging concessions issued by the State in the Upper Suriname River lands have damaged the environment [...] the State did not allow for the effective participation of the Saramakas in the decision-making process [...] nor did the members of the Saramaka people receive any benefit from the logging in their territory.”⁴

Following from the above, the Inter-American Court stated that Suriname violated Articles 21 and 25 of the ACHR. In the ambit of *reparations*,⁵ the Court considered the members of the Saramaka people as the injured party, without having to name them individually. The Court determined several measures to guarantee non-repetition, including demarcating territories; recognizing collective juridical capacity; and perfecting internal laws on consultations, EIAs, and judicial protection. As measures of satisfaction, the Court ordered the state to translate its judgment into Dutch and to finance two radio broadcasts, in the Saramaka language, of the decision's key paragraphs. Also, in relation to compensation, the Court considered that the Saramaka people had obtained no benefit from the timber extracted from their territory and that the logging concessions had resulted in environmental damage; Suriname was, therefore, ordered to pay US\$75,000 in compensation for such material damage. The Court also considered the immaterial damage caused to the Saramaka people by “alterations to the very fabric of their society.”⁶ It is regrettable that Suriname failed to comply with most of these prescriptions.⁷ Regarding this issue, *Dinah Shelton* suggested – in her writing 15 years ago – that a proper follow-up mechanism should be implemented in the Inter-American System to ensure the implementation.⁸

¹ In the context of restrictions of property rights in general, the Court has previously held that: „in accordance with Article 21 of the Convention, a State may restrict the use and enjoyment of the right to property where the restrictions are: a) previously established by law; b) necessary; c) proportional, and d) with the aim of achieving a legitimate objective in a democratic society” – IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. paras. 127, 137.; IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, August 12, 2008. (interpretation) Serie C No. 185. para. 34.

² IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. para. 129.

³ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. para. 134.

⁴ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. para. 154.

⁵ According to my humble opinion the jurisprudence regarding reparations is the greatest achievement of the Inter-American System. The IACtHR never limits itself to a merely declaratory judgement – like the European Court of Human rights did in some cases –, it always awards pecuniary and non-pecuniary redresses. Regarding this, the so-called “*project of life*” theory has a distinguished role, which was introduced by the IACHR in the *Loayza-Tamayo Case* (IACtHR, *Loayza-Tamayo vs. Peru Case*, November 27, 1998. Serie C No. 42.). According to the aforementioned theory, when the Court decides the amount of the reparation, it has to consider what possibilities and ambitions the victim had before the events. – SHELTON, Dinah: Remedies in the Inter-American System. *American Society of International Law Proceedings*. 1998 (Vol. 92) 202, pp. 202-206., p. 203.; RAISZ Anikó: *Az emberi jogok fejlődése az Emberi Jogok Európai és Amerikaiközi Bíróságának kölcsönhatásában*, Novotni Kiadó, Miskolc 2010, pp. 97-98.

⁶ IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. paras. 186-202.

⁷ PRICE, p.11.

⁸ SHELTON, p. 206.

IV. Conclusions

The Inter-American System, like other human rights forums – although always being in the vanguard – has come a long way to fully recognize the rights of the indigenous peoples. The statements of the *Awasi Tingni* case regarding the rights of the indigenous peoples makes the judgement precedent-worthy for two reasons: on the one hand, the Inter-American Court stated the existence of these rights, and stated that they demand special attention,¹ on the other hand, since the judgement, the right to property and the right to judicial protection serves as a basis to protect indigenous rights.² The significance of the *Saramaka* case is also beyond doubt, however, scholars highlight different aspects. *Lisl Brunner* claimed that it is the first decision brought by an international tribunal to hold that a non-indigenous minority group has legal rights to the natural resources within the lands it has inhabited for centuries.³ Richard Price – who participated in the proceedings in front of the IACtHR in the current case – says that the real importance of it lies in that the Court addressed people’s corporate (collective rights) instead of viewing them merely as an aggregation of individuals or as a community: the Court established the *Saramaka*’s right to recognition as a corporate legal identity, despite the lack of such possibility under current Suriname law.⁴ Fergus MacKay – who participated in the case as a legal aider of the community – stressed the importance of self-determination, stated by the court.⁵

Despite these cases being milestones, questions regarding the future legal practice are still open. *First*, it has to point out that interpreting Article 21 of the ACHR that would not preclude every concession fits the political realities of the South-Americas. However, the permissible restrictions show the shortcomings of framing indigenous rights to land and territory as an issue of property rights under Article 21 of the ACHR. This approach leaves several open questions. What criteria determine the natural resources “necessary” to the survival of the group? What standards determine when a project has a “major impact,” thereby triggering the free and prior consent requirement? If the natural resource affected is essential for survival – therefore consent and benefit sharing is required –, then does payment of compensation quantifies the price of the group's existence? To put it simply, does this mean that for a certain amount of money, an irreplaceable cultural heritage can be destroyed? According to Orellana, these shortcomings could be avoided with a *right-to-life approach* – since the right to life cannot be restricted so easily; however this conception could intensify the tension between human rights law and the sovereignty of the state, since states usually don’t like to abandon their claims over natural resources.⁶ *Second*, the decision does not clarify how the environmental damage should be evaluated. The judgment lacks detailed analysis on valuation, and the level of compensation appears low in regard to what experts described as “severe and traumatic” damage, as “among the worst planned, most damaging and wasteful logging possible,” and as rendering the “forest incapable of producing traditional *Saramaka* agricultural crops.”⁷ *Finally*, some scholars – like *Ariel E. Dulitzky* – argue that instead of culture-based identification, these groups of people should be identified on racial basis. The “cultural” argument that formed part of the Court’s basis for deciding the *Saramaka* case – and which was wholly appropriate to the needs of these Maroons, and of other Suriname Maroons (who clearly form culturally distinct groups within the

¹ IACtHR, *Mayagna (Sumo) Awasi Tingni vs. Nicaragua*, August 31, 2001. (merits) Serie C No. 79., paras. 149-151.

² ICHR, *Mary and Carrie Dann v. United States Case*, December 27, 2002. Serie C No. 11.140.; IACHR, *Maya indigenous community of the Toledo District vs. Belize*, Case 12.053, 2004.; IACtHR, *Yakye Axa indigenous community vs. Paraguay*, June 17, 2005. Series C No. 125.;

³ BRUNNER, p. 699.

⁴ PRICE, p.2.

⁵ PRICE, p.2.

⁶ ORELLANA, pp.844-47

⁷ ORELLANA, p.847; IACtHR, *Saramaka People vs. Suriname*, November 28, 2007. Serie C No. 172. paras. 150-152.

State) – would seem to have more limited application to most non-indigenous communities in the Americas, such as many *remanecentes de quilombos*, who are seeking rights to their traditional territories.¹

Counter to the above mentioned shortages of the property-based protection of indigenous rights, it still grants the most effective protection of the human rights of indigenous and tribal people. Thanks to the work of the Inter-American Court, the rights of the Indigenous Peoples do not remain empty academic theory; they became the living instruments of the international law, which has to be taken into account by every future offender. This effective protection can serve as an example worth following for other human rights mechanisms: on the one hand the receiving party can implement a tried-and-true, fit for life solution; on the other hand it can contribute to unify the protection of the indigenous peoples throughout the globe.

¹ PRICE, p.10.

DIMENSIUNEA EUROPEANĂ A FUNCȚIEI PUBLICE

Oana DURUBALĂ¹

Abstract

Dimensiunea funcției publice și selecția funcționarilor publici reprezintă o problemă de actualitate nu doar la nivel național ci și european. De aceea, în prezentul studiu am încercat să prezint regimul juridic al încadrării funcției publice, insisitand asupra condițiilor de numire în funcție, asupra modalităților de recrutare și asupra diferențelor dintre unele state din Europa.

De asemenea administrația și politica ocupa un loc special în lumea contemporană și sunt în strânsă legătură cu cealaltă. La ora actuală în Europa se dorește ca recrutarea funcționarilor publici să se realizeze după criteriul capacității și nu în funcție de criteriile politice. În ceea ce privește acest aspect am expus anumite considerații ce reflectă realitatea actuală a administrației publice și relația sa specială cu politicul.

Nu în ultimul rând, prezentul studiu tratează și problema controversată cu privire la statutul funcționarilor publici ce lucrează în cadrul instituțiilor Uniunii Europene.

Cuvinte cheie: *Funcționar public, statut, selecție, recrutare, principii.*

1. Introducere

Noțiunea de funcție publică reprezintă ansamblul atribuțiilor și responsabilităților, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor de putere publică de către administrația publică centrală, administrația publică locală și autoritățile administrativ autonome². Astfel, funcția publică reprezintă o noțiune fundamentală a dreptului public, în general, a dreptului administrativ, în special, strâns legată de noțiunea de organ, autoritate, activitate administrativă etc³.

Funcționarii publici reprezintă mijloacele prin care acționează funcțiile publice. În momentul în care aceștia exercită una din atribuțiile specifice funcției ce o realizează, se manifestă în numele persoanei juridice de drept public din care face parte funcția publică pe care ei o ocupa.

Din punct de vedere etimologic, noțiunea de "funcționar public" în varianta sa modernă, a apărut o dată cu Revoluția franceză. Node *funcie public*, contrar aparen, este dificil de tradus cu exactitate în diferite europene, într-o analiză comparativ, riscurile de contrasens fiind mai numeroase decât în cazul altor instituireferitoare la administra. fiind tradus în limba spaniolă și portugheză prin "functionario", pe când tari precum Belgia și Luxemburg utilizează un termen mai neutru de "agent al statului", sau "agent al colectivităților publice", "civil service" în engleză, sau "**offentlichen Dienst**" în germană.

Se apreciază că prima țară care a adoptat un Statut general al funcției publice este Spania, prin Legea din 1852, urmată de Luxemburg, printr-o lege din anul 1872 și Danemarca, în 1899. În Italia, primul statut al funcționarilor civili a fost adoptat la 22 noiembrie 1908 iar în Republica Irlanda prima lege privind funcția publică datează din anul 1922. Olanda și Belgia au adoptat prima lege privind funcționarii în 1929 iar Regulamentul general al funcționarilor din Regatul unit al Marii Britanii și Irlandei de nord apare în 1931⁴.

¹ Student, Facultatea de Drept, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: oanadrb@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. dr. Elena Emilia Stefan (e-mail: stefanelena@gmail.com).

² M. C. Cliza, *Drept administrativ partea I*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p.203.

³ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, Introducere. Organizarea administrativă. Funcția publică, ed. a IV-a, Ed. All Beck, București, 2005, p.547.

⁴ A. Iorgovan, *op. cit.*, p.530.

Noțiunea de funcție publică europeană este o noțiune uzuală și cunoscută de lumea întreagă, fiind utilizată în două sensuri diferite în funcție de contextul concret. Mai întâi, în sensul cel mai larg al termenului, funcția europeană desemnează atât persoanele investite cu autoritate publică care lucrează pentru o instituție sau un organism european, iar în sens restrâns se referă la funcționarii care desfășoară activitate în structurile administrației publice pentru fiecare dintre statele membre ale Uniunii Europene¹. Persoanele ce lucrează pentru instituții și organisme ale UE sunt fie funcționari europeni (în sensul restrâns al noțiunii) ,fie agenți contractuali, adică persoane care desfășoară activitate în baza unui contract de muncă și nu sunt investite cu autoritate publică.

2. Cuprinsul lucrării

2.1. Condiții de acces la funcția publică

Funcționarul public desfășoară activități ce implică întotdeauna prerogative de putere publică, cum ar fi punerea în executare a legilor și a altor acte normative, elaborarea proiectelor de acte normative, consilierea, controlul și auditul public intern, gestionarea resurselor umane și financiare, reprezentarea intereselor autorității sau instituției publice².

Condițiile de acces la funcția publică reprezintă acele elemente specifice funcției publice prin care legiuitorul urmărește să garanteze valorificarea profesională a viitorilor funcționari și să limiteze arbitrariul în selecție³.

Prin urmare, condițiile de acces la funcția publică trebuie să fie riguroase și în același timp obiective, bazându-se pe criteriul nediscriminării. În toate țările Uniunii Europene se regăsesc condiții de acces la funcțiile publice ce au scopul de a garanta calificarea profesională a viitorilor funcționari și a limitării arbitrariului în ceea ce privește selecția lor⁴. În acest sens vorbim de următoarele condiții:

1. **pregătirea de specialitate în raport cu specificul funcției**
2. **vârsta** - aproape toate statele membre fixează limite de vârstă minime și maxime cu excepția Olandei, Suediei, Irlandei, și a Marii Britanii
3. **renunțarea la unele avantaje anterioare** - demisia dintr-un partid politic
4. **nationalitatea**- în cazul României cetățenia romană este un criteriu obligatoriu⁵
5. **să fie apt din punct de vedere medical**
6. **reputația**
7. **să nu aibă antecedente penale**
8. **cunoașterea a cel puțin o limbă de circulație internațională(pentru anumite funcții publice)**

Din perspectiva dreptului comparat, de regulă, se face distincția între **condițiile obiective** și **condițiile subiective** de acces la funcția publică⁶.

Condițiile obiective se referă fie la candidați, fie la administrație, iar în acest caz este vorba de existența posturilor bugetare vacante. Două aspecte au caracterizat, în mod specific, dreptul de acces la funcția publică: problema publicării posturilor vacante și cea a listelor de așteptare sau a rezervelor la recrutare.

1 **Mihaela Tofan**, *Dreptul funcției publice europene*, Univ. Al.I.Cuza Iasi, p. 20.

2 **M.C. Cliza**, *Drept administrativ partea I*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 207.

3 **I.M. Nedelcu, A.L. Nicu**, *Drept administrativ*, Ed. Themis, Craiova 2002, p.261.

4 **Mihaela Tofan**, *op. cit.*, p.13.

5 Art. 16, alin 3, Constituția României revizuită publicată în M.Of. Partea I, nr.767 din 31 octombrie 2003.

6 **J. Ziller**, *op. cit.*, p. 384 și urm.

În ce privește *condițiile subiective*, este vorba despre condiții a căror interpretare lasă o largă libertate de apreciere autorităților care sunt însărcinate cu verificarea lor, în funcție de natura funcțiilor ce urmează să fie îndeplinite și de calitățile particulare ale fiecărui candidat.

În toate statele Uniunii Europene, loialitatea față de instituții este considerată ca fiind una din principalele îndatoriri ale funcționarilor, în ciuda diferențelor semnificative de formulare; semnificația să variează de la o țară la alta.

În ceea ce privește situația în România, condițiile de acces într-o funcție publică sunt prevăzute în Legea 188 din 8 decembrie 1999 republicată, capitolul VI, existând de asemenea reglementări constituționale cu privire la acestea.

2.2. Recrutarea funcționarilor publici

Se poate spune că selecția candidaților pentru posturile de funcționari publici a reprezentat din totdeauna o preocupare de prim ordin pentru "clasa politică", respectiv pentru partidele politice ce se afla la guvernare, după caz, în opoziție¹. Criteriile și metodele de selectare a funcționarilor publici reflectă desigur caracteristicile formei de guvernare ale fiecărui stat în parte și mai ales a epocii în care se analizează acest aspect.

Deși dezvoltarea ideilor democratice și a principiului la liberul acces la funcția publică susțin ideea ocupării posturilor de funcționar public pe baza meritelor, în realitatea în lumea contemporană are loc un proces numit politicizarea, ce reprezintă substituirea criteriilor bazate pe merit cu cele întemeiate pe considerente politice în procesul de selecție, retenție, promovare recompensare și penalizare a funcționarilor publici².

La ora actuală se apreciază că sunt trei elementele de forță pentru evocarea *raporturilor dintre politica și administrație*, și anume: impactul politicului în activitatea de selecție, recrutarea și în cariera de ansamblu a funcționarilor publici; întrepătrunderea între politic și administrativ precum și puterea de care dispune administrația asupra sferei politicului³.

De regulă, în știința administrației publice se regăsc două metode de selectare a funcționarilor publici. În prima categorie sunt încadrate **metodele nedemocratice**⁴ ce sunt specifice perioadei Antichității și Evului mediu. Asemenea conducătorilor celor mai multe state de la acea vreme, nici "funcționarii publici" nu erau selectați pe baza unor calități deosebite. Aceste metode nu se bazează pe factori obiectivi și concreți, ci mai degrabă pe ereditate, nepotism sau noroc. Cea de a doua categorie cuprinde **metode democratice**, ce le regăsim în administrația modernă. Astfel întâlnim selecția politică, selecția intelectuală și cea profesională.

Revoluția franceză a marcat momentul apariției **principiului accesului egal la funcția publică**, fiind un element de noutate nu doar în Europa ci în întreaga lume. La ora actuală toate statele membre ale Uniunii Europene au acest principiu enunțat fie în constituție, fie în lege (cazul Danemarcei și Irlandei)⁵.

În societatea modernă, toate statele europene cunosc un anumit model de selectare și recrutare la funcțiile publice. Desigur majoritatea statelor își selectează candidații pe baza unui CV, în urma interviurilor, referințelor, competențelor, pe baza pregătirii profesionale, a experienței și în unele cazuri și în urma unei testări psihologice.

1 **D. Apostol Tofan**, *Instituii administrative europene*, Editura C. H. Beck, București, 2006, p. 169.

2 **Guy B. Peters, Jon Pierre**, *Politicization of Civil Service in Comparative Perspective*, Routledge, London, 2004, p. 2

3 **D. Apostol Tofan**, *Instituii administrative europene*, Editura C. H. Beck, București, 2006, p. 161.

4 **Iorgovan, A**, *op. cit.*; p.322

5 **J. Ziller**, *op. cit.*, p. 382

Pot fi identificate însă și anumite particularități pentru diferite state europene:

1. Modelul adoptat de Olanda și Danemarca

În aceste două state recrutarea se bazează pe principiul nediscriminării având două particularități, astfel există **obligatia** de a recruta un procent de 2% din numărul candidaților persoane ce suferă de handicap și de a recruta o femeie atunci când se alege între doi candidați de sex opus, ce dispun de aceeași competență¹.

2. Modelul german

Se caracterizează prin selecția în etape și recrutare liberă. O particularitate a acestei forme de selectare o constituie monopolul juriștilor la funcțiile publice de conducere, în ciuda numeroaselor reforme instituite.

3. Modelul britanic

Potrivit acestuia, recrutarea este una foarte amplă și riguroasă, ce este încredințată unui grup de personalități independente ce nu sunt supuse presiunilor politice. Astfel concursul de nivel superior încearcă să înlăture orice exercițiu bazat pe memorie și presupune o etapă ce constă în teste de calificare. Cea de a doua etapă constă în lucrări elaborate de candidați în vederea admiterii și în cele din urmă un interviu de 40 de minute în fața unui juriu ce își va formula o decizie definitivă².

4. Modelul francez

Acest model se caracterizează prin organizarea de concursuri și prin existența unor școli de formare profesională în acest domeniu. Este vorba de recrutarea cursanților unei școli specializate, în care se pregătesc viitorii funcționari, numiți într-un anumit corp la finalizarea pregătirii și dispunând de posibilitatea de a-și alege locurile de activitate în funcție de ordinea rezultatelor obținute la sfârșitul școlarizării³.

5. Modelul adoptat în România

Un concept veritabil de "drept administrativ" este întâlnit pentru prima dată în Dacia Romana, când a suferit puternice influențe sociale, politice și administrative din partea Imperiului Roman. Ulterior, administrației de stat aplicabil Evului mediu i s-au aplicat reglementări specifice feudalismului românesc. Momentul de referință al nașterii conceptului de drept administrativ a fost Revoluția franceză.

La ora actuală în România, se aplică modelul francez ce se bazează pe selecția pe bază de concurs și este specifică existența școlilor specializate în pregătirea viitorilor candidați pentru funcțiile publice. Astfel, recrutarea funcționarilor publici se face prin concurs, organizat în limita funcțiilor publice vacante prevăzute anual în acest scop prin planul de ocupare a funcțiilor publice.

Capitolul VI - *Carierea funcționarilor publici*, din Legea 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici este dedicat ocupării funcțiilor publice vacante ce se pot face prin promovare, transfer, redistribuire și concurs.⁴ Pentru a participa la acest concurs trebuie îndeplinite anumite condiții strict prevăzute de lege.

1 J. –L. Bodiguel, *op. cit.*, 143.

2 Civil service in the Europe of Fifteen: Trends and new developments", European Institute of Public Administration, BE Maastricht, the Netherlands, 2001

3 D. Apostol, *Institutele Regionale de Administratie din Franta*, documentar, in *Studii de drept romanesc* nr. 3-4/1991, p.210-213.

4 Legea nr. 188/1999 privind Statutul functionarilor publici - republicata, Capitolul VI, art 56

Principiile care stau la baza organizării și dezvoltării carierei funcționarului public sunt ¹:

- a) *competența*- candidații trebuie să dețină și să confirme cunoștințele și aptitudinile necesare exercitării funcției publice respective;
- b) *competiția*- confirmarea cunoștințelor și aptitudinilor necesare exercitării unei funcții publice se face prin concurs sau examen;
- c) *egalitatea de șanse*- recunoașterea vocației la cariera în funcția publică a oricărei persoane care îndeplinește condițiile stabilite potrivit legii;
- d) *profesionalismul*- exercitarea funcției publice se face cu respectarea principiilor prevăzute de lege;
- e) *transparența*- autoritățile și instituțiile publice au obligația de a pune la dispoziție tuturor celor interesați informațiile de interes public referitoare la cariera în funcția publică.

2.3. Considerații privind funcția publică în instituțiile Uniunii Europene

În ceea ce privește **drepturilor și îndatoririlor funcționarilor publici europeni**, dintre drepturile consacrate în Statutul funcționarilor Uniunii Europene amintim: libertatea de expresie, libertatea de asociere, dreptul la grevă, dreptul la carieră, dreptul la perfecționarea pregătirii profesionale, dreptul la salariu, dreptul la pensie²

Acest capitol cupinde aspecte privind răspunderea funcționarilor publici europeni, iar Statutul funcționarilor Uniunii Europene consacră trei tipuri de răspundere: **răspunderea contravențională, răspunderea civilă sau materială și cea penală**³.

Răspunderea contravențională a funcționarilor publici se angajează în cazul în care aceștia au săvârșit o contravenție în timpul și în legătura cu sarcinile de serviciu.

Răspunderea civilă sau materială a funcționarului public se angajează în ceea ce privește pagubele produse cu vinovăție patrimoniului autorității sau instituției publice în care funcționează, pentru nerestituirea în termenul legal a sumelor ce i s-au acordat necuvenit, fie pentru daunele plătite de autoritatea sau instituția publică, în calitate de comitent, unor terțe persoane, în temeiul unei hotărâri judecătorești definitive și irevocabile.

Răspunderea penală pentru infracțiunile săvârșite în timpul serviciului sau în legătură cu atribuțiile funcției publice pe care o ocupă se angajează potrivit legii penale.

În cazul s-a dispus începerea urmăririi penale, conducătorul autorității sau instituției publice va lua măsura de suspendare a funcționarului public din funcția pe care o deține⁴.

În ceea ce privește **obligațiile ce revin funcționarilor publici**, în sistemul european predomină ideea fidelității, a îndeplinirii cu profesionalism și imparțialitate a prerogativelor funcției, existând o procedură disciplinară pentru sancționarea greșelilor, sancțiunea revocării din funcție fiind sancțiunea cea mai severă ce poate fi luată împotriva unui funcționar public, cu excepția sancțiunii de retragere a dreptului la pensie, prevăzută în dreptul francez⁵

1 . Hotărare nr. 611/2008 pentru aprobarea normelor privind organizarea și dezvoltarea carierei funcționarilor publici , Titlul I, art 4.

2 Consiliul European, Comitetul ministrilor, Recomandarea No. R (2000) 10, privind codurile de conduită pentru funcționarii publici, adoptată la 11 mai 2000, la a 106-a sesiune a sa.

3 **Mihaela Tofan**, *Dreptul funcției publice europene*, Univ. Al.I.Cuza Iași, p. 55.

4 **Mihaela Tofan**, *Dreptul funcției publice europene*, Univ. Al.I.Cuza Iași, p. 56.

5 **Antonie Iorgovan** , *op. cit.*, p. 591.

În ceea ce privește oferta de muncă a Uniunii Europene, aceasta este una deosebit de atractivă. Odată angajat, funcționarul public urmează să beneficieze de următoarele beneficii¹:

- salariu competitiv - în mod obișnuit în jur de 46.000 (suma estimativă) de euro pe an pentru un absolvent de învățământ superior cu experiența profesională
- alocații, adaptate fiecărui caz în parte, care includ o alocație de expatriere de 16%, dacă este cazul, plătită pe toată durata anilor de muncă, alocație pentru copilul său copiii aflați în întreținere, alocație pentru educație, dar și pentru partener
- acces la instruire excelentă, inclusiv instruire în limbi străine
- asigurări medicale complete
- educația gratuită a copiilor, la școli europene, depinzând de numărul de locuri disponibile existente
- un plan bun de pensie

2.4. Situații tensionate cu privire la administrația publică la nivelul Uniunii Europene

În ultima perioadă, la nivelul Uniunii Europene, s-au semnalat din ce în ce mai multe nemulțumiri din partea statelor membre cu privire la situația financiară la nivelul bugetului Uniunii. Astfel, capitală europeană le-a cerut statelor membre să reducă cheltuielile, iar în timp ce milioane de spanioli, portughezi, greci și romani și-au văzut pensiile, salariile și ajutoarele salariale semnificativ diminuate, la Bruxelles nu s-a resimțit până acum deloc ecoul măsurilor de austeritate.

În această privință, Marea Britanie a semnalat o discordanță, publicațiile britanice numindu-i pe funcționarii publici "eurocrații" costisitori. Deși Comisia Europeană susține că a făcut deja economii, în realitate lucrurile nu sunt așa. De exemplu Parlamentul European își mută sediul de la Strasbourg la Bruxelles, fapt ce generează costuri de 180 de milioane de euro. De asemenea Comisia Europeană își construiește un nou sediu chiar lângă clădirea unde își desfășoară în prezent activitatea, costul investiției fiind de 310 milioane de euro². Un alt aspect intens dezbătut este statutul funcționarilor publici și salarizarea acestora. La nivelul UE, salariile sunt în continuare mai ridicate comparativ cu cele din majoritatea statelor membre, dar și față de alte organizații internaționale cum ar fi NATO.

În urma acestor afirmații și situații tensionate, în luna noiembrie 2012, funcționarii publici din cadrul instituțiilor UE au organizat o grevă, protestând împotriva unor eventuale tăieri de fonduri care sunt susținute de unele state membre ca fiind necesare.

Desigur critică adusă acestor așa numite "excese" este din punctul meu de vedere exagerată, având în vedere faptul că acești funcționari publici au o pregătire profesională excepțională, sunt aleși pe criterii extrem de riguroase și nu în ultimul rând depun un efort considerabil în momentul în care se mută din țara lor de origine într-un stat stăin.

Pentru a putea funcționa la cotele cele mai înalte UE are nevoie de personal calificat și motivat în același timp. Persoanele ce doresc să aplice pentru un loc de muncă în cadrul unei instituții a UE trebuie să fie constituite atât de avantajele de care vor beneficia cât și de dezavantajele unei astfel de funcții.

În primul rând acești funcționari trebuie să fie motivați material, desigur și perspectiva profesională joacă un rol extrem de important, însă cel mai important aspect care trebuie avut în vedere în momentul în care se pune în discuție o reducere a indemnizației acestor funcționari este faptul că ei au ales să plece din țara lor de origine, în care cel mai probabil aveau un oarecare confort, o familie, o situație stabilă. Pentru a determina o persoană foarte bine pregătită din punct de vedere profesional să renunțe la aceste lucruri, acea persoană trebuie în primul rând motivată salarial. Prin urmare sunt justificabile salariile mai mari decât în celalalte state membre, deoarece în caz contrar,

1 http://ec.europa.eu/civil_service/job/official/index_ro.htm.

2 <http://www.ziare.com/economie/criza/fara-austeritate-pentru-birocrații-europeni-1202599>

UE nu ar mai avea garanția că acele persoane cu o foarte bună pregătire profesională vor dori să lucreze în cadrul instituțiilor UE. Salariile și sporurile funcționarilor sunt justificabile deoarece de cele mai multe ori, aceștia se mută împreună cu membrii familiei lor, ce trebuie la rândul lor integrați în societate. Este foarte important că partenerul de viață să beneficieze de consultanță și pregătire profesională în așa fel încât acesta să poată ocupa un loc de muncă, iar copii să beneficieze la rândul de anumite condiții educaționale preferențiale. Interesul UE este acela de a păstra cât mai mult timp acei funcționari în care a investit.

În al doilea rând, dacă s-ar aproba o reducere a salariilor funcționarilor, cel mai probabil aceștia și-ar îndrepta atenția spre sectorul privat. În acest caz UE ar suferi mari pierderi de personal și cel mai probabil ar genera pierderi considerabile și costuri mai mari în viitor.

3. Concluzii

În prezentul studiu am încercat să prezint într-o oglindă fidelă situația selecției și recrutării funcționarilor publici. Astfel am constatat că în lume se regăsesc mai multe modele precum modelul german, francez, britanic.

În toate statele Uniunii Europene, loialitatea față de instituții este considerată ca fiind una din principalele îndatoriri ale funcționarilor¹. De asemenea și principiul nediscriminării este extrem de important, acesta fiind menționat în constituțiile și legile țărilor europene. Principiul nediscriminării a fost elaborat astfel încât femeile să poată avea acces la funcțiile publice, în mod egal cu bărbații, cu mențiunea ca în unele state acest principiu încurajează ca între două persoane de sex diferit ce concurează pentru aceeași funcție și dețin aceeași calificare, să fie aleasă persoana de sex feminin, tocmai pentru a încuraja femeile să participe la aceste concursuri și a restabili balanța.

Trebuie menționat faptul că societatea umană a cunoscut o evoluție accentuată în ceea ce privește administrația publică, astfel s-a trecut de la o selecție a funcționarilor publici pe baza unor metode nedemocratice², ce nu se bazau pe criterii obiective ci dimpotrivă pe nepotism sau noroc, ce desigur erau specifice perioadei și regimului politic de la acea vreme, la o selecție pe baza metodelor democratice în care este selectată persoana cu cea mai bună pregătire profesională, ce îndeplinește cerințele prestabilite de funcția în cauză. De asemenea, trebuie amintit faptul ca agenții care își desfășoară activitatea în cadrul instituțiilor europene formează un corp aparte de funcționari, cu un statut propriu, care nu se confundă nici cu funcționarii publici naționali, dar nu urmează nici modelul funcționarilor publici internaționali.

În opinia mea, cele mai multe probleme se pun în legătură cu salarizarea și costurile ridicate ale funcționarilor publici din cadrul UE, aceasta fiind o situație tensionată de actualitate. Principala cauză ce a determinat această situație este criza economică la nivel european, ce afectează din ce în ce mai multe țări ale UE și regimul de austeritate ce a fost impus asupra țărilor aflate în impas economic. Astfel, în timp ce numărul țărilor ce nu mai pot acoperi cheltuielile bugetare este în continuă creștere, în cazul bugetului UE nu s-a resimțit nicio schimbare în acest sens, iar un număr semnificativ de state considera că este inacceptabil ca funcționarii UE să beneficieze în continuare de aceleași salarii, în timp ce bugetarii din statele afectate de criza economică au suferit reduceri salariale considerabile.

Din punctul meu de vedere reducerea salariilor funcționarilor UE nu reprezintă o soluție de salvare a fondurilor UE, cel puțin nu pe termen lung, deoarece acesta reducere ar duce inevitabil la plecarea a unui număr considerabil de angajați din cadrul instituțiilor UE și în mod inevitabil ar genera costuri suplimentare cu privire la angajarea și pregătirea unor noi candidați pentru funcțiile rămase vacante.

1 J. Ziller, *op. cit.*, p. 382.

2 A. Iorgovan, *op. cit.* p. 322.

În concluzie de departe de a fi o practică unitară, pe plan european, selecția funcționarilor publici depinde și de voința politică care-și pune amprenta asupra legislației.

Bibliografie

- **M.C. Cliza**, *Drept administrativ*, partea I, Editura Universul Juridic, București, 2011.
- **A. Fuerea**, *Manualul Uniunii Europene*, Ediția a IV-a revăzută și adăugită după Tratatul de la Lisabona (2007-2009), Editura Universul Juridic, București, 2010.
- **A. Iorgovan**, *Tratat de drept administrativ*, vol.I, Ediția a IV-a, Editura All Beck, București, 2005.
- **Dana Apostol Tofan**, *Instituții administrative europene*, Editura CH Beck, București, 2006.
- **D. A.Tofan**, *Drept administrativ*, vol.I, Ediția a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2008.
- **Mihaela Tofan**, *Dreptul funcției publice europene*, Univ. Al.I.Cuza Iași.
- **J. Ziller**, *Administration compares. Les systemes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Paris:Edition Monchrestien, 1993.
- **I.M. Nedelcu, A.L. Nicu**, *Drept administrativ*, Ed. Themis, Craiova, 2002.
- Constituția României revizuită publicată în M.Of. Partea I, nr.767 din 31 octombrie 2003.
- Legea nr.188/1999 privind Statutul funcționarilor publici republicată în M.Of. Partea I, nr.356 din 20 mai 2007.
- Hotărâre nr. 611/2008 pentru aprobarea normelor privind organizarea și dezvoltarea carierei funcționarilor publici, Titlul I, art 4.
- <http://ue.mae.ro/node/546>
- <http://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/publicserviceprinciples.faces/ro/11650/html.bookmark;jsessionid=C43ED5746F701E729B6888DC509FFE80#hl2>
- <http://www.ziare.com/economie/criza/fara-austeritate-pentru-birocraii-europeni-1202599>

THE INSTITUTION OF AFTERCARE

Nóra Németh*

Abstract

The aim of this paper is to introduce and analyse the institution of aftercare as the essential part of the reintegration of the convicts into the society both in the Hungarian and in the American law. I intend to prove the necessity of aftercare, although it is a delicate issue, as the support of the convicts is not entirely accepted by the society, often it is regarded with resentment. The reason why I chose this topic is because as a volunteer I have taken part in the “Deeds for the victims and the offenders” project implemented within the framework of the Széchenyi-plan and this process resulted in a change in my way of thinking that is reflected in this paper.

Keywords: *aftercare, aftershock, boot camps, convicts, aftercare coordinator, volunteer, penal institutions, freedom, support, law, patron, research, halfway houses, prevention of recidivism*

1. Introduction

Besides the important international studies, the paper introduces the national development, history and the local implementation of the issue. In addition, it contains my independent research, an in-depth interview with the Borsod-Abaúj-Zemplén county aftercare coordinator, as secondary legal source. The main aim of the paper is to cast more light on the issue of aftercare, which serves the interest of the society. If one offender can be returned to the path of legality by encouraging a different viewpoint, my work has achieved its goal. After this process the offenders can step out to society – a scene full of problems and dangers – as a person with values and ethics to fit into the society.

2. The general questions of aftercare (history, notion)

In the early Christianity the Council of Nicaea founded an organization for the care of convicts called procuratores pauperum, the “attendant of the poor”¹. Thus, the church established an institution for the systematic visiting of the poor sentenced to death, as the caretaking of the convicts² and the organized prison visits had already been established in the 16th century in France, but only the 18th century brings radical changes to prison reformation.

Aftercare could only become important with the spread of modern imprisonment as the medieval penal system with the existence of death sentence and physical torture and the different medieval mentality regarded such institutions unnecessary. The reform movement however brings a change to the system by creating prison affairs’ and prisoners’ aid societies, the first one in Philadelphia in 1776, followed by one in Denmark, in 1797. In 1788 J. Howard – the founder of the patronage associations – established the Philanthropic Society that became the first institution not only for the caretaking of criminals but also for the abandoned and children.³ As a result changing views of the period a Prisoners’ Aid Association was formed in 1866 working first as a charity

* Nóra Németh, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary (shadownora@citromail.hu) This study has been completed under the supervision of Dr. Anita Nagy

¹ Ferenc Nagy: On the domestic development of aftercare and supervision. Collected studies published by Scientific and PR department of Ministry of Justice. Volume 10. Aftercare and supervision. 1985, p. 31.

² Cyprian, the bishop of Carthage made the caretaking of convicts compulsory for the deacons

³ Ferenc Nagy. On the domestic development of aftercare and supervision. p. 32.

association with the aim to aid, support and reintegrate convicts released from prisons after World War I.¹

The gradual development and evolution of aftercare shows how the so far public work becomes a responsibility of the state.² Further analysis of the question reveals that the role of the patronage associations and movements is increasing that leads to the conclusion that this activity has become a mutual task of the state and the society. The improvement of the system has affected Hungary as well so I would like to cover the regulations in force.

The first operative legal source is the 17/2003. (VI. 24.) Ministry of Justice Decree which concerns the activity of the Probation Supervision Service and the modification of the decrees of the Minister of Justice related to the issue. The 6th paragraph of this decree mentions aftercare. The detailed regulations of aftercare, however, can be found in the 113-115th paragraph of the penal code, as aftercare is related to the penal institutions.³ After the introduction of the legal source system and the development I describe the conceptual elements of the institution and its basic differences from other institutions in the next section to better understand the issue of aftercare.

Several definitions refer to aftercare both in the field of criminal law and prison affairs such as “patronage-movement”, “prisoners’ aid” or “prison mission”. The notion of aftercare has been used in literature since the beginnings of 1940s.⁴ The reason for this change is that the notion of patronage was not defined completely. The current regulation in force does not give a particular definition of the meaning of the word. Its essence can be captured through its elements and purpose. The aim of the institution is written in 17/2003 (VI.24.) Ministry of Justice Decree Section IV. 39.§ (2).⁵

If the problem is analysed in a narrower sense, the 113-114§ of the penal code⁶ provides guidelines for achieving the purposes. (assistance, providing adequate social conditions) Here the targets are specialized and refer only to the aftercare activity carried out after the imprisonment that distinguishes it from the aforementioned decree.

2.1 The American terminology

Aftercare can be defined as a reintegrating service preparing juvenile offenders and offenders being released from prison for returning to the society by setting up suitable measures and programmes for them. The keys to successful care are formal and informal control, support and supervision. However, the term aftercare is incorrect, as it refers to an activity after a specific event, but prison advocacy – mentioned earlier in the Hungarian section – begins before the release of the convict or juvenile offender.⁷ In the centre of the terminology stands the aftercare in its original sense. In some states the aftershock is also known as a parallel-existing institution or a variant of aftercare.

Aftercare – aftershock: The location of our research is Arizona, where a variant of aftercare, the aftershock is applied. The difference between aftercare and aftershock is that in aftershock supervision twice a week and personal contact supplement the general supervision that makes it special compared to aftercare. So in case of aftershock service more intensive supervision and cooperation are involved. Aftershock treatment depends on various factors such as the actions of the

¹ L. Cseryánszky –T. Horváth – K. Heylmann – Cs.Kabódi – J. Lőrincz – F.Nagy – J.Pallo : Penal Law. Rejtjel Publishing Company, Budapest, 2007, p. 291. oldal.

² First becomes typical in England (Prison Act 1877) and in North-America

³ See in 11/1979. Decree on the implementation of sentences and measures

⁴ Ferenc Nagy: On the domestic development of aftercare and supervision. p. 37.

⁵ This Decree is on the activities of Probation Supervision Service and modifications of Ministerial Decrees related to it.

⁶ See in 11/1979. Decree on the implementation of sentences and measures

⁷ Steve V. Gies: Aftercare Services, U.S. Department of Justice: Juvenile Justice Bulletin (OJJDP) 2003, Sept. pp. 1-2.

person and its judgement or his/her past behaviour just to mention a few. The mandatory status of aftercare is differentiated in the various states. As aftercare and aftershock is not compulsory in each state – e.g. in Texas – people do not take part in the programme and the state cannot oblige them to do so. A survey carried out in 2000 in Texas shows that the rate of non-participants is exceptionally high, 89.2% of the released did not take part in the programs.¹ On the other hand in Arizona 95% of the people in boot camps (special correctional institutions in the US) are sent to aftercare.² The role of the camps in aftercare is discussed later. The two notions can also be distinguished by the different programs they use for people released from boot camps.

3. The American process

For various reasons in most American states aftercare is not applied. First, aftercare is not free; it must be paid for by the parents or families of the convicts in the majority of the states. This version is used in Oregon, where aftercare is operated in private institutions. The same system works in Florida.³ Secondly, the individualized care, which is considered very important, is missing in most cases.⁴ Some research and their results presented in the next chapter prove that there is no unified conclusion regarding the implementation of aftercare as there are no two identical activities and there are cardinal differences between them.

3.1. The results of aftercare in Cleveland, Denver and Mobile⁵

Aftercare, such as law, is implemented differently in the various states. Different rules apply to the participants of the programme and also the period and phases of aftercare differ significantly.

The Alternative School has been operating in Cleveland since 1993 as the first step of aftercare. The school operates in city centre offices, the duration of the program is 8 months and the programmes are three-phased. The three phases are the boot camps, the aftercare and the aftershock. The general meetings with the supervisors are supported with an intensive phase, when the participants have to meet their supervisors on a daily basis. 93% of the people in the boot camp called Camp Roulston chose to participate in aftercare.

In Denver city centre offices were also established along with an opportunity for education at the Wyatt Academy, where the programme lasts for six months. In Mobile so called Boys and Girls Clubs were formed with seven boys and seven girls where participants and their supervisors meet every two months. The maximum duration of the program is nine months. Despite this criterion 87% of the released from Environmental Youth Corps participated in the program.

The advantages of the three-phased aftercare (despite the differences between the phases) are the decrease in the number of recidivists and the increase in the education results such as increase in literacy rates. (68 out of 100 convicts became literate, 56 out of 100 convicts were able to spell). The effectiveness of the programme in Cleveland can be seen in the discipline in aftercare, which is similar to that of the boot camps. Despite the positive results the program started to decline. As a result of this the boot camp in Denver was closed in 1994 together with the institution of aftercare. The reason for the decline was the lack of good organization. Later the program was reorganized. In

¹ Tony Fabelo Austin: The State Jail System Today, Criminal Justice Policy Council, Texas, March 2000, p. 18.

² Blair B. Bourque, Mei Han, Sarah M. Hill: A National Survey of Aftercare Provisions for Boot Camp Graduates, U.S Department of Justice, National Institute of Justice Research in Brief, March 1996, p. 8.

³ Lieb, Lee Fish, Tood Crosby :A Summary of State Trends In Juvenile, Washington State Institute for Public Policy; The Evergreen State College, Olympia, Washington, 1994. Oct. p. 29.

⁴ Michael Peters, David Thomas, Christopher Zamberlan, Caliber Associates: Boot Camps, A Publication of the Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice 1997. Sept. pp. 15-16.

⁵ Lieb, Lee Fish, Tood Crosby :A Summary of State Trends In Juvenile pp. 13-23

Mobile the program failed after a year because of the operational problems but it was „restarted” based on a new model in 1994.

3.2. Halfway house

The start of a new life is often uncertain or hopeless for the ex-prisoners. They return to the same society as outcasts without financial security, qualification or job. The solution to these problems is the so called halfway houses. Several organizations collaborated to create a shelter for the homeless people released from prisons. The following program – Housing for Homeless Ex-Prisoners from Dream to Reality¹ – stands out from the rest. The program started in 1997 in West Harlem, New York.

4. In-depth interview with an aftercare coordinator about her role and tasks in aftercare (excerpt)

The subject of my interview is the aftercare coordinator of Borsod-Abaúj-Zemplén County, Hajnalka Vincze. I asked her about the process of aftercare, her role in that process, her professional activity and her suggestions about the topic. As a coordinator she is in daily contact with the released taking part in the program, so the „guidelines” she gave in the interview provide a more practical approach to the topic of this paper.

The description of the most important tasks in the process of aftercare

The aftercare coordinator actively supports the convict or the released by creating the objective and subjective conditions of the reintegration. The coordinator takes part in the preparation and completion of the individual development plan of the convicts in the project together with the reintegration counsellor, the penal institution project manager and the convict. There are weekly (e.g. preparing the weekly plan of the institute, taking part in the staff meetings) and monthly duties (e.g. the preparation of the monthly status report, statistics and case studies). The coordinator performs care activities in certain cases, but not only in the period directly before the release of the convict. The preparation of individual case management, involving volunteers in the project, the organization of the group sessions, keeping contact with the cooperating institutes and with the released and informing the institutions of the intensive aftercare are also parts of the duties of the coordinator. To eliminate the problems concerning the job search the coordinator cooperates with the coordinator of the labour organization.

The realization of the intensive aftercare and the assistance offered to the convicts before release

She works in the penal institutions in Borsod-Abaúj-Zemplén County. The care begins in the penal institutions. She meets the released clients in her office in the Community Centre of the Judicial Service of Borsod-Abaúj-Zemplén County Government Offices on every Friday.

Her tasks in intensive aftercare are the support, providing information on social and official matters, replacement of lost documents (National Health Care, ID, Address Card), assistance with employment, studies, housing and health care. It is important to note that aftercare is voluntary; the released can apply for this service in six months after their release.

¹ <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/204806.pdf>

5. A program in Hungary: “Deeds for the victims and offenders”

Before I give details about this project some important information must be provided. The complete title of the project is “The methodological foundation of crime prevention and reintegration projects strengthening social cohesion” and its project identification number is TÁMOP 5.6.2-10/1-2010-0001.

The program specializes in three different target areas, the Northern-Plain Region, the Northern-Hungary Region and Southern-Transdanubian Region, where nine aftercare coordinators carry out their duties in order to realize the program objectives during the implementation period of the program, 16.04.2010 – 16.04.2012. The program involves several partners such as the Ministry of Interior as project manager together with the Hungarian Prison Service Headquarters, the Office for Justice, the University of Miskolc, the Northern-Plain Regional Job Centre and finally the Southern-Transdanubian Regional Job Centre. The professional project coordinator of the subproject is Dr. Erika Csemáné Váradi. As for the detailed description of the project, the purpose of the project is to help the people on the periphery of society reintegrate into society in the three target areas¹ that include the reduction and prevention of children and juvenile crimes, helping the victims of the crimes, preventing people from becoming victims of crimes and the reintegration of offenders into the society and the job market.

The target groups of the project in accordance with the abovementioned three aims are the professionals and volunteers in crime prevention, victim assistance and reintegration in the three regions both of the victims and the convicts. We also have to mention the subprojects; trainings of crime prevention specialists and volunteers, trainings on multi-phased reintegration of the convicts into the job market, on the establishment of the intensive aftercare model, on the development of the Community Centre, on the community services as a special type of punishment and also on the improvement of victim assistance services. The evaluation of the project supported by the European Union took place in 2011 when it entered the phase of implementation that involved the subproject on reintegration: “The program provides an opportunity for the convicts and their families to prepare for the life after release. Thus, those who are willing to change their fates are given the opportunity.”²

The further objective of the project is to extend to a national level and to involve volunteers in the process. In accordance with these aims an aftercare volunteer training was launched as the involvement of peer helpers and volunteers is essential for the realization of the project. Crime prevention requires everyone’s voluntary contribution³ so I would like to share some thoughts about the volunteer training.

The volunteering students were introduced to the project in several conferences organized by the University of Miskolc with assistance from Erika Dr. Csemáné Váradi. Three students from the Faculty of Law of the University of Miskolc led by Hajnalka Vincze the aftercare coordinator of Borsod-Abaúj-Zemplén County, Zsuzsanna Guzi, Ágnes Irmes and myself together with other participants from different fields took part in an intensive aftercare volunteer introductory training in Budapest. The volunteer training was held between 13-15 June 2012. The 30-hour program consisted of modules such as information about the project and the subprojects, documentation system, comprehensive education about criminal procedure law, penal law and the social welfare system as well as case studies and lectures. The last day of the course role-playing tasks had to be performed in pairs where one volunteer played the role of a volunteer and the other played the role of a convict in a given situation following the rules of the law. While mistakes were allowed in practice, in the future during real volunteer work in the prisons after the release of the convicts there can be no mistakes.

¹ http://www.uni-miskolc.hu/~mepir/download/TAMOP_5-2-6_Csemane_Varadi_Erika.pdf

² citation from a press conference by Major General András Csóti 27.04.2011.

³ Crime Prevention. Professional publication of Borsod-Abaúj-Zemplén County Police Headquarters and Borsod-Abaúj-Zemplén County Crime Prevention Foundation. Miskolc, 2003, p. 7

The project continues and soon the volunteer work begins as support activities representing the common morale among people.¹

6. The evaluation of the aftercare work

The Hungarian Helsinki Committee examined the prison conditions together with aftercare service in 2000-2001.² It has drawn the conclusion that aftercare as part of the probation is operating in an unsatisfactory way.

Practice shows that the institutional form of reintegration into the society is justified only for a small number and proportion of the convicts even the ones on parole. The lack of staff that are able to do aftercare work and the lack of financial conditions also complicate the matter. As the work is carried out in city offices, in some cases assistance cannot be given to convicts living in the country.³

A change occurred in 2009, when the Committee carried out another inspection in several penal institutions e.g. the National Penitentiary in Tiszalök, the Regional Juvenile Penitentiary in Szirmabesenyő, the Veszprém County Penitentiary and the Penitentiary and Jail in Kalocsa in which aftercare, its improvement and the work of the carers were examined.⁴

7. Reintegration and resocialization

The key to the success of aftercare is that the process of reintegration already starts in the jails with self-awareness, problem-solving and aggression management trainings, the organization of study circles, providing access to libraries, setting up of drug prevention departments or special educational programmes⁵ and by informing convicts of the events of the world and by ensuring the contact with the supervisors and aftercare coordinators.

However, prison pastoration, the religious group work stands out from these activities. Besides the work of the prison chaplain the biggest opportunity for the victims lies in education, where the main principle is that knowledge, acquiring professional and theoretical skills is required for social advancement. Learning starts at primary school level and might go on in secondary school or even college courses. Many stray from this path of advancement – most of them of their own accord. Several of them can be found in penitentiaries; however the convicts one day become free and afterwards must become an active and useful member of the society.

8. Problems: alienation, solitude, crowdedness

Isolation can be seen as one of the main principles of penitentiaries. It can either be external isolation (from outside, friends, family) or internal isolation (inside the prison depending on behaviour). The main objective of isolation is to prevent the convicts from forming possible associations, cooperation and committing further crimes. For example recidivists show an example to other convicts that increases the potential of recidivation.⁶

¹ Erika Varsányi: *Social Work and Culture*. Pont Publishing Company, 2010., p. 81

² László Korinek: *Criminology*. Magyar Közlöny Publishing Company. Budapest, 2010, pp. 690-691

³ Judit Utasi: *Supervision and aftercare for juvenile offenders*. *Criminology Studies*. XXXVII., Budapest, 2000., pp. 141-143

⁴ <http://helsinki.hu/jelentesek-a-buntetes-vegrehajtasi-intezetekben-tett-latogatasokrol>

⁵ Probation programmeme: A Progressive Penal Alternative. It involves challenging tasks for the convict, which gives an immediate feedback about successes or failures to the supervisors. Ruzsonyi Péter: *Criminalpedagogical alternatives to imprisonment of juvenile convicts*. *Penitentiary Review*. 2009/2, pp. 30-31

⁶ Attila Pap: *New regulations for separation of first-time offenders?* *Penitentiary Review*. 2008/1, pp 79-80

The second problem to overcome in penal institutions is crowdedness. Despite earlier efforts¹ the problem arose not only in Hungary: although Texas has the largest network of penitentiaries within the USA it still has to cope with the lack of space. (e.g. in 2005 15,000 more rooms would have been necessary, as the number of convicts is the second highest in Texas after Louisiana)². The reason for this is the increase in the number of alcohol and drug addicts as it was found out by the survey of the Texas Commission on Alcohol and Drug Abuse. (TCADA) 59% of the convicts on probation and 63% in prisons are addicted to alcohol or drugs³. The reason for the crowdedness (unlike in Hungary) is the lack of obligatory preventive medical treatment. In 2003 New York was the first state which offered treatment for the addiction of the prisoners during their sentences in prison.⁴ In several states of the States boot camps were founded to eliminate the crowdedness in prisons. Besides the aforementioned problems of prison life the negative effect of prisonization also exists, namely the distortion of personality: „We were robbed of our identities. We have become numbers.”⁵

9. De lege ferenda

In my opinion the best solution would be to make aftercare compulsory for the released and also his/her immediate personal environment and family should be involved as well. Before the aftercare process it is important to start trainings in the prisons which aim at preparing the convicts for the challenges they are likely to face after release. For this purpose a special group was formed in the Budapest Penitentiary⁶. In many cases the „family background” or the lack of it or a bad company is the reason why the released does not take part in aftercare. Recidivism is very likely in such social background. On the other hand if the compulsory nature of aftercare is emphasized then other problems might arise from this, as the convicts will be aware that they will have an obligation after release. Further problems are caused by the fact that thus the state forces a person to perform an activity that – according to the state – is for its own benefit and wishes to prevent damages (recidivism) caused to itself and the society and by this action it justifies coercion.⁷ However, if the restriction of freedom can only be applied to those who may benefit from it, than the involvement of parents and friends is debatable. Thus the unsolved problem is against whom coercion can be used and justified in order to prevent the harm to others.⁸

Compulsory aftercare has many advantages that can be summarized in the following: organizing individual session only for the people in aftercare and their families and friends; the existence of group sessions, conversations (the importance of volunteers) and trainings that aim at encouraging communication and education, emphasizing the importance of communication, jobs and schooling. These courses also provide help with household chores e.g. cleaning, disinfection, cooking, washing, acquiring experience necessary for everyday life such as paying bills, saving

¹ The Ombudsman of Civil Rights has also investigated such cases (AJB-2606/2010.Case number). József Pacsek: Crowdedness and solitude. Currents issues in placement of convicts. Penitentiary Review. 2011/4, pp 1-10.

² Camille Graham Camp and George M. Camp: Everything Anyone Wants to Know About Adult Corrections, Criminal Justice Institute, Inc., The Correction Yearbook 1999 (Middletown, Connecticut, 1999) p 15.

³ Carlisle Maxwell :Texas Commission on Alcohol and Drug Abuse, Substance Abuse and Crime in Texas, (Austin, Texas, Nov. 1998) p 7.

⁴ Katherine Finkelstein, „New York to Offer Most Addicts Treatment Instead of Jail Terms,” New York Times, Jun. 23/2000.

⁵ Péter Tamáska: Political prisoners sought. Mundus Hungarian University Publishing Company, Budapest, 2006, p 242.

⁶ Erzsébet Vörös: Special training for release. Penitentiary review. 2009/1, pp 81-86.

⁷ Joel Feinberg: The Moral Limits of the Criminal Law (volume three) Harm to Self, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp 4-6.

⁸ John Stuart Mill: On Liberty, Readers International, 1994, p 18.

money, behaviour in public places etc. and getting medical treatment in case of addictions. The trainings also include provision of community service, which might be seasonal jobs such as digging snow, collecting litter, cleaning public places and these activities would be supervised and checked.

References:

1. **Attila Pap**: New regulations for separation of first-time offenders? Penitentiary Review. 2008/1
2. **Blair B. Bourque, Mei Han, Sarah M. Hill**: A National Survey of Aftercare Provisions for Boot Camp Graduates, U.S Department of Justice, National Institute of Justice Research in Brief, March 1996
3. **Camille Graham Camp and George M. Camp**: Everything Anyone Wants to Know About Adult Corrections, Criminal Justice Institute, Inc., The Correction Yearbook 1999 (Middletown, Connecticut, 1999)
4. **Carlisle Maxwell**: Texas Commission on Alcohol and Drug Abuse, Substance Abuse and Crime in Texas, (Austin, Texas, Nov. 1998)
5. **Crime Prevention. Professional publication of Borsod-Abaúj-Zemplén County Police Headquarters and Borsod-Abaúj-Zemplén County Crime Prevention Foundation.** Miskolc, 2003
6. **Erika Varsányi**: Social Work and Culture. Pont Publishing Company, 2010
7. **Ferenc Nagy**: On the domestic development of aftercare and supervision. Collected studies published by Scientific and PR department of Ministry of Justice. Volume 10. Aftercare and supervision. 1985
8. **Joel Feinberg**: The Moral Limits of the Criminal Law (volume three) Harm to Self, Oxford University Press, Oxford, 1986
9. **John Stuart Mill**: On Liberty, Readers International, 1994
10. **József Pacsek**: Crowdedness and solitude. Currents issues in placement of convicts. Penitentiary Review. 2011/4
11. **Judit Utasi**: Supervision and aftercare for juvenile offenders. Criminology Studies. XXXVII., Budapest,
12. **L. Csernyánszky –T. Horváth – K. Heylmann – Cs.Kabódi – J. Lőrincz – F.Nagy – J.Pallo** : Penal Law. Rejtjel Publishing Company, Budapest, 2007
13. **László Korinek**: Criminology. Magyar Közlöny Publishing Company. Budapest, 2010
14. **Lieb, Lee Fish, Tood Crosby** :A Summary of State Trends In Juvenile, Washington State Institute for Public Policy; The Evergreen State College, Olympia, Washington, 1994. Oct.
15. **Michael Peters, David Thomas, Christopher Zamberlan, Caliber Associates**: Boot Camps, A Publication of the Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice 1997. Sept.
16. **Péter Tamáska**: Political prisoners sought. Mundus Hungarian University Publishing Company, Budapest, 2006
17. **Péter Ruzsonyi**: Criminalpedagogical alternatives to imprisonment of juvenile convicts. Penitentiary Review. 2009/2
18. **Steve V. Gies**: Aftercare Services, U.S. Department of Justice: Juvenile Justice Bulletin (OJJDP) 2003, Sept.
19. **Tony Fabelo Austin**: The State Jail System Today, Criminal Justice Policy Council, Texas, March 2000
20. <http://helsinki.hu/jelentesek-a-buntetes-vegrehajtasi-intezetekben-tett-latogatasokrol> (2012. oct.)
21. http://www.uni-miskolc.hu/~mepir/download/TAMOP_5-2-6_Csemene_Varadi_Erika.pdf (2012. oct.)

NECESITATEA ASIGURARILOR DE VIATA IN ACTUALUL CONTEXT ECONOMIC

Florin Gabriel ICHIM¹

Abstract

Asigurarile in general joaca un rol foarte important in viata oricarui individ, deoarece ofera suport in cazul in care se intampla un eveniment nedorit. Dintre asigurarile facultative un rol important il au asigurarile de viata, deoarece ele se refera la cel mai de pret bun al unui individ, viata sa. Prin intermediul acestor asigurari, asiguratorii cumpara riscul de deces si/sau supravietuire, in schimbul unei prime de asigurare. Spre deosebire de alte riscuri, decesul este un risc a carui producere este certa, doar data la care acesta intervine este incerta. Asigurarea de viata, pe langa acoperirea principala, de deces din orice cauza, i se pot atasa si alte acoperiri, prin clauze. Cele mai uzitate clauze se refera la: spitalizare, interventii chirurgicale, corelarea sumei asigurate cu indicele inflatiei, invaliditate, boli grave sau fracturi si arsuri. Asigurarile de viata se gasesc pe piata romaneasca de profil in urmatoarele forme: protectie, protectie si economisire, protectie si investitie. Randamentele oferite de asigurarile care detin componente de economisire/investitie, sunt o alternativa viabila la produsele de investitie/economisire bancare.

Cuvinte cheie: *protectie, economisire, asigurari de viata, investitii, prima, risc.*

Asigurarile de viata sunt produse oferite de societati specializate, si care acopera de la caz la caz, unul sau mai multe riscuri. Practica ne arata ca asigurarile de viata sunt oferite de societati care au istoric si traditie in domeniul asigurarii. Aceasta stare de fapt este data de complexitatea si caracterul special pe care il au asigurarile de viata fata de celelalte asigurari. Desi nu exista reguli scrise, piata asigurarilor de viata necesita experienta din partea asiguratorilor.

Caracterul special al acestor asigurari vine din faptul ca se refera la bunul cel mai de pret al unui individ, si anume viata sa. Pe langa obiectul central al asigurarii de viata, acest tip de asigurari se mai refera si la alte bunuri la fel de pretioase in existenta individului. Acestea sunt sanatatea si integritatea corporala a individului. Pierderea unui membru al familiei, ii pune pe cei indoliati in fata a doua impasuri: emotional si financiar. Daca pe plan emotional o asigurare de viata nu poate compensa pierderea persoanei dragi, pe plan financiar, asigurarea de viata sustine familia si aduce venitul pe care il aducea persoana decedata. Asigurarea de viata faciliteaza mentinerea nivelului de trai al familiei, siguranta financiara, asigurarea dezvoltarii personale a indivizilor, sustinerea copiilor pentru a urma cursul scolar dorit si nu in ultimul rand stabilitate.

Sanatatea este alt bun de pret al individului, astfel o sanatate buna duce la posibilitatea realizarii pe plan profesional si la situatii financiare stabile. In timp ce o stare de sanatate precara, duce la imposibilitatea afirmarii ca individ, pierderea respectului de sine, marginalizare sociala si situatii financiare precare. In acelasi mod si integritatea corporala conduce la afirmarea socio-profesionala a individului cu beneficiile aduse de aceasta.

Din cele mai vechi timpuri oamenii au fost preocupati de protejarea vietii, a sanatatii si a bunurilor lor, astfel au luat nastere asigurarile, care au evoluat pana la forma actuala a asigurarilor de viata. Cele mai vechi forme de asigurare de viata sunt indemnizatiile de deces, care erau acordate in vederea sustinerii cheltuielilor cu inmormantarea, aceste indemnizatii au fost folosite in antichitate in

¹ Masterand, Finante si Asigurari, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti; (e-mail: florin.ichims@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub conducerea conf. univ. dr. Sandra Teodorescu (tsandra@xnet.ro)

bazinul Marii Mediterane. Acestea mai sunt numite si asigurari de inmormantare, se incheiau in cadrul unui grup de persoane si prevedea ca la decesul unei persoane din respectivul grup ceilalti sa contribuie cu o anumita suma pentru cheltuielile aferente funeraliilor.

A mai existat in antichitate obiceiul ca aristocratii sa contracteze cu supusii contracte de renta viagera, prin care obtineau venituri pe tot parcursul vietii.

Alta forma incipienta a asigurarilor de viata a fost folosita de asociatiile de sprijin reciproc ale mestesugarilor, acestea constituiau fonduri de indemnizatie pentru urmasii meseriilor. Fiecare membru platea o cotizatie anuala, iar cuantumul cotizatiei era diferentiata in functie de varsta. Astfel cei mai in varsta plateau o cotizatie mai mare, deoarece riscul de deces era mai mare, in timp ce participantii mai tineri, plateau cotizatii mai reduse.

Forme mai evoluate ale asigurarilor de viata au fost inregistrate in Anglia secolelor XVI – XVII, cele mai uzitate fiind: asigurari pe termen scurt, care acopereau riscul de deces in principal pentru transportul pe mare; asociatii mutuale de asigurare, membrii cotizau cu o anumita suma anual si plateau indemnizatie familiilor membrilor decedati; si anuitatile, o forma de asigurare de pensie pe o anumita perioada de timp.

Odata cu trecerea timpului oamenii au realizat importanta din ce in ce mai mare a contractarii unei asigurari de viata. Astfel aceste asigurari au evoluat foarte mult; un element esential in dezvoltarea asigurarilor de viata l-a reprezentat dezvoltarea statisticii. Dezvoltarea statisticii a permis o mai buna dimensionare a riscului, frecventa sa asupra unei comunitati, si pe cale de consecinta a pretului platit pentru preluarea riscului. Strangerea unor date demografice, pentru a constitui tabele de mortalitate, care sa fie apoi folosite pentru dimensionarea riscului, a fost realizata in anul 1693 de catre astronomul Edmund Halley. Un tabel de mortalitate complet a fost realizat de catre James Dodson in anul 1775. Ideea generata de Halley si Dodson, a fost ca pretul unei asigurari de viata poate fi determinat de varsta persoanelor care doresc contractarea unei asigurari de viata, urmand ca asiguratul sa plateasca aceeasi suma de bani pe intreaga perioada a preluarii riscului. Faptul ca asiguratul plateste aceeasi suma de bani pe intreaga perioada a asigurarii este data de o atenta dimensionare a riscului, care se face pe baza tabelelor de mortalitate.

Daca la inceput nivelul primei de asigurare se calcula exclusiv pe baza varstei de intrare in asigurare, ulterior au mai intervenit si alti factori precum sanatate, istoric familial al bolilor si raportul greutate/inaltime. Astfel pentru o persoana care a fost diagnosticata cu diferite boli, exista riscul recidivei, predispozitia pentru unele maladii se transmite genetic, iar persoanele care sufera de obezitate sunt mai predispuse decat alte persoane la diferite boli. Aceste probleme enuntate duc la cresterea riscului, si implicit la cresterea primei de asigurare sau la nepreluarea in asigurare, daca asiguratorul considera ca riscul este prea mare.

Un factor important care a dus la dezvoltarea industriei asigurarilor a fost dezvoltarea economica, industrializarea si folosirea la scara larga a banilor ca “marfa de schimb”. Astfel oamenii isi sustineau existenta datorita veniturilor salariale si nu datorita bunurilor produse, s-a pus problema asigurarii unui venit familiei, atunci cand cel care intretine familia ar deceda sau ar fi in incapacitate de munca.

Mai mult decat atat, odata cu intrarea informatiei, oamenii au devenit interesati si de investirea sumelor de bani detinute, pentru realizarea unui venit suplimentar si pentru contracararea efectului de erodare a puterii de cumparare al banilor. Astfel pe langa asigurarile standard care ofera economisire au aparut si asigurari care ofera componenta de investitie. Prin aceste produse contractantii isi asigura o investitie cu un minim de efort, la un grad de risc pe care si-l doresc.

In Romania piata asigurarilor este formata din societati de asigurare, societati de reasigurare si societati de intermediere in asigurari, aceste mai fiind numite si brookeri in asigurari. La inceputul anului 2013 pe piata romaneasca se gasesc 38 de societati de asigurare, din aceste doar circa 13 ofera asigurari de viata.

In tara noastra activitatea de asigurare – reasigurare este supravegheta si reglementata de Comisia de Supraveghere a Asigurarilor, care are atributii de autorizare, supraveghere prudentiala si

control a activității de asigurare/intermediere în asigurări. CSA își desfășoară activitatea pe baza legii 32/2000 privind activitatea de asigurare și supraveghere a asigurărilor, cu modificările și completările ulterioare.

Pe piața românească a asigurărilor de viață întâlnim cu precădere două tipuri de asigurări: asigurarea de deces și asigurarea mixtă de viață.

Asigurarea de deces. Aceasta se prezintă ca fiind opusul asigurării de supraviețuire, riscul asigurat fiind decesul, un risc viitor, sigur, însă incert ca moment al producerii. Astfel asiguratorul se obligă să plătească beneficiarului suma asigurată dacă pe parcursul contractului de asigurare, asiguratul decedează. De asemenea, prin semnarea contractului de asigurare, asiguratul este de acord că dacă la sfârșitul contractului se află în viață, sumele de bani plătite asiguratorului cu titlu de prime, să îi revină acestuia din urmă. Asigurarea de deces este o formă de protecție a familiei față de pierdere unui component al ei; venind în ajutorul familiei cu o sumă de bani, care o va ajuta să treacă mai ușor peste pierderea financiară intervenită și peste cheltuielile aferente funeraliilor. Acest tip de asigurare este folosită în prezent, datorită factorului de protecție al familiei, cât și costului relativ redus fără de o asigurare de viață mixtă.

Asigurarea mixtă de viață. Aceasta asigurare este foarte uzată în prezent, ea reunește cele două riscuri într-un singur serviciu de asigurare. Cuprinderea într-un contract de asigurare a celor două riscuri nu înlătură caracterul lor opus, sau responsabilitatea partilor. Astfel prin perfectarea contractului de asigurare, asiguratul se obligă la plata primelor către asigurator, la intervalele de timp stabilite de comun acord; iar asiguratorul se obligă ca odată ce intervine decesul asiguratului să plătească beneficiarului suma asigurată, sau în cazul în care asiguratul supraviețuiește să îi plătească acestuia la maturitatea contractului suma asigurată. Acest tip de asigurare este cea mai folosită în prezent, deoarece indiferent de situație familia beneficiază de o sumă de bani. Aceasta asigurare mai este asimilată unei forme de economisire moderne. Asiguratul poate deveni oricând renunța la contract, situație în care va beneficia de cuantumul sumelor plătite minus taxa de rascumpărare, care i se revine asiguratorului.

Se mai întâlnesc și renta de studii pentru copii sau asigurările unit linked. Prin renta de studii, părintele/tutorele economisește o sumă de bani pentru susținerea studiilor copilului, în același timp părintele fiind asiguratul pe acest contract.

Asigurarea unit-linked este un produs de ultimă generație în domeniul asigurărilor de viață, care oferă atât protecție cât și investiție, astfel o parte a banilor colectați de asigurator cu titlu de prime sunt investiți în diverse instrumente financiare care generează venituri mai mari decât o asigurare mixtă de viață. Prima de asigurare este investită în fonduri de investiții organizate de asigurator, și în care asiguratul primește un număr de unituri, proporțional cu prima plătită. De obicei asiguratorul pune la dispoziția asiguratului trei fonduri de investiție, cu diferite grade de risc, de la risc scăzut la risc ridicat. Astfel asiguratul poate opta între cele trei fonduri sau poate opta pentru o variantă intermediară acestora. Acest tip de asigurare a apărut ca urmare a cererii de produse care să conțină atât componenta de protecție cât și de investiție.

Asigurările unit linked au cunoscut o amplă dezvoltare și extindere pe piața românească de profil în perioada creșterii economice accentuate a României. În această perioadă fondurile de investiții aferente acestei asigurări au adus profituri mari, și de aici cererea și promovarea amplă a acestui tip de asigurare. Dar odată cu resimțirea crizei financiare și în țara noastră, rentabilitățile fondurilor de investiție au scăzut, iar persoanele care aveau astfel de produse au renunțat la planurile de investiție cu risc mare. Astfel s-au orientat spre planuri de investiții care aveau ca obiect titluri financiare sigure, precum obligațiuni guvernamentale sau depozite bancare, pentru a conserva castigul obținut anterior.

Astfel începând cu anul 2009, cererea pentru unit linked a scăzut, iar cea pentru produse tradiționale garantate a crescut.

Riscul este un element esențial atunci când vorbim de o asigurare de viață. Astfel producerea riscului a dus la dezvoltarea conceptului de asigurare, care să asigure despăgubirea sau să

sustina financiar pe asigurat sau beneficiar. Riscurile care sunt acoperite de asigurarile de viata sunt: decesul si supravietuirea.

Privit din perspectiva juridica, riscul e un eveniment viitor, a carui aparitie e certa daca vorbim de riscul de deces, sau incerta daca vorbim de alte riscuri; momentul aparitiei sale fiind nedeterminat. Nu se asigura evenimente trecute, nu sunt evenimente asigurabile evenimentele a caror aparitie este imposibila, sau a caror aparitie este sigura; cu exceptia riscului de deces. La riscul de deces aparitia este sigura pentru fiecare persoana, incerta fiind data la care acest risc va aparea.

Privit din perspectiva tehnica, riscul se caracterizeaza prin volum si probabilitatea producerii. Probabilitatea de producerea a riscului se determina prin calcule actuariale care au la baza statistici aferente constatarilor facute asupra unui numar mare de cazuri intamplate deja in situatii asemanatoare. Din statistica reiese numarul maxim al pagubelor posibile, adica riscul maxim, in functie de care se calculeaza prima de asigurare, cat si valoarea despagubirii.

Riscul trebuie sa indeplineasca urmatoarele conditii pentru a fi preluat in asigurare:

- a) producerea riscului sa fie posibila, altfel nu prezinta interes economic;
- b) riscul sa fie real, si sa aiba un impact deosebit asupra situatiei asiguratului sau a familiei acestuia;
- c) riscul sa se produca indiferent de vointa asiguratului;
- d) riscul sa prezinte extindere teritoriala, fapt care permite realizarea facila a fondului de asigurare si prime cat mai mici;

Odata cu dezvoltarea asigurarilor de viata, acestea au devenit mai complexe, acoperind mai multe riscuri, decat riscurile clasice: deces si supravietuire. Astfel asiguratorii au dezvoltat o serie de clauze, care se ataseaza asigurarii de baza. Clauzele au fost dezvoltate pe arii de interes pentru asigurat, unde exista riscul sa intervina un eveniment neplacut pentru asigurat.

Clauzele se ataseaza contractului de baza, pe o durata cuprinsa intre un an si numarul de ani al contractului de baza. La aniversarea contractului se pot atasa noi clauze sau se poate renunta la cele existente. Clauzele au fost gandite sa acopere evenimente nedorite care pot afecta: viata, sanatate, capacitatea de munca, sau stabilitatea financiara.

Clauze care se refera la riscul de deces:

1. Clauza suplimentara privind asigurarea temporara de viata, aceasta prevede ca la decesul din orice cauza, beneficiarul sa primeasca pe langa indemnizatia de pe contractul de baza si indemnizatia aferenta clauzei.

2. Clauza suplimentara pentru deces din accident, beneficiarul va primi o suma de bani, ca urmare a decesului asiguratului din cauza unui accident.

3. Clauza de indexare a beneficiului garantat dupa decesul asiguratului¹, aceasta prevede ca daca asiguratul decedeaza, asiguratorul va plati primele de asigurare pana la maturitatea contractului.

Clauze care se refera la boli grave:

1. Clauza pentru afectiuni medicale grave, acesta se refera la persoane adulte, si acopera doua riscuri: diagnosticarea² si interventii chirurgicale³.

2. Clauza afectiuni medicale grave pentru copii, acopera riscul de efectuare a unui transplant major de organe si riscul de diagnosticare cu: cancer, insuficienta renala cronica, pierderea vederii, arsuri majore, poliomielite, meningita bacteriana, traumatism cerebral major sau encefalita.

Clauze care se refera la spitalizare⁴:

1. Clauza de spitalizare ca urmare a unui accident, platirea unei indemnizatii zilnice pentru spitalizare ca urmare a unui accident.

¹ Se poate atasa doar la renta de studii pentru copii. In cadrul Allianz Tiriac Asigurari SA este denumita YRT.

² Diagnosticarea cu: cancer, insuficienta renala, infarct miocardic, scleroza multipla, pierderea vederii, accident vascular cerebral, Alzheimer, Parkinson, cardiomiopatie primitiva, ciroza hepatica, meningita bacteriana, paralizie, soc septic, tumora cerebrala benigna.

³ Interventii: a aortei, de tip by-pass coronar, de inlocuire a valvelor cardiace, pierderea unui membru superior sau inferior, prima implantare a unui pace maker, transplant major de organe.

⁴ Aceasta clauza poate avea coasigurati: sot/sotie/copil.

2. Clauza de spitalizare ca urmare a unui accident sau a unei boli, platirea indemnizației pentru spitalizare ca urmare a unui accident sau a unei boli.

Clauze pentru intervenții chirurgicale¹:

1. Clauza pentru intervenții chirurgicale ca urmare a unui accident, plata indemnizației în cazul intervențiilor chirurgicale ca urmare a unui accident.

2. Clauza pentru intervenții chirurgicale ca urmare a unui accident sau a unei boli, plata indemnizației în cazul intervențiilor chirurgicale ca urmare a unui accident sau a unei boli.

Clauza pentru incapacitate temporară de muncă, prevede o indemnizație zilnică pentru incapacitate temporară de muncă.²

Clauza pentru cheltuieli medicale ca urmare a unui accident sau a unei boli, aceasta indemnizează costurile cu medicamente și materiale prescrise de medic, investigații medicale de diagnosticare, transportul cu ambulanță.

Clauza pentru fracturi și arsuri ca urmare a unui accident, indemnizează asiguratul pentru fracturi și arsuri suferite ca urmare a unui accident.

Clauze care privesc invaliditatea:

1. Clauza pentru scutirea de plată a primelor în caz de invaliditate permanentă de gradul I, invaliditatea poate surveni din accident sau boală.

2. Clauza pentru invaliditate permanentă de gradul I, în cazul în care asiguratul a fost diagnosticat cu invaliditate de gradul I, primește suma asigurată pentru această clauză.³

3. Clauza pentru invaliditate permanentă din accident, asiguratului i se plătește suma asigurată pentru această clauză dacă suferă o invaliditate permanentă din accident.

Necesitatea asigurărilor de viață, în actualul context economic.

Deși nu fac parte din categoria asigurărilor obligatorii, asigurările de viață sunt foarte importante deoarece vin în întâmpinarea nevoii de protecție a persoanelor. În afara de bunurile deținute de o persoană, viața, sănătatea și integritatea fizică a unei persoane sunt bunurile ei cele mai de preț și acestea pot fi afectate de diverse evenimente viitoare, care pot conduce la imposibilitatea desfășurării unei activități și implicit la obținerea unui venit. Necesitatea contractării unei asigurări de viață pleacă de la nevoia individului de a-și proteja familia, în cazul unui deces, la această caracteristică de bază se mai adaugă și alte beneficii oferite de această asigurare, precum economisire, investiție, pensie.

Viața a fost amenințată din cele mai vechi timpuri de forțele naturii, precum seisme, erupții vulcanice, alunecări de teren, incendii, inundații, ș.a. Pe de altă parte dezvoltarea accelerată a științei și tehnologiei a dus la aglomerări urbane, în cadrul cărora viața este amenințată de diferite pericole, cum ar fi accidente de muncă, creșterea numărului de autovehicule și a vitezei cu care acestea circulă, folosirea energiei atomice, folosirea energiei electrice, ș.a. Pe lângă amenințările de natură externă enunțate anterior, viața mai este amenințată și de boli, fie afecțiuni incurabile sau afecțiuni ale aparatului respirator, ale aparatului circulator, traumatisme sau afecțiuni ale aparatului digestiv. Pentru a limita și diminua efectele negative ale acestor amenințări, oamenii s-au constituit în comunități de risc și au hotărât ca cea mai bună formă de a limita efectele negative este să contracteze asigurări de viață.

Viața – bunul cel mai de preț al unui individ, viața este un bun care nu poate fi măsurat, cantificat în bani. Decesul unei persoane reprezintă o pierdere enormă pentru membrii unei comunități și cu atât mai mult pentru familia sa. Pe lângă pierderea emoțională, familia se confruntă și cu scăderea veniturilor, deoarece defunctul nu va mai aduce venituri. Pe lângă acest aspect apar cheltuieli imediate cu succesiunea și funeraliile. Ca urmare a reducerii veniturilor familiale și a

¹ Această clauză poate avea coasigurați: sot/sotie/copil.

² Această clauză poate avea coasigurați: sot/sotie.

³ Incadrarea în acest grad de invaliditate se face de către medicii experți de la asigurările sociale.

cheltuielilor imediate, bugetul familiei va fi serios afectat. Asigurarea de viata, cu un efort minim (platirea primelor de asigurare), poate avea un maxim de efect atunci cand familia are cea mai mare nevoie de sustinere financiara.

Sanatatea – al doilea bun al individului, ca importanta. O stare de sanatate precara, pune individul in imposibilitatea dezvoltarii sociale, financiare si profesionale. Prin clauzele ce se pot atasa la un contract de asigurare, protejeaza si despagubeste asiguratul atunci cand intervine invaliditatea, incapacitatea de munca sau boala. Aceste evenimente vor impiedica individul sa asigure familiei stabilitate financiara.

In actuala economie mondiala, asistam la foarte multe schimbari, care ne afecteaza zilnic, pe multe planuri: financiar, al sanatatii, economic s.a.m.d.. O problema acuta cu care ne confruntam este eroziunea banilor, pe care o putem observa zilnic si este reprezentata de rata inflatiei. Desi la depozitele bancare se primește o dobanda, aceasta este neutralizata de rata inflatiei. O alternativa viabila la depozitele bancare sunt asigurarile de viata, care prin atasarea unei clauze de corelare cu inflatia sa elimine devalorizarea banilor, si in acelasi timp sa ofere o dobanda competitiva pe termen lung.

Dobanda oferita la unele asigurari de viata este o dobanda fixa, garantata pe termen lung, de pana la 30 de ani.

O alta caracteristica importanta a asigurarilor de viata, stipulata prin legislatia de specialitate, este ca veniturile din asigurari nu sunt impozitabile. Acest aspect confera asiguratului un randament al asigurarii mai bun. Neimpozarea veniturilor se aplica la toate categoriile de asigurari de viata. Tot legislatia de specialitate prevede ca sumele din asigurari nu sunt supuse sechestrului. O caracteristica favorabila asiguratului mai ales in contextul economic romanesc, in care in ultimii ani falimentele s-au tinut lant.

Asigurarile ofera posibilitatea unei investitii cu un grad preferential de risc, cu sume minime, si care pot aduce profituri mari. Astfel intr-o economie in plina fierbere, in care totul este schimbator si nesigur, simplul cetatean care nu are cunostinte aferente pietei de capital, poate investi in titluri financiare, prin intermediul asiguratorilor.

Reusita unei persoane in viata este data in mare parte de studiile pe care aceasta le parcurge. Societatea tinde catre studii tot mai extinse si avansate, impedimentul major in accesarea studiilor o reprezinta sustinerea financiara. Rentele de studii, asigura parintii ca la varsta studiilor medii sau superioare, copiii lor vor beneficia de sustinerea financiara necesara. Acesta se realizeaza cu un efort minim, al economisirii la intervale mici de timp, lucru pe care parintii nu il perceop ca pe o povara. Pe langa asigurarea resurselor financiare aferente studiilor, viata parintelui/tutorelui este asigurata. Iar in eventualitatea nefericita in care parintele decedeaza, asiguratorul preia responsabilitatea de a plati prima de asigurare pana la maturitatea contractului, prin intermediul unei clauze.

Asigurarea de viata este necesara deoarece permite mentinerea nivelului de trai in cazul pierderii unui membru al familiei, mentine stabilitatea financiara, garanteaza accesul copiilor la studii superioare, ofera indemnizatii in cazul unor probleme de sanatate, este o modalitate sigura de economisire, asigura cel mai de pret bun al individului, ofera posibilitatea eliminarii eroziunii capitalurilor, ofera dobanda fixa pe termen lung, asigurarile sunt neimpozabile, ofera posibilitatea investitiei.

Avand in vedere riscurile enuntate anterior si situatia economico financiara instabila in care se afla tara noastra, asigurarea de viata este solutia la care ar trebui sa se gandeasca orice persoana, pentru a nu crea probleme de ordin financiar urmasilor sai.

Referințe bibliografice:

- Ciurel, V., Asigurări și Reasigurări: Abordări Teoretice și Practici Internaționale, Editura All Beck, București, 2000.
- Constantinescu, D., A., Tratat de asigurări, Editura Economică, București, Volumul I, 2004.

- Sandra TEODORESCU, Fundamentele asigurărilor, Editura BREN, București, 2010.
- Văcărel, Il., Bercea, Fl., Asigurări și Reasigurări, Editura Expert, București, 2007.
- www.allianztiriaco.ro/asigurari-persoane-fizice/asigurare-viata
- www.csa-isc.ro
- www.finantistii.ro/stiri/asigurari+de+viata
- www.portaldeasigurari.ro/asigurari/asigurare_viata.php
- www.wall-street.ro/tag/asigurari-de-viata+asigurari-generale.html

RETROSPECTIVA CRIZELOR ECONOMICE MONDIALE

VITALIS SERGIU ALEXANDRU¹

Abstract

Lucrarea de față, are drept obiectiv principal, analiza comparativă a crizelor economice cu care s-a confruntat omenirea din secolul al-XX-lea până în prezent, punându-se accent pe cauzele și consecințele acestor dezechilibrări. Istoria se repetă, dar cu consecințe mai mari asupra economiei mondiale. Criza din 1907 s-a dovedit să fie un an greu pentru Statele Unite ale Americii, urmată de Criza financiară provocată de Primul Razboi Mondial, Marea Depresie 1929-1933 (Joiă neagră), Criza aurului negru 1973 în stransă legătură cu războiul de Iom Kippur (Israel) până la criza din anul 2008 care s-a manifestat pentru prima dată în Statele Unite ale Americii extinzându-se apoi și în Europa și Asia. Ca o subtema tratată în această lucrare, vom explica cum s-a raportat România la această criză.

Cuvinte cheie: *Criza, inflație, lichidități, Keynes, recesiune*

Introducere

Criza economică reprezintă ciclul economic în economia contemporană prin scăderea rentabilității întreprinderilor, creșterea inflației, modificarea cererii mondiale de produse industriale, creșterea șomajului, accelerarea concentrării financiare și multinaționalismului economic. Este influențată de factori conjuncturali, cum ar fi revendicări salariale, creșterea prețului materiilor prime și al energiei, dar și factori structurali aceștia fiind scăderea productivității muncii dar și a rentabilității întreprinderilor. Economistul Henri Hubein (2008)² a formulat patru interpretări ale crizelor economice:

- Interpretarea lui Keynes (keynesista). Keynes spune că piața nu are un rol autoreglator. Investițiile sunt imprevizibile și subliniază importanța statului care intervine pentru a reglementa piața.
- Interpretarea liberală. Piața se autoreglează, criza fiind datorată statului, poate fi înlăturată prin decizia de a înceta schimbul economic cu exteriorul.
- Interpretarea marxistă. Criza apare pentru Karl Marx ca un element inert al capitalismului, iar ea face parte din mecanism, provenind din caracterul anarhic și cel inegal în producție. Inegal deoarece deținătorii de capital se îmbogățesc comparativ cu muncitorii. Așadar, producția crește, însă nu în aceeași măsură cu consumul, fapt care duce la declanșarea crizei prin supraproducție.
- Interpretarea schumpeteriană (Joseph Schumpeter). Economia fiind ciclică, ea trece prin anumite stări de avânt economic și recesiune.

Diferența dintre criză și recesiune

Dupa enunțarea conceptului de criză economică vom defini recesiunea, pentru a înțelege diferențele dintre cele două concepte. Recesiunea reprezintă procesul de stagnare, scădere a activității de producție, ciclul activităților în afaceri fiind în declin. Scad prin urmare, următorii factori: producția, investițiile, PIB-ul și se observă o creștere a șomajului. Se consideră economia aflată în

¹Student, Facultatea de Științe Economice, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: vitalis.sergiu@gmail.com.). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Iliescu Mihaela (e-mail: mag_mihaela@yahoo.com).

²Houben H., 2008, La crise économique et financière, Formation Attac, Bruxelles

recesiune din momentul în care se realizează o diminuare a PIB-ului pe parcursul a cel puțin două semestre consecutive. Definierea acestui termen a fost introdusă de către specialiștii în economie H. Burns și W. Mitchell în anul 1947¹.

Analiza cronologică a crizelor economice din secolul al-XX-lea până în prezent

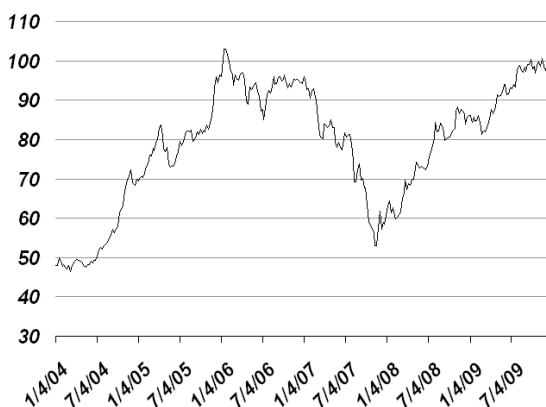
În cele două secole, principalele crize economice menționate de literatura de specialitate² sunt următoarele:

Anul 1907 a fost marcat de criza „Banker’s Panic”. Începuturile secolului al-XX-lea aduc în Statele Unite ale Americii o panică generală care s-a răspândit foarte rapid în toată țara, având ca rezultat retragerea de valuta/fonduri ale deponenților de pe întreg continentul, astfel bursa prabușindu-se. Ca și efect Trezoreria americană irosește miliarde de dolari pentru a remedia situația. Pe măsură ce evenimentele care aveau loc deveneau din ce în ce mai instabile, J. Pierpont Morgan³ vine în ajutorul bursei, convocând la New York o serie de întâlniri de urgență cu bancherii pentru a pune capăt varsării lichidităților din bănci. Cu un gest destul de neobișnuit, J.P Morgan i-a invitat pe bancherii în propria sa bibliotecă unde i-a închis pentru o bună vreme de timp. Această măsură a fost luată după a ce observat că bancherii nu vor cădea la o înțelegere între ei sub nici o formă, în cele din urmă bancherii au ajuns la un consens, criza luând sfârșit la puțin timp după acest eveniment. J.P Morgan a primit laudele și meritele evitării unei catastrofe care s-ar fi abătut asupra Statelor Unite ale Americii. Încrederea în sistemul bancar s-a restabilit în februarie 1908. Americanii au înțeles nevoia înființării unei bănci cetrale pentru ca astfel de situații să fie evitate, șase ani mai târziu este creată Rezerva Federală.

Conform teoriei, banca centrală aici fiind Rezerva Federală poate apărea ca un prim bloc de apărare în calea crizelor financiare, oferind împrumuturi în ultima instanță în locurile unde retragerile de lichidități au afectat grav sistemul bancar.

Mai jos am atașat un grafic care indică efectul pe care l-a avut criza din 1907⁴ asupra bursei. Perioada este între ianuarie 1904 și decembrie 1909, punctul cel mai jos fiind înregistrat pe data de 15 noiembrie 1907.

Tabelul 1
Indicele Downs Jones⁵



¹ Dex.ro vizavi de definierea recesiunii și businessday.ro

² Economia crizelor)

³ scurt istoric

⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Panic_of_1907

⁵ <http://en.wikipedia.org/wiki/File:DowJones1904to1909.png>

In anul 1914, rata de schimb pentru marcă și dolar era de 4 la 1. Germania deja se afla în plin proces de inflație¹ înainte de intrarea în Primul Război Mondial. La momentul acela nimeni nu a intuit care urmau să fie efectele de finanțare a războiului, început în august 1914. Această dată avea să marcheze începutul unui proces inflaționar de lungă durată care mai târziu avea să își arate consecințele asupra statului German și a dezvoltării sale. O explicație pentru prețurile aflate în creștere la începutul Primului Război Mondial a fost pus pe seama prudenței populației care cumpărau de frică; statul a încercat să intervină pe piața impunând prețuri maximale și mai târziu prin raționalizarea mărfurilor alimentare. Aceste tendințe au dus în cele din urmă la o scădere în privința calității produselor și la apariția unei crize motivate prin starea de război. Creșterea prețurilor se observă și la mașinile-unelte care ajung să se tripleze din 1914 până în 1918. În sectorul acesta creșterea era explicabilă prin comportamentul unităților militare de aprovizionare, plătind prețurile furnizorilor atâta timp cât livrările erau livrate la timp și rapid.

Măsurile luate de către guvernul german nu au făcut decât să menajeze situația dată prin concepte politice specifice stării de război, dar lipsite de stabilitate. Un fapt interesant era că moneda germană la sfârșitul războiului era folosită în continuare ca și mijloc de schimb și unitate de calcul, lucru care arăta că îndeplinea încă funcția banilor, cetățenii și ei credeau în puterea mărcii, deși situația se va schimba dramatical într-o scurtă perioadă de timp.

Fenomenul de creștere a prețurilor avea să se mențină după încheierea armistițiului și va continua până în anul 1922, Germania trecând de la o inflație ascunsă la un ritm mult mai alert. Am împărțit evoluția inflației în patru etape principale:

- De la semnarea armistițiului la 11 noiembrie 1918 și până la semnarea Tratatului de la Versailles la 28 iunie 1919, cursul dolarului a crescut de la 7,43 mărci la 14,01 mărci; În acest context prețurile de pe piață internă cresc cu 30%, iar mărfurile externe cu 50%. Deși în starea Germaniei se aflau și alte state ale Europei care și ele s-au confruntat cu scumpiri de prețuri.

- Din iunie 1919 până la Puciul lui Kapp² de la 13 martie 1920 dolarul crește de la 15,08 mărci la 83,39 mărci (un procent de 465%). Rata inflației se ridică pentru mărfurile interne cu un procent de 266%, iar pentru cele externe la 1031%. Puterile aliate renunță la blocada asupra Germaniei ceea ce a determinat creșterea cererii de mărfuri externe a economiei germane lipsită de această posibilitate de peste 5 ani. Scăderea valorii mărcii și scumpirea bunurilor la import este mai mult decât firească datorită plății acestor importuri făcute prin vânzare contribuind la creșterea ofertei de mărci în străinătate. În această evoluție nu trebuie neglijată despăgubirea de război pe care trebuia să o suporte o economie afectată de război în toate sectoarele sale, fiind imposibil să se ridice singura prin forțe proprii cu o populație traumatizată. Instabilitatea politică de la acea vreme venea cu amenințarea de a se transforma într-o dictatură militară, aceea ce ar fi declanșat un alt război și o migrare a capitalului peste granițe.

- Din aprilie 1920 și până la ultimatumul acceptat la Londra din 5 mai 1921, cursul dolarului înregistrează o creștere mai mică, ea fiind de 7% (59,64-63,53). Indicele prețurilor și mărfurilor interne crește în timp ce la mărfurile externe scade, indicele prețurilor angro crește cu 15%. Acești indicatori desemnează începutul unei stabilizări a mărcii pe fundalul crizei economice din 1920 care, declanșată în Japonia, va cuprinde toate țările industriale, exceptând Germania. În timp ce producția industrială scade la nivel mondial, în Germania avea să crească cu un procent de 20%. Economia germană capătă forțe proaspete având posibilitatea achitării reparațiilor de război.

- Din anul 1921 și până în iulie 1922, dolarul se apreciază cu 692%, de la 62,30 până la 493,22 mărci. Indicele prețurilor crește cu 769%, la mărfurile interne cu 635%, iar la cele externe cu 810%. După ce puterile aliate, prin ultimatumul de la Londra, au stabilit suma datorată Germaniei, drept reparații de război, la 132 miliarde mărci-aur cu rate anuale de 3 miliarde de mărci-aur

¹ Inflația este procesul de creștere rapidă și de durată a serviciilor, mărfurilor și prețurilor

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

determină prăbușirea abruptă a monedei germane. Până în luna decembrie a anului 1922 cursul dolarului crește cu 1.539% de la 439,22 mărci la 7.589,27 mărci. Hiperinflația se află în floare, evenimentele derulându-se extrem de rapid în ciuda măsurilor luate de către statul neamț în controlarea situației date. Până la sfârșitul anului 1921 cursul dolarului era de 49.000 mărci. De la 1 ianuarie 1923 și până la stoparea presei de bani, la 15 noiembrie 1923, au fost tipărite bancnote în valoare nominală de 3.877 trilioane mărci.

Inflația a contribuit la schimbarea caracterului economic german de la o economie de război la o economie de pace accelerând reconstrucția economică. Inflația derminând schimbări masive în structura și organizarea economiei nemțești contribuind pe o parte la procesul accelerat în trusturi și cartele demarat încă înainte de război, iar pe altă parte a oferit loc întreprinzătorilor mijlocii, de a lua o bucațică din glazura economiei¹.

1929-1933 – Wall Street (Joia Neagră)

Am menționat la un moment dat despre Rezerva Federală și rolul ei în economie. Odată cu venirea crahului² din 1929,dezlanțuirea crizei, Rezerva Federală nu a venit cu nici o soluție. Puteau să aplice o politică monetară expansionistă dar au preferat să strângă cureaua și așa aflați într-o situație precară. Crahul de pe Wall Street este cu adevărat cea mai mare catastrofa financiară din toate timpurile. Oferta de bani s-a contractat între anii 1929-1933, astfel criza de lichiditate și creditare a fost transformată într-o criză bancară, totodată dând naștere unei depresiuni economice grave.

Premisele crizei : America tocmai își revenea după Primul Război Mondial, iar economia intra într-o era nouă. Dezvoltarea inovațiilor tehnice și științifice din timpul războiului și imediat după, a creat o adevărată prăpastie între capacitatea salariaților de a cumpăra produse și capacitatea industriei de a le genera produse competitive, rata de economisire la nivelul statului avea o pondere medie și era mai mare decât oportunitățile primirii de capital străin, fapt care a dus numaidecât la creșterea exagerată a unor active, acțiuni și imobiliare în mare parte.

În perioada 1920-1929, activitatea economică a explodat, indicele producției industriale creștea de la 81 de puncte în 1920 la 114 în 1929 (o creștere semnificativă de 41%), în timp ce rata medie anuală de creștere a PIB-ului în Statele Unite ale Americii în aceeași perioadă a fost de 4.6%). Ben Bernanke menționează într-o carte publicată în 1983 ca între anii 1925 și 1929, industria Statelor Unite ale Americii a produs aproape jumătate din totalul producției industriale a lumii, chiar dacă în acest interval statul a trecut prin trei recesiuni de mică amploare.

Statul american fiind într-o creștere economică tot mai mulți americani își permiteau să facă economii, iar o parte din aceste economii erau investite la bursă. Creșterea numărului investitorilor au fost văzute drept o cale ușoară de îmbogățire și se estima că în orice moment al perioadei 1925-1929, în jur de 4 milioane de americani dețineau acțiuni la bursa. Se asigură astfel un flux continuu de bani noi în piața, lucru care a dus la o creștere semnificativă a prețului acțiunilor. Politica banilor ieftini, a fost o perioadă în care băncile ofereau americanilor posibilitatea contractării de împrumuturi mult mai ușor decât înainte, iar pe lângă achiziționarea de mașini și case, banii s-au investit la bursă.

Supraproducția a început să fie vizibilă încă din anul 1925, dar se mergea pe ideea unei creșteri a cererii, managementul companiilor a decis reinvestirea în capacități noi de producție, astfel se accentua o problema deja existentă, noii muncitori au început să cumpere pe datorie produse și servicii generând o creștere în producție și prin urmare o creștere a acțiunilor.

Momentul în care America a platit scump pentru excesele făcute în ultimii 10 ani a fost luna octombrie a anului 1929. Bursa a căzut cu 40%, dar doua zile au ramas in istorie :

¹<http://www.scrigroup.com/afaceri/economie/Inflatia-din32682.php>

²<http://www.dex.ro/craha>

- Black Thursday (Joia neagra) ziua în care trendul bursier s-a transformat din Bullish (crescător) în bearish (de scădere)

- Black Tuesday (Marțea Neagră), fiind cea mai devastatoare zi din istoria bursiera a Statelor Unite ale Americii, ziua în care tot ce s-a acumulat într-un an de zile s-a anulat într-o zi. Între zilele 29 octombrie și 13 noiembrie, s-au evaporat de la bursa 30 de miliarde de dolari, suma fiind echivalentă cu totatul cheltuit de SUA în primul război mondial.

- Oficial criza economică a durat din luna august 1929 până în luna martie 1933, iar evoluția PIB-ului din Statele Unite ale Americii a fost următoarea:

- 1929 - \$87 miliarde
- 1930 - \$75 miliarde(-13%)
- 1931 - \$59 miliarde(-21%)
- 1932 - \$42 miliarde(-29%)
- 1933 - \$40 miliarde(-5%)

Influența crizei va fi redată în tabelul de mai jos, mai exact vom observa indicii producției industriale aferent fiecărei țări în perioada crizei, anul 1929 fiind luat ca și reper.

Tabelul 2

	1927	1928	1929	1930	1931	1932	1933	1934	1935
Britain	95	94	100	94	86	89	95	105	114
Canada	85	94	100	91	78	68	69	82	90
France	84	94	100	99	85	74	83	79	77
Germany	95	100	100	86	72	59	68	83	96
Italy	87	99	100	93	84	77	83	85	99
Sweden	85	88	100	102	97	89	93	111	125
U.S.	85	90	100	83	69	55	63	69	79

Sursa: *Industrial Statistics, 1900-57* (Paris, OEEC, 1958), Tabelul 2

Ca urmare a activității în sectorul industrial, în 1933 aproximativ 25% (15 milioane) dintre americanii apti pentru a munci erau șomeri, iar venitul mediu al celor care aveau de lucru a scăzut cu 43%. Perioada decembrie 1932 – martie 1933 a fost considerată punctul culminant al Marii Crize. Pune datele cap la cap cu anul 1929, datele macroeconomice erau reprezentate astfel: rata șomajului era în creștere de la 3% la 25%, bursa a înregistrat pierderi de 80% din capital, indicii producției a scăzut cu 25%, iar masa monetară s-a contractat cu 33% și o treime din bănci au dat faliment sau au fost preluate de altele mai mari.

La sfârșitul crizei a ajuns la scaunul președenției F.D. Roosevelt, care a dezvoltat un plan care a ramas marcat în istorie: The New Deal. Masurile noului guvern erau:

- Înființarea Reconstruction Finance Corporation se ocupa cu furnizarea de lichidități sistemului bancar.

- Civilian Conservation Corporation se ocupa cu combaterea șomajului, o organizație care angaja tineri între 18-25 de ani pentru munca în folosul comunității (plantare de copaci, ecologie, etc), tinerii erau plătiți cu 30\$/luna.

- Agricultural Adjustment Act prin care statul acorda fermierilor compensație banească pentru că aceștia să nu cultive o anumită parte a pământului, deoarece se dorea creșterea prețului alimentelor prin reducerea producției.

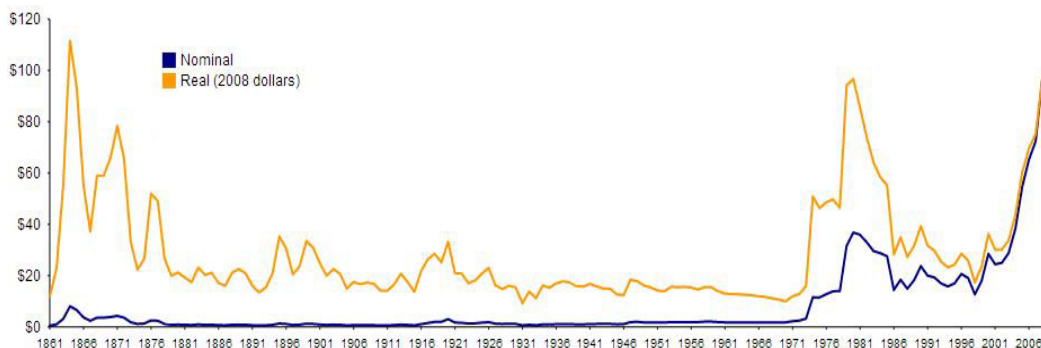
- The National Industrial Recovery Act (NIRA) beneficiar industria prin care guvernul a stabilit reguli noi de business și a încurajat crearea unor noi locuri de muncă deși a devenit neconstituțională din 1935.

Abia în anul 1940 se poate spune că economia din Statele Unite ale Americii și-au revenit complet după această criză.

Criza petrolului din 1973

Criza petrolului din anul 1973 a fost denumită prima criză petrolieră. Când OPEC¹ a proclamat embargo asupra livrărilor de petrol. La începuturile anului Siria și Egiptul, ajutate și de alte țări arabe au lansat un atac asupra Israelului, în timpul celei mai sfinte zi din calendarul evreiesc, Iom Kipur, astfel se declanșează războiul de Iom Kipur. Datorită ajutorului dat de Statele Unite ale Americii, membrii OPEC au căzut de acord să instituie embargo asupra țărilor care au susținut Israelul. Embargoul a afectat S.U.A., aliații din Europa de Vest și în special Japonia. Prețul barilului de petrol a crescut de 4 ori într-un an.

Tabelul 3



Oamenii de specialitate în domeniul petrolului consideră că motivul principal al primei crize a petrolului a fost că Statele Unite ale Americii, cel mai mare producător de petrol din lume a trecut prin vârful producției de petrol, extracția de petrol, cu toate că cererea creștea neincetat, a început să scadă. În urma scăderii, rezultatele deși nu s-au comunicat presei, ridicau un semn de alarmă: imposibilitatea de rezervare și producția în scădere continuă.

Până la criza petrolului, prețul a rămas constant față de alte produse de bază și valute, dar dintr-o dată a devenit extrem de volatil. Ministrii OPEC nu au dezvoltat mecanismele instituționale pentru a actualiza prețurile suficient de rapid pentru a ține pasul cu schimbarea condițiilor de piață, astfel încât veniturile lor au rămas aceleași pentru mai mulți ani.

¹<http://ro.wikipedia.org/wiki/OPEC>

Raportarea României la criza actuală

Recentele evoluții de pe piață au subliniat faptul că administrarea riscului de lichiditate este un factor determinant al solidității instituțiilor de credit. Una din lecțiile învățate din actuala criză financiară și economică este aceea că cerințele minime de capital sunt necesare dar nu suficiente pentru stabilitatea sistemului financiar. Ca definiție: riscul de lichiditate reprezintă abilitatea și capacitatea unei bănci de a finanța majorările de active și a acoperi obligațiile financiare potrivit scadențelor acestora, fără a suferi pierderi inacceptabile.

Să ne amintim că riscul de lichiditate a jucat un rol de bază în dinamica crizei financiare, mai ales în prima fază a sa. În România, administrarea riscului de lichiditate a fost îmbunătățită, în principal prin completarea cadrului de reglementare în semestrul II 2010, prin detalierea cerințelor existente privind rezerva de lichiditate, în contextul noilor cerințe la nivel internațional.

Indicatorii de lichiditate ai sistemului bancar relevă valori corespunzătoare. BNR a asigurat gestionarea adecvată a lichidității din sistemul bancar și a menținut nivelul ratei rezervelor minime obligatorii aplicabile pasivelor în lei ale instituțiilor de credit la 15 la sută pe toată perioada analizată. Începând cu perioada de aplicare 24 aprilie - 23 mai 2011, rata rezervelor minime obligatorii aplicabile pasivelor în valută cu scadență reziduală de sub doi ani ale instituțiilor de credit s-a redus la nivelul de 20 la sută, de la 25 la sută.

În condițiile unei ușoare reduceri a economisirii bancare, dependența sectorului de finanțarea externă s-a menținut peste media țărilor din regiune; datoria externă pe termen scurt a băncilor din România a fost în ușoară creștere. La finele lunii iunie 2011 băncile aveau împrumuturi pe termen scurt de 7,4 miliarde euro. Această vulnerabilitate este însă atenuată de preponderența resurselor atrase de la băncile-mamă cu scadențe majoritar pe termen mediu și lung la toate grupele de bănci. Datoria externă totală a băncilor a urcat la finele celui de-al 2-lea trimestru 2011 la 23,4 miliarde euro. Probabilitatea ca băncile-mamă să-și limiteze susținerea filialelor rămâne totuși redusă în contextul importanței strategice pe care acestea o acordă regiunii est-europene, dar și al acordurilor de asistență financiară (de tip preventiv) convenite cu FMI, UE și BM, care vor contribui la consolidarea încrederii investitorilor în România.¹

Concluzii

Din exemplele enunțate mai sus am concluzionat faptul că o criză la nivel mondial afectează toate statele lumii și lovește mai multe sectoare ale economiei. Fiecare criză a fost diferită în felul ei și a forțat statele asupra cărora a acționat să își schimbe metodele de dezvoltare cât și cele de rulare. În cercetarea urmatore se vor analiza programele guvernamentale și relațiile dintre stat și privat în ceea ce privește evitarea și venirea cu soluții anticriză

Bibliografie

Nouriel Roubini, Stephen Mihm, *Economia crizelor, Lebăda Albă, Editura Publica, 2010, Bucuresti*

Gordon Thomas, Max Morgan-Witts, *Wall Street Istoria Crahului din 1929, Editura Litera, 2011, Bucuresti*

Adrian Vasilescu, *Biletul de iesire din criză, Editura Curtea Veche Publishing, 2011, Bucuresti*

<http://ro.wikipedia.org/wiki/OPEC>

<http://www.bnro.ro/Sistemul-bancar-din-Romania---pilon-de-baza-al-sistemului-financiar-7333.aspx>

<http://www.scripgroup.com/afaceri/economie/Inflatia-din32682.php>

¹ <http://www.bnro.ro/Sistemul-bancar-din-Romania-pilon-de-baza-al-sistemului-financiar-7333.aspx>

<http://www.dex.ro/crah>

http://en.wikipedia.org/wiki/Panic_of_1907

<http://www.uvvg.ro/studiaeconomia/images/2001/v1/44.%20SCURT%20ISTORIC%20AL%20CRIZELOR%20ECONOMICE.pdf>

<http://businessday.ro/04/2011/iesirea-din-recesiune-versus-iesirea-din-criza/>

<http://businessday.ro/03/2009/top-10-crize-economice/>

http://www.jfki.fu-berlin.de/faculty/economics/team/persons/schularick/Old_Dog_New_Tricks_Schularick.pdf

ȘOMAJUL ÎN BUCUREȘTI. ANALIZĂ ȘI METODE DE REDUCERE

Alina ȘOTÎRCA¹

Abstract:

Atunci când cererea de forță de muncă este mai mică decât oferta putem vorbi de somaj. Somajul este un insotitor permanent al unei economii de piata. El este o consecința fireasca a dezvoltarii unei economii concurentiale.

În literatura de specialitate, somajul reprezinta excedentul ofertei fortei de munca fata de cererea de forta de munca. Șomerii sunt cei apti de munca, care nu au un loc de munca, sunt in cautarea unuia si pot incepe lucrul imediat.

Cuvinte cheie : *somaj, combatere, metode, populatie, prognoza.*

Introducere

București este capitala României și, în același timp, cel mai populat oraș, centru industrial și comercial al țării. Populația de 1.944.367 de locuitori (est. 1 ianuarie 2009) face ca Bucureștiul să fie al zecelea oraș ca populație din Uniunea Europeană. În fapt, însă, Bucureștiul adună zilnic peste trei milioane de oameni, iar specialiștii prognozează că, în următorii cinci ani, totalul va depăși patru milioane. La acestea se adaugă faptul că localitățile din preajma orașului, care vor face parte din viitoarea Zonă Metropolitană, însumează populație de aproximativ 430.000 de locuitori.

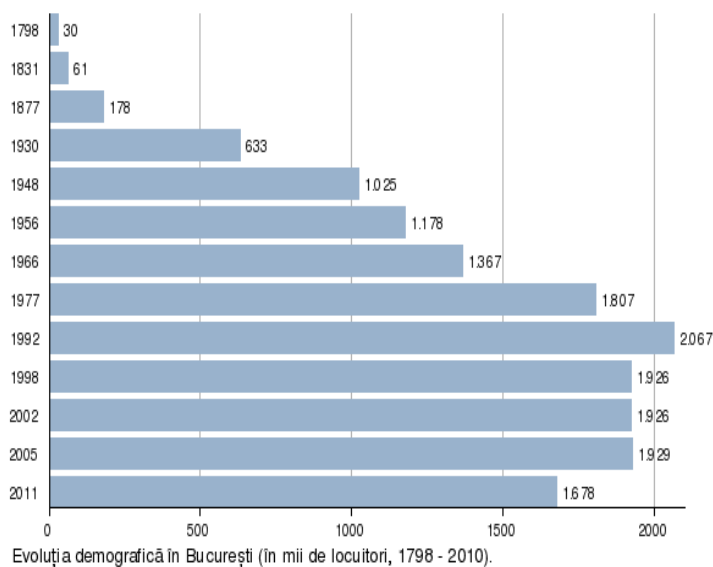
Cuprinsul lucrării

I. Analiza situației somajului la nivelul Municipiului București

Densitatea populației din Regiunea de dezvoltare București-Ilfov reprezintă o latură importantă a analizei demografice, deoarece influențează direct condițiile de mediu. Din acest punct de vedere se poate remarca densitatea mare înregistrată la nivelul regiunii București-Ilfov față de nivelul mediu al densității populației (la nivelul României). Sunt evidențiate densitățile de peste 1200 de locuitori pe Kmp în cadrul Regiunii de dezvoltare București-Ilfov, ceea ce este de peste 13 ori mai mare decât densitatea la nivelul țării, care înregistrează valori în jur de 90 de locuitori pe kmp.

¹ Masterand, Management Financiar Bancar si Bursier, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: alina_sotarca@yahoo.com) Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof. Univ. Dr.Nicoleta Julia.(nicoletajula@yahoo.com)

Grafic nr 1 Evoluția demografică în București



În ceea ce privește șomajul în București, numărul total al șomerilor indemnizați și neindemnizați din București se ridică, la sfârșitul lunii ianuarie 2013, la 22.225 persoane, iar rata șomajului a fost de 2,05%, conform datelor comunicate de Agenția Municipală pentru Ocuparea Forței de Muncă (AMOFM) București.

Totalul șomerilor indemnizați era de 9.797 dintre care 5.332 erau femeii, iar cel al absolvenților indemnizați de 1.045, dintre care 520 - femeii. Referitor la șomerii neindemnizați, AMOFM precizează că aceștia erau în număr de 12.428, dintre care 6.638 femeii. De la începutul anului și până la 31 ianuarie, la nivelul Capitalei, au fost încadrați în muncă 1.342 șomeri. În același timp, 195 de șomeri sunt cuprinși în programele de formare profesională, proveniți din cursurile începute în 2012, iar 137 șomeri au absolvit cursurile de calificare-recalificare organizate de către AMOFM București.

La sfârșitul lunii februarie 2013, rata șomajului înregistrat la nivel național a fost de 5,78%, mai mică cu 0,04 pp decât cea din luna ianuarie a anului 2013 și mai mare cu 0,41 pp față de cea din luna februarie a anului 2012.

Numărul total de șomeri la finele lunii februarie, de 510 409 persoane, a scăzut cu 2940 persoane față de cel de la finele lunii anterioare.

ANOFM București a publicat următoarea statistică :

	2008			2009		
	TOTAL SOMERI	Din care femei	Rata șomajului %	TOTAL SOMERI	Din care femei	Rata șomajului %
Ianuarie	18.304	10.418	1,69	18.340	10.572	1,7
Februarie	18.203	10.353	1,68	18.575	10.461	1,72
Martie	18.198	10.310	1,68	18.884	10.526	1,75
Aprilie	18.243	10.342	1,69	19.171	10.583	1,77

Mai	18.230	10.410	1,69	19.373	10.565	1,79
Iunie	18.188	10.453	1,68	19.733	10.703	1,83
Iulie	18.217	10.461	1,69	19.628	10.465	1,82
August	18.214	10.499	1,69	20.356	10.789	1,88
Septembrie	18.234	10.583	1,69	21.306	11.143	1,97
Octombrie	18.226	10.585	1,69	23.892	12.506	2,1
Noiembrie	18.238	10.534	1,69	25.399	13.208	2,2
Decembrie	18.274	10.604	1,7	26.156	13.344	2,3
2010				2011		
	TOTAL SOMERI	Din care femei	Rata somajului %	TOTAL SOMERI	Din care femei	Rata somajului %
Ianuarie	26.998	13.686	2,4	24.775	12.238	2,27
Februarie	27.797	14.023	2,44	24.059	12.024	2,22
Martie	28.870	14.431	2,53	22.144	11.064	2,05
Aprilie	28.953	14.404	2,54	21.612	10.906	2,00
Mai	28.553	14.167	2,50	21.598	10.926	2,00
Iunie	29.273	14.546	2,57	21.722	11.021	2,01
Iulie	30.603	15.238	2,7	21.935	11.336	2,03
August	31.856	16.035	2,8	21.631	11.373	2,00
Septembrie	32.442	16.384	3	21.616	11.206	2,00
Octombrie	29.291	14.592	2,68	21.545	11.287	1,99
Noiembrie	27.589	13.682	2,53	21.729	11.403	2,01
Decembrie	24.922	12.298	2,29	21.697	11.390	2,00

2012			
	TOTAL SOMERI	Din care femei	Rata somajului %
Ianuarie	21.516	11.296	1,99
Februarie	21.967	11.494	2,03
Martie	21.527	11.236	1,99
Aprilie	21.491	11.364	1,98
Mai	21.172	11.235	1,95
Iunie	21.450	11.520	1,98
Iulie	22.266	11.944	2,05
August	22.521	12.156	2,08
Septembrie	22.171	12.061	2,05
Octombrie	22.335	12.101	2,06
Noiembrie	22.175	12.072	2,05
Decembrie			

Dupa cum se poate observa din tabelul de mai sus, rata somajului a avut o evolutie crescatoare, in anul 2008 a plecat de la o rata de 1,69% si a ajuns in ultimul trimestru la valoarea de 1,7 %. Este adevarat, in acest caz cresterea a fost relativ mica, insa in anul 2009 aceasta s-a accentuat, de la valoarea de 1,8% a ajuns la 2,3% in luna decembrie a anului de referinta.

În anul 2010, rata somajului a scăzut, după cum se poate observa mai sus, s-a plecat de la o valoare de 2,4%, însă în luna decembrie valoarea înregistrată a fost de 2,29%. Trecând peste această etapă favorabilă pieței forței de muncă, identificăm valoarea de 2,27 % în ianuarie 2011, valoare ce diminuează trimestrial, ajungând la 2,00% în luna decembrie 2011.

Anul 2012 a fost însă un an cu o variație negativă în ceea ce privește rata somajului. Aceasta a crescut de la 1,99% la 2,05%, poate și datorită măsurilor de austeritate impuse de către FMI.

II. Cauzele somajului

Atunci când cererea de forță de muncă este mai mică decât oferta putem vorbi de somaj. Somajul este un însoțitor permanent al unei economii de piață. El este o consecință firească a dezvoltării unei economii concurențiale.

În literatura de specialitate, somajul reprezintă excedentul ofertei forței de muncă față de cererea de forță de muncă. Somerii sunt cei apti de muncă, care nu au un loc de muncă, sunt în căutarea unui și pot începe lucrul imediat.

Putem clasifica motivele pentru care indivizii devin someri în următoarele cinci motive:

- Somer poate fi un tânăr care abia a terminat școala;
- persoana poate să-și parasească vechea slujbă și să caute una nouă (în acest caz se vorbește de somaj de fricțiune);
- Un angajat poate fi concediat pentru o perioadă definită de timp datorită unui declin temporar al cererii pentru un produs (somaj sezonier);
- persoana poate fi concediată datorită unei schimbări permanente în cererea și oferta pentru produsul sau sectorul respective (somaj structural);
- persoana poate fi pur și simplu concediată.

Îesirea din somaj poate fi cauzată de trei factori:

- Un somer își poate găsi o slujbă;
- persoana aflată în somaj sezonier își poate relua vechea slujbă;
- Un somer poate părăsi piața forței de muncă prin pensionare, moarte.

Din punct de vedere conceptual, ocuparea și somajul sunt descrise, în statisticile românești, cu ajutorul următoarelor noțiuni:

- populația ocupată: cuprinde, potrivit metodologiei balanței forței de muncă, toate persoanele, care, în anul de referință, au desfășurat o activitate economică socială aducătoare de venit, cu excepția cadrelor militare și a persoanelor asimilate acestora, a salariaților organizațiilor politice, obștești și a detinutilor. Totalul populației ocupate, dar conform metodologiei anchetei asupra forței de muncă în gospodării – cuprinde toate persoanele de 15 ani și peste, care au desfășurat o activitate economică sau socială producătoare de bunuri și servicii de cel puțin 1 oră în perioada de referință (săptămâna înaintea înregistrării), în scopul obținerii unor venituri sub formă de salarii, plată în natură sau alte beneficii.

Somerii, în sensul Biroului Internațional al Muncii: persoanele de 15 ani și peste, care în perioada de referință îndeplinesc simultan următoarele condiții:

- nu au loc de muncă și nu desfășoară o activitate în scopul obținerii unor venituri;
- sunt în căutarea unui loc de muncă, utilizând în ultimele patru săptămâni demersuri pentru a-l găsi (înscirarea la oficiile de forță de muncă și somaj sau la agențiile particulare de deplasare, demersuri pentru a începe o activitate pe cont propriu, publicarea de anunțuri, apel la prieteni, rude, colegi, sindicate, etc.);
- sunt disponibili să înceapă lucrul în următoarele 15 zile, dacă s-ar găsi imediat un loc de muncă.

- somerii înregistrați: persoanele în vârstă de 18 ani și peste, apte de muncă, ce nu pot fi încadrate din lipsa de locuri de muncă disponibile și care s-au înscris la oficiile de forță de muncă și somaj;

- populația activă: populația ocupată (definită conform metodologiei balanței forței de muncă) plus somerii;

- rata somajului: raportul dintre numărul somerilor (înregistrați la oficiile de forță de muncă și somaj) și populația activă.

Excedentul de ofertă de forță de muncă și de produse duce la scăderea salariului nominal și creșterea somajului, iar în ceea ce privește abundența de produse și servicii existente pe piață, scăderea pretului acestora.

Conform ART. 48A1, Cap 4 din Legea privind sistemul asigurărilor pentru somaj și stimularea ocupării forței de muncă:

(1) În scopul prevenirii somajului și consolidării locurilor de muncă prin creșterea și diversificarea competențelor profesionale ale persoanelor încadrate în muncă, angajatorilor care organizează, în baza planului anual de formare profesională, programe de formare profesională pentru proprii angajați, derulate de furnizori de servicii de pregătire profesională, autorizați în condițiile legii, se acordă, din bugetul asigurărilor pentru somaj, o sumă reprezentând 50% din cheltuielile cu serviciile de formare profesională organizate pentru un număr de cel mult 20% din personalul angajat.

(2) Angajatorii pot beneficia de suma prevăzută la alin. (1) pentru derularea unui singur program de formare profesională în cursul unui an.

(3) Suma prevăzută la alin. (1) se acordă din bugetul asigurărilor pentru somaj, de la capitolul "Cheltuieli de învățământ", în limita de cel puțin 15%, angajatorilor selectați anual de agenția pentru ocuparea forței de muncă.

(4) Angajatorii sunt obligați să mențină raporturile de muncă sau de serviciu ale persoanelor participante la programul de pregătire profesională, pentru care s-a acordat suma prevăzută la alin. (1), cel puțin 3 ani de la data acordării sumei.

(5) Angajatorii care încetează raporturile de muncă sau de serviciu ale persoanelor prevăzute la alin. (4) anterior termenului de 3 ani sunt obligați să restituie, în totalitate, agențiilor pentru ocuparea forței de muncă subvenția acordată, plus dobânda de referință a Băncii Naționale a României, în vigoare la data încetării raporturilor de muncă sau de serviciu, dacă încetarea acestora a avut loc din motivele prevăzute la art. 83 alin. (2) și nu mai pot beneficia de prevederile alin. (1) o perioadă de 2 ani de la data încetării raporturilor de muncă sau de serviciu ale persoanelor respective.

Somajul are implicații nefaste economice, sociale și umane care nu pot fi ignorate. Ele se concretizează în costurile somajului, care nu sunt suportate de indivizi, economie și societate.

Pentru persoanele care devin someri, somajul are aspecte dramatice de ordin material și moral. Somerii au venituri cu mult sub salariul normal, iar posibilitățile de consum pentru familiile afectate de somaj sunt substanțial reduse. Somajul ridică numeroase probleme economice și sociale atât pe termen scurt, cât și pe termen mediu și lung.

Pe termen scurt se pune problema asigurării unor venituri minime pentru cei afectați, ceea ce se realizează prin indemnizația de somaj. În țara noastră indemnizația (ajutorul) de somaj este reglementată prin Legea nr 1/1991 "Legea privind protecția socială a somerilor și reintegrarea lor profesională". Ajutorul de somaj se acordă pentru o perioadă de cel mult 228 de zile.

Dacă după expirarea acestei perioade, somerul nu se reintegrează în muncă primește o alocație de sprijin pentru o perioadă de cel mult 18 luni.

Implicațiile somajului

Somajul are implicații nefaste economice, sociale și umane care nu pot fi ignorate. Ele se concretizează în costurile somajului, care nu sunt suportate de indivizi, economie și societate.

Pentru persoanele care devin someri, somajul are aspecte dramatice de ordin material și moral. Somerii au venituri cu mult sub salariul normal, iar posibilitățile de consum pentru familiile afectate de somaj sunt substanțial reduse.

În plus statutul de somer afectează material și populația activă, care trebuie să contribuie material la ajutorarea somerilor.

Pentru economie și societate somajul are ca rezultat:

- Inutilizarea unei părți din principală sa avuție (resursele de muncă ale țării), fapt ce se repercutează negativ asupra volumului producției, produsului național brut, salariilor și profitului;
- Existența somajului diminuează veniturile bugetare (din impozite și taxe)
- Existența somajului sporește cheltuielile statului pentru plata ajutorului de somaj, funcționarea oficiilor de plasare a celor disponibilizați, atât pe termen scurt, cât și pe termen mediu și lung.

III. Măsurile posibile de reducere a somajului în contextul economic actual

Piața forței de muncă are legături stranse cu celelalte subsisteme: cu piața bunurilor și serviciilor, cu sistemul de producție, cu sistemul de preturi și profitabilitate. Pentru a se putea produce bunurile și serviciile necesare satisfacerii nevoilor populației, firmele angajează prin intermediul pieței factorilor de producție un anumit număr de muncitori. Acești muncitori sunt oferți de către sectorul gospodăriilor care îi închiriază firmelor luând în schimb plata acestor factori de producție. Firmele oferă pe piața bunurilor și serviciilor producția obținută și vor primi la rândul lor plata pentru aceste bunuri. Ajunse pe piața bunurilor și serviciilor, rezultatele proceselor de producție vor fi consumate și utilizate de către gospodării. În acest fel se formează un flux circular alcătuit din mai multe verigi. Dacă o singură verigă lipsește, fluxul de bunuri și servicii ar fi stopat.

Piața factorilor de producție este o verigă importantă fără de care o economie nu ar putea funcționa, iar un factor de producție principal este forța de muncă care formează piața muncii.

În prezent, balanța forței de muncă ridică mari probleme la nivel european și mondial. Obsesia protecționismului care a marcat o bună parte a secolului XX nu mai este valabilă atâta vreme cât schimburile economice mondiale, marcate de globalizarea sistemului economic, înseamnă intrări și ieșiri de bunuri – servicii rezultate din ocuparea, la un anumit nivel, a locurilor de muncă.

Lărgirea spațiului UE a creat o supradimensionare a ofertei de forță de muncă față de capacitatea de acceptare și locurile de muncă disponibile, problema somajului fiind abordată diferentiat în țările comunitare, de multe ori în baza intereselor naționale. În acest fel, prin promovarea de restricții și măsuri protecționiste față de ocuparea locurilor de muncă, se poate ajunge la încurajarea și perpetuarea economiei subterane care reprezintă un mijloc de absorbție temporară și ocazională, cu efecte avantajoase pentru angajatori, dar defavorizante pentru someri și alte categorii de lucrători.

Afacerile sociale, forța de muncă și oportunitățile egale reprezintă motivația introducerii conceptului de CSR (responsabilitatea socială corporatistă) față de crearea de noi locuri de muncă și modernizarea economiilor. Acest concept urmărește punerea în practică și implementarea acelor măsuri de ușurare a efectelor suportate de lucrători ca urmare a deciziilor de restructurare economică, tehnică și organizațională.

Tendințele generale ale dezvoltării societății contemporane, pragmatismul și globalizarea impun forme noi de interpretare a somajului, dar obligă, în același timp, la elaborarea unor scheme perfecționate de protecție a categoriei de disponibilizați.

În Europa, rata somajului atinge cote alarmante, în timp ce România se situează la nivelul de 5,6 procente, conform informațiilor provenite de la Agenția Națională pentru Ocuparea Forței de Muncă, ceea ce înseamnă că numărul somerilor a crescut cu un procent de 1% în 2009 față de 2008. În 2010 se estimează că rata somajului poate depăși chiar 10 %, așa cum arată un studiu de piață realizat de grupul ING.

Comisia Europeană (CE) a modificat prognoza privind rata șomajului în România la 6,9% pentru acest an și 6,8% pentru 2014, față de estimarea de 7,3% avansată în toamnă pentru ambele perioade, îmbunătățirea situației de pe piața forței de muncă fiind însă încetinită de condițiile economice dificile. "În pofida climatului economic dificil, șomajul a fost redus de la 7,4% din forța de muncă (grupa de vârstă 15-74) în 2011 la 7% în 2012. Totuși, din moment ce măsurile active privind piața forței de muncă vor rămâne de mică anvergură și nu vor fi bine țintite, șomajul nu este așteptat să se reducă semnificativ în perioada de prognoză", notează Comisia Europeană în prognoza economică de iarnă prezentată vineri.

CE anticipează că șomajul în rândul tinerilor, aflat în prezent la cota de 23%, se va reduce ușor în acest an, dar va rămâne la un nivel ridicat.

Creșterile salariale vor fi mai importante în acest an în sectorul public decât în sectorul privat, pe fondul reîntregirii salariilor bugetarilor, notează CE.

Creșterea salarială medie din sectorul privat va fi de aproximativ 5% în fiecare dintre cei doi ani, însă costul forței de muncă va scădea anul viitor datorită creșterii productivității, anticipează executivul european.

Rata șomajului în formă ajustată sezonier s-a redus în decembrie cu 0,2 puncte procentuale față de luna anterioară, la 6,5%, iar comparativ cu decembrie 2011 este în scădere cu un punct, numărul șomerilor în vârstă de 15-74 ani ajungând la 661.000 de persoane, potrivit datelor anunțate de INS.

Rata șomajului din București este printre cele mai reduse din țară. Mai precis, rata șomajului din Capitală a fost de doar 2,06% la finele lunii octombrie, conform datelor comunicate miercuri de Agenția Municipală pentru Ocuparea Forței de Muncă (AMOFM) București. Totalul șomerilor indemnizați era de 9.699 dintre care 5.354 erau femei, iar cel al absolvenților indemnizați de 1.349, dintre care 667 – femei. Referitor la șomerii neindemnizați, AMOFM precizează că aceștia erau în număr de 12.636, dintre care 6.747 – femei.

De la începutul acestui an, la nivelul Capitalei, au fost încadrați în munca 17.085 șomeri și 474 absolvenți, iar 563 șomeri au absolvit cursurile de calificare/recalificare organizate de AMOFM. În luna octombrie, 96 persoane au solicitat adeverințe privind venitul minim garantat.

La sfârșitul lunii iunie, rata șomajului în București a fost de 1,98%, în iulie a ajuns la 2,06%, pentru ca în august să fie 2,08%, iar în septembrie – 2,05%.

Consider că ar trebui să se pună accentul pe măsurile de reducere a ratei șomajului. Este extrem de important să se identifice cele mai bune măsuri de reducere a ratei șomajului, întrucât economia va avea de suferit de pe urma disponibilizărilor masive.

Fiind un fenomen care afectează, în diferite proporții, întreaga economie globală, prin nivelul, structura, durata și consecințele sale, șomajul s-a impus atenției guvernelor și forțelor sociale, devenind o preocupare generală. Pe termen scurt, obiectivul major al tuturor acestora îl formează atenuarea consecințelor sale, iar pe termen mediu și lung, obiectivul constă în diminuarea sau chiar eliminarea resurselor de muncă aflate în stare de șomaj. Toate acestea vizează atât firmele, cât și societatea, pe cei care lucrează cât și pe șomeri, formând obiectul unor reglementări sau orientări cunoscute ca politici sau măsuri pentru diminuarea șomajului.

Prin conținutul lor, asemenea măsuri au efecte directe și indirecte asupra șomajului sau asupra consecințelor sale. Măsurile pentru diminuarea șomajului, după aspectul concret la care se referă, pot fi grupate în trei mari categorii: măsuri care privesc direct șomerii, măsuri care privesc populația ocupată și alte măsuri.

Din prima categorie fac parte măsurile de organizare a pregătirii și calificării celor în căutarea unui loc de muncă pentru a putea face față noilor tehnici și tehnologii, facilități acordate de stat pentru crearea de noi locuri de muncă în activități publice.

Cu toate acestea, în mai toate țările, se pune concomitent problema „rationalizării” forței de muncă din sectorul public.

În ultimii ani s-au formulat măsuri pentru trecerea la noi forme de ocupare: angajare pe timp parțial sau cu orar atipic; angajare provizorie cu contract pe perioada determinată (de obicei, medie sau scurtă), angajări specifice, stagii sau contracte de muncă de tipuri deosebite. Fără de ocuparea „normală”, aceste forme prevăd angajări pentru obiective precise și limitate. Politica de diminuare a somajului prevede, măsuri selective pentru formarea și angajarea tinerilor și somerilor de durată lungă.

Asemenea măsuri au la bază flexibilitatea forței de muncă, capacitatea forței de muncă, care a fost disponibilizată, de a face față provocărilor impuse de ocuparea unui alt loc de muncă. De altfel, conceptul nou-introdus (iunie 2007) este flexisecurizarea forței de muncă, care manifestă egală acoperire în plan economic și social și care se adresează lucrătorilor disponibilizați. Această măsură de protecție socioeconomică urmărește asigurarea unui minim de securitate socială pe tot parcursul somajului. Conceptul răspunde provocărilor pieței muncii privind flexibilizarea forței de muncă, dar și obligațiile care revin angajatorilor sau instituțiilor pieței muncii responsabile cu garantarea unui loc de muncă.

De regulă, asemenea măsuri au ca rezultat asigurarea unor salarii mai mici decât cele „normale”. Conducând la scăderea costului salarial al firmelor, ele sunt nu numai acceptate și practicate de utilizatorii de muncă, dar și inițiate de ei.

De fapt, cea mai semnificativă problemă care privește populația ocupată se referă la „împartirea” muncii între cei angajați și crearea unor noi posibilități de angajare.

În aceste condiții, singura manieră de a face să lucreze cât mai puțin sau chiar totuși este ca fiecare să lucreze mai puțin. Această măsură presupune o împartire a muncii la scară economică și afirmarea unor noi principii de organizare a muncii și producției.

Măsurile ce privesc populația activă ocupată au mai multe scopuri: prevenirea creșterii somajului printr-o calificare adecvată, diminuarea somajului prin crearea de posibilități suplimentare de angajare, reducerea imigrației. Migrația forței de muncă, ca rezultat al liberalizării circulației forței de muncă, constituie un fenomen cu dublu efect. Pe de o parte, prin emigratia celor în căutare de locuri de muncă se reduce somajul în țările de proveniență, dar, pe de altă parte, situația poate genera dumping social, prin concurența locurilor de muncă și acceptarea salariilor sub nivelul minim, în țările de imigrație. În acest caz, dumpingul social se transformă într-o politică de marginalizare bazată pe criteriile provenite din industria și nesiguranta privind calitatea muncii somerilor înregistrați.

Considerată ca atare „împartirea muncii” nu poate reprezenta o măsură de durată pentru diminuarea și resorbirea somajului. Trebuie neapărat completată cu amplificarea investițiilor și creșterea productivității în condițiile unei noi organizări a muncii.

Desigur, diminuarea reală a somajului nu poate fi decât rezultatul creării de noi locuri de muncă însoțite de rezultate benefice corespunzătoare. În această etapă, literatura economică atribuie creșterea numărului locurilor de muncă în mare parte în sectorul protecției mediului natural. Deși corespunde într-o oarecare măsură realității și convine unor forțe sociale și/sau politice, aceasta se referă, în fond, la o gamă variată de activități, unele dintre ele având doar o legătură indirectă și îndepărtată cu protecția mediului natural.

Măsurile pentru diminuarea somajului și ameliorarea condițiilor celor afectați de somaj figurează printre revendicările tuturor organizațiilor sindicale și sunt sprijinite de largi grupuri socioprofesionale. Programele de acțiune ale sindicatelor cuprind însă și alte obiective care privesc populația ocupată: stabilitatea locurilor de muncă, creșterea salariilor și îmbunătățirea condițiilor de odihnă, înlăturarea marilor discrepanțe între salariile medii ale bărbaților și cele ale femeilor etc.

Garantarea ajutorului de somaj constituie o preocupare permanentă a guvernelor, organizațiilor sindicale și profesionale din toate țările. Pe termen mediu și lung măsurile pentru diminuarea somajului se grupează în 3 categorii: măsuri care privesc direct pe someri, măsuri care privesc populația ocupată și alte măsuri.

Din prima categorie de măsuri fac parte:

- Acțiuni pentru pregătirea, calificarea și orientarea celor care caută locul de muncă, sau pentru reintegrarea celor eliberați din diferite ramuri ca urmare a restructurărilor tehnologice și economice.
- Investițiile pentru crearea de noi locuri de muncă prin înființarea unor întreprinderi noi, prin dezvoltarea celor viabile și prin diversificarea activităților economico-sociale.

Concluzii

Măsuri care privesc populația ocupată au drept scop pe de o parte să prevină creșterea somajului, iar pe de altă parte să diminueze nivelul somajului existent.

Astfel de măsuri sunt: reducerea duratei săptămânii de lucru, scăderea vârstei de pensionare, prelungirea duratei școlărității obligatorii, extinderea locurilor de muncă cu program redus, orientarea profesională a tinerilor spre domeniile cele mai dinamice ale activității economico-sociale. Alte măsuri, cum sunt: angajarea celor care își caută loc de muncă pe baza de contracte de scurtă durată, cu program redus.

Referințe bibliografice:

- Jula D., Jula N., 1999, *Economie Sectorială*, Editura Didactică și Pedagogică, București
- Dorin Jula, Nicolae-Marius Jula, *Prognoza economică*, Editura Mustang, București 2012
- Iliescu Elena Mihaela, „*Macroeconomie*”, Editura Universitară, București, 2002
- Gheorghe Crețoiu, Stelian Iordache, „*Economie*”, Editura Antet, București 2000
- Ion Popescu, Gheorghe Manea, „*Economie*”, Editura ProUniversitară, București 2002
- William Darity și Arthur Goldsmith, “*Social Psychology, Unemployment and Macroeconomics*”
- Livia Camciuc, „*Măsuri de combatere a somajului*”, București, publicație online
- Coralia Angelescu, Marin Dinu, „*Economie*”, Editura Economică, București 2009
- Angelescu C, „*Economie*”, Ediția a v-a, București, Editura Economică, 2000
- Cosea M, „*Curs de economie*”, Editura Tribuna Economică, București 2003
- Monica ROMAN „*Resursele umane în România. Evaluare și eficiență*”, Editura Economică, București
- Bulgaru M, „*Populație și dezvoltare economică*”, Editura Politică, București 2000
- Burloiu P, „*Economia Muncii*”, Editura Lumina Lex. București 1999
- Dumitru D, „*Forța de muncă*”, Editura Conphys, București 1998
- Gilbert Abraham-Frois „*Economie Politică*” Editura Humanitas, 2000
- Victor Ionescu, Emil Gavrilă; „*Elemente de macroeconomie*”; București, Editura Economică, 2002
- www.anofm.ro
- www.ins.ro
- [/www.insse.ro](http://www.insse.ro)
- www.9am.ro
- www.business24.ro

IMPACTUL CRIZEI ECONOMICE ASUPRA ECONOMIEI DIN ROMÂNIA

Radu Vlad Ștefan¹

Abstract

În această lucrare, tema abordată este una cu referire la situația economică a României din momentul declansării crizei și până în prezent, dar și metodele folosite de către Guvern după și înainte de instaurarea crizei și impactul lor asupra populației.

Am ales această temă întrucât consider că este de actualitate având în vedere faptul că actuala criză economică își are începutul în anul 2007 se identifică și în prezent și din păcate nu se știe anul în care o să se sfârșească. Se discută în continuare pe această temă iar economiștii prognozează anul în care va lua sfârșit această criză economică însă până în prezent nu s-a concretizat nici una dintre aceste estimări.

O măsură de protejare a populației împotriva resimțirii crizei economice, ar putea fi diminuarea TVA-ului la produsele de bază, iar în ceea ce privește creșterea economică adoptarea unei impuneri diferențiate pe clase sociale poate constitui un factor important al unei creșteri economice.

În cuprinsul lucrării mele voi încerca să subliniez măsurile adoptate de către Guvernul României și efectele acestor măsuri. Totodată îmi voi exprima părerea despre măsurile economice care ar fi putut să aducă o creștere economică României și o mai ușoară resimțire a crizei în rândul populației.

Cuvinte cheie: *criza economica, guvern, populatie, economie*

1. Introducere:

În lucrarea pe care o voi redacta vreau să prezint felul în care criza economică a fost abordată în România, soluțiile și totodată efectele acestora după instaurarea crizei. Am decis să analizez această problemă cu care se confruntă România, pentru a scoate în evidență proasta gestionare a crizei comparativ cu celelalte state ale Uniunii Europene unde criza a lovit ca și în România însă metodele folosite pentru a ușura resimțirea ei pe planul populației au fost benefice spre deosebire de cele folosite în România. Am realizat că felul în care criza a fost abordată la noi nu v-a afecta doar populația din momentul acesta ci și persoane care vor trăi peste 30,40 de ani și totul datorită împrumuturilor efectuate de statul român la FMI (Fondul Monetar Internațional).

2. Conținutul propriu-zis

Ca și efecte ale crizei economice asupra României, conform datelor Institutului Național de Statistică (INS) observăm că în anul 2008 s-a înregistrat o creștere economică de 7,1% sub estimarea Comisiei Naționale de Prognoză (CNP) 7,9%. Industria României este una dintre ramurile economiei cel mai greu încercată de criză, înregistrând o scădere de 7,7% față de perioadă similară a anului 2007, în timp ce activitățile imobiliare, financiare, închirieri și servicii pentru întreprinderi au scăzut de asemenea cu 1,5% față de aceeași perioadă de referință. În același timp cu scăderea sau anularea comenzilor pentru export, consumul populației s-a redus datorită veniturilor în scădere și al prețurilor în creștere pe planul economiei românești. Perioada de dinainte de criza economică a creat un val de

¹ Vlad Ștefan Radu, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București Master :Management Financiar Bancar și Bursier; (e-mail: radu_vlad16@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof. Univ. Dr. Nicoleta Jula (nicoletajula@yahoo.com).

credite luate de către populație fapt care pe parcursul crizei economice actuale le îngreunează traiul și totodată plata ratelor către bancă având în vedere salariile în scădere, restructurărilor și falimentul anumitor instituții. Ratele mai mari către bănci, tendința de economisire a populației, înghețarea sau micșorarea salariilor precum și pierderea locurilor de muncă au determinat scăderea consumului în final cu 4,7% ,cea mai mare scădere fiind în cazul serviciilor prestate populației, respectiv 14,7%.

Mai concret spus scăderea consumului mai ales la servicii presupune totodată că românii au trăit mai prost, cu un standard de viață mai scăzut, în ultimile 3 luni din 2008 față de aceeași perioadă din anul precedent. Este normal că la categoria produse de consum, scăderile să fie mai mici pentru că unele sunt indispensabile omului cum ar fi mâncarea. Nu același lucru se poate spune despre vânzările din magazine, serviciile turistice, achiziția de mașini prin intermediul leasing-ului, unde vânzările au scăzut drastic. Pe lângă criza economică se adaugă la scăderea economică a țării și anii agricoli dezastruoși cu o producție limitată ceea ce ar putea împinge România într-o recesiune.

O treime dintre români simte efectele crizei economice și a măsurilor luate de guvern împotriva ei. Conform unui studiu realizat între 28 ianuarie-10 februarie pe un eșantion de 812 persoane adulte din București și 853 de persoane din orașe cu mai mult de 100.000 de locuitori, s-a arătat faptul că cei mai afectați românii sunt cei din provincie. Peste trei sferturi dintre romani cu vârsta peste 18 ani au fost afectați de criza economică, impactul fiind resimțit mai puternic de femei, antreprenori și șomeri.

Bucureștenii nici ei nu sunt mai optimiști, 41,4% dintre repondentii din capitala se tem ca și-ar putea pierde serviciul. Potrivit dailybusiness, 8 din 10 bucureșteni estimează ca vor avea venituri mai mici, pe fondul crizei financiare. Astfel, mai mult de o treime (34,8%) apreciază ca veniturile le vor fi afectate "în mare măsură" din această cauză, 27% estimează că veniturile li se vor restrânge, iar 24,6% anticipează că impactul asupra veniturilor va fi mic. Doar 12,6% dintre bucureștenii participanți la sondaj cred ca veniturile nu le vor fi afectate deloc. Așadar locuitorii din Brăila, Constanța, Craiova, Iași, Ploiești, Galați, Cluj Napoca, Orada Timișoara și Brașov susțin în proporție de 35,3% , că sunt afectați de criză financiară comparativ cu bucureștenii care s-au arătat afectați în proporție de 27%. Cel mai afectat oraș de criză din punctul de vedere al populației, conform sondajului de opinie este Brăila. Dintre respondenți 57% nu se tem pentru slujbele lor, însă ca și persoane pesimiste, ploieștenii se simt cei mai amenințați de pierderea locului de muncă. Principalele efecte negative ale crizei se observă în modificarea comportamentului de consum al românilor. Astfel, se cumpără produse mai ieftine și în cantitate mai mică. Potrivit sondajului, 62,3% din respondenți au declarat că și-au redus consumul cantitativ (54% au cumpărat aceleași produse, dar în cantitate mai mică, în timp ce 8,3% au cumpărat produse mai ieftine și în cantitate mai mică), aceasta fiind în prezent principala cale de menținere sub control a coșului de cheltuieli zilnice. Există și consumatori care au apelat la cumpărarea produselor mai ieftine, fără a renunța în schimb, la cantitate (7,8%). Totuși, comparativ cu anul 2010, în 2011 s-a redus numărul respondenților care au renunțat și la cantitate și la preț de la 19,8% la 8,3%, dar și a acelor care au cumpărat mai ieftin și în cantitate mai mică de la 11,8% la 7,8%.

Cele mai semnificative scăderi ale salariului mediu net au fost de peste 25 la sută și au fost înregistrate în fabricarea substanțelor și a produselor chimice, fabricarea produselor din tutun, intermediari financiare (cu excepția activităților de asigurări și ale fondurilor de pensii), extracția minereurilor metalifere, transporturi pe apă. Scăderi ale salariului între 20 la sută și 22 la sută au avut loc în activitățile extractive, depozitare și activități auxiliare pentru transport, industria metalurgică, captarea, tratarea și distribuția apei. Lefurile au scăzut între 15 la sută și 20 la sută în extracția petrolului brut și a gazelor naturale, cercetare-dezvoltare, producția și furnizarea de energie electrică și termică, gaze, apă caldă și aer condiționat, fabricarea altor mijloace de transport, administrație publică, fabricarea produselor farmaceutice de bază și a preparatelor farmaceutice. Cele mai mici salarii au primit angajații din hoteluri și restaurante, unde în medie s-au câștigat oficial, doar 757 lei.

În ceea ce privesc IMM-urile, afectarea lor de criză a fost una foarte pătrunzătoare, 183000 de societăți comerciale și-au suspendat activitatea doar în anul 2010, 26000 dintre ele fiind active.

Cauza principală a suspendării activității acestor firme este legată de legea privind introducerea impozitului forfetar. Prin închiderea acestor firme peste 56000 de persoane au fost afectate deoarece și-au pierdut locul de muncă, în același timp statul a pierdut încasări de peste 100.000 lei la bugetul de stat. Contrar previziunilor autorităților și o parte a mediului de afaceri cum că pe perioada anului 2011 vom avea o creștere economică, cursul descrescător al economiei a continuat. Realitatea privind rata șomajului a fost una mult mai sumbră decât ceea ce prognoza specialiștii (o rată a șomajului de 4%), în luna ianuarie a anului 2011 înregistrându-se o rată a șomajului de 8,1% la nivelul întregii țări, șomerii din mediul privat fiind de 4,5 ori mai mulți decât cei din mediul bugetar. Cele mai afectate județe sunt Mehedinți (cu o rată a șomajului de 14,5%), Vaslui (13,5%) și Alba (13,4%), la polul opus s-a situat București (2,4%), Ilfov (2,6%) și Timiș (4,4%). În ceea ce privește măsurile adoptate de autoritățile publice pentru a reduce impactul crizei economice asupra IMM-urilor, acestea erau apreciate ca „nesatisfacătoare de majoritatea întreprinzătorilor (80% dintre respondenți), doar 13% dintre respondenți considerând măsurile ca fiind „satisfacătoare și 1% ca fiind bune”. Ca și efecte ale crizei ele nu au fost resimțite unitar pe tot teritoriul țării apreciindu-se ca tocmai județele cel mai bine conectate la economia globală vor resimți din plin efectele crizei, în timp ce zonele mai puțin dezvoltate vor fi mai puțin afectate. Reprezentanții IMM-urilor susțin că dificultățile majore cu care se confruntă în perioada crizei sunt:

- Dificultăți majore în domeniul asigurării finanțării necesare, a lichidităților și blocajul creditării;
- Scăderea drastică a cererii de produse și servicii la nivel național și internațional, reflectată în reducerea exporturilor și vânzărilor pe piața internă;
- Fiscalitate și parafiscalitate extrem de ridicate;
- Creșteri foarte mari ale prețurilor la materii prime, energie și alimente;
- Variații mari ale cursului valutar și inflație;
- Blocajul financiar generat de plățile întârziate, proceduri judecătorești greoaie și costisitoare de soluționare a litigiilor comerciale;
- Cadru legislativ instabil, birocrație și numeroase bariere administrative privind desfășurarea activității IMM-urilor;
- Gradul foarte redus al absorbției fondurilor comunitare;
- Măsuri insuficiente de susținere a IMM-urilor în perioada crizei;
- Ajutoare de stat insuficiente și acces dificil la acestea;
- Excesul de controale ale administrației publice locale și centrale asupra IMM-urilor;
- Creșterea constantă a cheltuielilor privind valoarea utilităților și lipsa unor măsuri de facilitare a accesului IMM-urilor la rețelele de utilități;
- Dialogul social preponderent cantitativ, fără valorificarea corespunzătoare a propunerilor partenerilor sociali în plan legislativ și economic.

Pentru ieșirea sectorului IMM din criză, managerii consideră că stabilitatea politică este esențială, la fel de importante fiind diminuarea fiscalității, sprijinul oferit de stat și accesarea fondurilor europene.

Reprezentanții IMM-urilor consideră că este absolut necesară „acordarea unei atenții deosebite pentru aceste întreprinderi care constituie verigile inițiale și intermediare ale lanțului de valori” și „adoptarea în regim de urgență a unor măsuri concrete și eficiente”, care să asigure:

- plasarea IMM-urilor în centrul politicilor naționale, ca element esențial al sistemului economic;
- îmbunătățirea accesului la finanțare al IMM-urilor și deblocarea creditării prin bănci și alte organizații financiare, inclusiv prin facilitarea obținerii de credite garantate de stat pentru întreprinzători;
- reducerea fiscalității și stimularea dezvoltării de noi IMM-uri, inclusiv prin oferirea de facilități fiscale care să ușureze situația financiară a firmelor: plata TVA la încasare, scăderea contribuțiilor sociale, scăderea accizelor la gaz, energie și combustibil;

- aplicarea angajamentului la nivelul UE de simplificare a sarcinilor administrative;
- crearea și punerea în aplicare a instrumentelor comunitare pentru promovarea capitalizării, a constituirii de rețele, a investițiilor și formării profesionale a personalului din IMM-uri;
- promovarea și susținerea serviciilor destinate întreprinderilor;
- garantarea unor condiții concurențiale echitabile pentru IMM-urile din România raportat la IMM-urile din industria europeană și cele de pe piața globală.¹

Adoptarea unor astfel de măsuri este cu atât mai importantă cu cât IMM-urile joacă rolul de principal angajator și cel mai mare contributor la Produsul Intern Brut, deși managerii din România sunt mai degrabă pesimiști cu privire la așteptările legate de evoluția mediului de afaceri în 2011.

Potrivit unui sondaj realizat pe un eșantion de 69.000 de companii din toată Europa de către Asociația Camerelor Europene de Comerț și Industrie - Eurochambres, dacă în 2010, în România, indicatorul de încredere în mediul de afaceri era cel mai ridicat din Europa, pentru 2011 nivelul acestuia este printre cele mai scăute la nivelul UE (38,2% dintre respondenți consideră că 2011 va fi favorabil afacerilor, 35,9% sunt de părere ca se va înregistra o stagnare, iar 25,8% apreciază că anul în curs va fi defavorabil mediului de afaceri), cu variații destul de semnificative de la o regiune la alta.

Managerii români sunt la fel de pesimiști și în cazul așteptărilor legate de cifra de afaceri (pentru 41,7% dintre respondenți aceasta va stagna, iar pentru 26,8% va scădea), evoluția cererii interne (38,1% dintre respondenți apreciază că vânzările pe piața internă vor stagna, iar 27,7% apreciază că acestea vor scădea), exporturi (pentru 46,9% dintre respondenți acestea vor stagna, iar pentru 21,3% exporturile vor înregistra o scădere), piața forței de muncă (pentru 52,5% angajările vor stagna, iar pentru 27,5% angajările se vor reduce) și investițiile (48,0% dintre respondenți apreciază ca acestea vor stagna, față de 19% care consideră că acestea vor cunoaște o scădere). La nivelul UE, alături de România, cele mai pesimiste așteptări pentru anul 2011 se înregistrează în Cipru și Slovacia, iar cele mai ridicate așteptări în Portugalia, Danemarca, Olanda și Polonia. La nivel național, cele mai optimiste așteptări pentru evoluția mediului de afaceri în anul 2011 se înregistrează în Macromediul 3 (Argeș, Călărași, Dâmbovița, Giurgiu, Ialomița, Prahova, Teleorman, București, Ilfov), însă este puțin probabil ca aceste așteptări să se și materializeze în lipsa unor evoluții ascendente în privința investițiilor, a cererii interne și externe de produse și servicii, a unor măsuri guvernamentale coerente pentru relansarea sectorului IMM-urilor.

În anul 2009, după izbucnirea crizei economice din America, România a suferit o lovitură importantă după ce economia țării s-a diminuat cu 7,1%. Ulterior guvernării au încercat reducând efectele crizei, prin luarea unor măsuri drastice de austeritate care au afectat îndeosebi populația țării, recurgând la tăierea salariilor bugetarilor și a pensiilor, precum și mărirea TVA-ului de la 19% la 24%. Această măsură de creștere a TVA-ului ar fi putut să se resimtă mai ușor în rândul populației dacă ea nu ar fi fost implementată și asupra alimentelor de bază. Din punctul meu de vedere un factor extrem de important pentru susținerea unei economii este creșterea populației. Însă atâta timp cât nivelul de trai atât în perioada crizei cât și înainte de ea a fost unul precar, emigrarea populației a fost într-o continuă creștere, iar aceasta a cauzat automat scăderea numărului de persoane rămase în țară. Potrivit datelor provizorii ale recesământului din 2012, numărul locuitorilor țării noastre a scăzut la aproximativ 19 milioane de la 21,68 milioane în 2002.

Creșterea TVA-ului a dus la o scădere masivă a vânzărilor și automat la evaziune fiscală ceea ce dovedește încă o dată că măsura adoptată de către guvern nu a fost nici spre binele economiei și nici spre binele populației. Populația a fost cea mai grav afectată de majorarea TVA-ului, aceasta făcând eforturi mari pentru a își mai putea cumpăra alimentele de bază și pentru a își achita datoriile. Din punctul meu de vedere o micșorare a TVA-ului ar fi dus la un nivel al vânzărilor în creștere

¹ „Carta Alba a IMM-urilor - 2010”, realizată de CNIPMMR
<http://www.immromania.ro/>

dezvoltând economia țării. Guvernul însă a gândit această majorare ca o importantă sursă de venit la bugetul de stat. O reducere în momentul de față a TVA-ului de la 24% la 9% la alimente ar veni pentru populație ca și o gură de aer și ar ajuta la diminuarea evaziunii fiscale. Reducerea de TVA temporară, este o măsură utilizată pentru sporirea consumului pe termen scurt. Una dintre țările care a redus TVA-ul a fost Finlanda. Pe lângă majorarea de TVA de la 19% la 24% și reducerea salariilor bugetarilor cu 25% și micșorarea pensiilor guvernul a adăugat și ale măsuri de austeritate cum ar fi:

- reducerea indemnizației pentru creșterea copilului cu 15%
- indemnizațiile acordate membrilor Academiei Române, membrilor Academiei Oamenilor de Știință din România și membrilor Academiei de Științe Tehnice din România cu 25%
- quantumul drepturilor reprezentând salarizarea în valută și alte drepturi în valută și în lei ale personalului trimis în misiune permanentă și respectiv temporară în străinătate cu 25%
- quantumul drepturilor specifice pentru activitățile desfășurate în instituțiile de apărare, ordine publică și siguranța națională cu 25%
- reducerea ajutorului de șomaj cu 15%
- reducerea salariilor la preoți cu 25%
- renta viageră a sportivilor a fost redusă cu 25%
- compensația lunară pentru chirie cu 25%
- salariile angajaților BNR, CNVM, CSSPP și CSA cu 25%

În urma măsurilor luate de către guvern multe persoane au caracterizat aceste decizii ca fiind în beneficiul țării, salvând economia de la un colaps financiar major generat de criza economică mondială, iar alte persoane au fost de părere că România a fost adâncită mai mult de cât era într-o prăpastie a sărăciei. Dacă în anul 2008 România se putea lăuda cu o creștere economică de 7,3%, trei ani mai târziu s-a înregistrat o creștere cu doar 2%, creștere care era însă una dintre cele mai mari din Europa. Pe de altă parte rata șomajului avea un nivel scăzut de numai 4%, urmând ca în 2010 respectiv 2011 acesta să atingă un maxim de 7,6% respectiv 6,6%.

Pentru o mai bună gestionare a crizei și pentru o resimțire mai ușoară în rândul populației, statul român ar trebui să reducă cheltuielile bugetare administrative, iar din economiile făcute s-ar putea gândii la niște programe pentru dezvoltare infrastructurii care este la pământ în România, deoarece acestea vor aduce un plus populației prin crearea de noi locuri de muncă și ar avea un efect important în antrenarea economiei țării. Investițiile în infrastructură trebuie realizate în cadrul unei programări bugetare multianuale, singura soluție de a reduce costurile suplimentare și de a elimina alocarea greșită a banului public. Totodată, trebuie îndreptate și greșelile politicii fiscale, nu neapărat pentru a crește veniturile bugetare, ceea ce e greu în timp de criză, ci pentru a distribui mai echitabil povara fiscală și pentru a permite celor cu acces mai greu la creditare să depășească cu bine perioada de criză.

Alte măsuri pe care statul ar trebui să le adopte pentru soluționarea crizei economice:

- Recuperarea unui procent stimulativ din taxele și impozitele firmelor care investesc în resurse alternative de energie sau care obțin reduceri semnificative de emisii în raport cu un etalon realist
- Recuperarea unui procent stimulativ din taxele și impozitele firmelor care se bazează pe achiziții verzi
- Recuperarea unui procent stimulativ din taxele și impozitele firmelor care reduc semnificativ cantitățile de deșeuri generate
- Executarea silită a datoriilor statului către sectorul privat, actualmente neexistând o lege a falimentului de stat/instituții de stat
- Prefinanțare de 15-30% pentru cei care vor să acceseze fonduri europene sau care au accesat deja
- Accesul simplificat la banii UE și modificarea legii achizițiilor publice pentru stimularea accesului și nu elaborarea de piedici ingenioase/exclusiv clientelare/exclusiv la prețul cel mai scăzut (păguboase mediului de afaceri) pentru restricționarea firmelor

- Neimpozitarea profitului reinvestit în domenii durabile cu impact pozitiv asupra mediului

Măsurile anticriză din România, sunt unele dintre cele mai ineficiente din Europa și poate chiar din lume ca amploare și structură iar asta se poate observa în rândul populației, criza economică determinând companiile românești să reducă eforturile de combatere a corupției. În urma unui sondaj de opinie realizat, pe o scară de la 1 la 9 măsurile de combatere a crizei economice au fost evaluate cu o nota de 1,3 puncte.¹ În urma evaluării singura țară cu o cotă mai mică decât a noastră este Letonia cu notă 1, iar la un nivel mondial doar Guatemala, Bolivia și Venezuela au obținut evaluări inferioare.

Efectele crizei economice și ale măsurilor luate de guvern se reflectă mai ales în buzunarele oamenilor, iar conform unor statistici privind rata sărăciei România a avut o creștere de 40,3%.

În ciuda crizei economice, a măsurilor anticriză și a deciziilor luate de guvern în timpul crizei au fost și domenii de activitate care nu au fost afectate așa de mult precum IT și Comunicații, Retail și cel Farmaceutic. Datorită naturii industriilor, angajări se vor face și în următoarea perioadă pentru a răspunde cererii continue de personal calificat. În domeniul IT, explicația este simplă, într-o epocă în care totul este informatizat, specialiștii IT vor fi întotdeauna la mare căutare, datorită specificului serviciilor pe care această industrie le oferă, care duc la eficientizarea activității și a costurilor dintr-o firmă. Existența unui număr relativ mare de specialiști în IT (peste 20.000) recomandă România ca o piață favorabilă pentru investitorii din acest domeniu. În această perioadă, cel mai puțin afectat sector este domeniul Retail. Explicația este simplă: nu vor scădea vânzările la alimentele de bază. În plus, majoritatea lanțurilor mari de magazine plănuiesc să se extindă, iar pentru fiecare nouă unitate deschisă vor exista poziții care trebuie acoperite. De pildă, lanțurile de hipermarket-uri scot la concurs între 800 și 1.000 de noi locuri de muncă pentru perioadă imediat următoare. Posturile sunt variate: de la casieri și lucrători comerciali, până la posturi în serviciu de pază și siguranță, reprezentanți vânzări sau receptionieri marfă.

În ceea ce privește domeniul farmaceutic, firmele au început chiar să angajeze mulți studenți din anii terminali datorită cererii constante de oameni cu studii de specialitate. Criza financiară nu va afecta piața farmaceutică la fel de mult ca alte sectoare. Piața farmaceutică este mai puțin vulnerabilă decât alte piețe la efectele crizei. Și ea este conectată tot pe lumea asta, deci va suferi într-o oarecare măsură. Această măsură va fi mult mai redusă decât la alte piețe, dar poate genera probleme suficient de serioase.

3. Concluzii

Pentru o bună dezvoltare a economiei măsurile autorităților nu ar trebui să fie axate pe austeritate ci pe dezvoltare și programe de investiții. Un obiectiv economic major pentru depășirea unei situații de criză îl presupune și menținerea unei stabilități macroeconomice, iar ea este esențială pentru a împiedica fluctuațiile bruște având efecte negative aferente. Ca și soluție pentru o ieșire din criza economică care a afectat România pe deplin este axarea pe o dezvoltare durabilă. Această dezvoltare se referă mai exact la satisfacerea nevoilor din prezent, fără a compromite posibilitățile generațiilor viitoare de a își satisface propriile nevoi. Concret mă refer la vizarea creșterii profitului prin scăderea considerabilă a cheltuielilor de regie, de producție și de transport, pe scurt să obții cât mai mult cu cât mai puține resurse:

- limitarea costurilor prin reducerea consumului de energie
- asigurarea unor sisteme, producție și de transport mai eficiente
- folosirea materiilor prime la maximum și reducerea pierderilor de orice fel

În România, efectele negative ale crizei și metodele de combatere a ei încep să fie tot mai evidente: lipsa cererii pe piață, care determină restrângerea producției și implicit diminuarea necesarului de forță de muncă. România ar trebui să se axeze mai mult pe infrastructura iar

¹ <http://www.cesifo-group.de/ifoHome/publications.html>

agricultura să devină unul dintre cele mai importante obiecte de activitate având în vedere resursele noastre ca țară. Viața economică este una fluctuantă și de obicei în momentul în care are loc un boom economic, imediat urmează și un declin așa și în cazul nostru de față după o criză economică puternică cu care ne confruntăm de ceva timp ar trebui să urmeze o perioadă înfloritoare de relansare economică. Așa cum relatează și Albert Einstein: „Cine depășește criza se depășește pe șine însuși, fără a rămâne a depasit”. Cine atribuie crizei eșecul, își amenință propriul talent și respectă mai mult problemele decât soluțiile. Adevărata criză este criza incompetenței.” Din citatul de mai sus cred că ai noștri conducători ar avea multe de învățat și poate dacă ar adopta anumite măsuri din cele relatate mai sus alta ar fi situația economică a României din ziua de astăzi.

Referințe Bibliografice :

- Bogle J.C. “ A crisis of ethic proportions”, Editura Wall Street Journal, anul 2009
- Bill George “ Șapte lecții de succes pe timp de criza” Editura Meteor Business București 2010
- Constantinescu N.N “ Reforma și redresarea economică” Editura Economică București 1995
- Dirk Muller “ Crashkurs-Manual de Criza” Editura Meteor Press București 2010
- Declarații publice ale Guvernatorului României, Mugur Isărescu anul 2011
- Justin Yifu Lin, Prim Vicepreședinte și Economist șef la Banca Mondială- Impactul crizei economice asupra țărilor în curs de dezvoltare 2010
- Lorena Duduiala Popescu “Efectele Crizei asupra economiilor în curs de dezvoltare- presiuni externe vs. deficiențe interne” Editura Tribuna Economică 2010
- Miron D. “Economia Uniunii Europene” Editura Luceafărul București 2005
- Rapoarte ale Institutului Național de Statistică 2011
- Rapoarte CNBC 2011

DUBLA IMPUNERE INTERNAȚIONALĂ: CONȚINUT, CONSECINȚE ȘI CĂI DE EVITARE A ACESTEIA

Ioana Cristina ROPOTĂ*

Abstract

Dubla impunere reprezintă un obstacol în calea dezvoltării comerțului exterior și a cooperării economice și tehnico-științifice, dacă nu se creează instrumente juridice prin care statele interesate să se oblige reciproc la măsuri corespunzătoare pentru înlăturarea sau micșorarea efectelor dăunătoare ale acestui fenomen. Pentru înlăturarea sau micșorarea efectelor economice apărute în urma dublei impuneri s-au creat convenții bi sau multilaterale și s-au stabilit organisme publice care urmăresc impunerea veniturilor realizate și a averilor deținute de persoanele fizice sau juridice, în alte țări decât în țara de care aparțin aceste persoane. Datorită multitudinii și diversității sistemelor fiscale la scară internațională, se poate afirma că aplicarea unei scheme unice de eliminare a dublei impuneri este o soluție nerealistă și, ca atare, metodele și mijloacele utilizate în vederea realizării acestui scop rămân la dispoziția statelor interesate, contribuind astfel la dezvoltarea relațiilor dintre statele implicate.

Cuvinte cheie: dubla impunere internațională, convenție de evitare a dublei impuneri internaționale, metoda scutirii totale, metoda scutirii progresive, metoda creditării totale, metoda creditării ordinare

INTRODUCERE

În contextul amplificării și diversificării relațiilor dintre state, deoarece operatorii internaționali, persoane fizice și juridice, realizează venituri nu numai din surse interne, dar și din surse externe, impozitele aferente diferitelor venituri intră în aria de competență a mai multor sisteme fiscale naționale. Astfel, apar frecvent situații în care persoanele fizice și juridice aparținând unui stat realizează venituri din surse situate pe teritoriul altor state. Întrucât fiecare dintre statele în cauză poate revendica jurisdicția fiscală, parțială sau totală asupra persoanelor în cauză, acest fapt generează coexistența mai multor sisteme fiscale complementare sau concurente, determinând astfel o dublă sau uneori multiplă impozitare a veniturilor respective.

De aceea, autoritățile publice care se ocupă cu impunerea veniturilor realizate și a averilor deținute de persoanele fizice și juridice în alte țări decât cea căreia îi aparțin trebuie să coopereze pentru a evita dubla impunere.

Pentru o mai bună înțelegere a fenomenului dublei impuneri internaționale, în prima parte a acestei lucrări voi prezenta din punct de vedere teoretic conținutul dublei impuneri internaționale, precum și modalitățile și metodele de evitare a acesteia.

Avantajele aplicării convențiilor de evitare a dublei impuneri internaționale sunt evidențiate în partea a doua a lucrării, care conține un studiu de caz privind impunerea veniturilor obținute în România de o persoană juridică rezidentă în Slovacia.

1. Cadrul teoretic privind dubla impunere internațională

1.1. Conținutul dublei impuneri internaționale

În condițiile actuale economiei de piață, problema dublei impuneri reprezintă un subiect de interes atât la nivelul indivizilor cât și al statelor, datorită în principal libertăților existente în

* Ioana Cristina ROPOTĂ, Facultatea de Științe Economice, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: cristina.ropota@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub conducerea conf. univ. dr. Maria Grigore (mgrigore@univnt.ro).

momentul de față: libera circulație a persoanelor, capitalurilor, bunurilor și serviciilor. Atribute precum cetățenie, rezidență, proprietar de bunuri etc., pot fi folosite drept criterii de impunere la nivelul mai multor state în cazul aceluiași individ. Rezultă astfel că „*dubla impunere reprezintă supunerea la impozit a aceleiasi materii impozabile, la nivelul aceluiași contribuabil, în aceeași perioadă de timp, de către două autorități fiscale din țări diferite*”¹. Există deci trei condiții care trebuie să fie îndeplinite cumulativ pentru a se înregistra o situație de dublă impunere: perceperea repetată în state diferite a impozitului sau taxei aferente aceluiași venit sau asupra aceluiași bun(aceleiasi proprietati); existența identității perioadei de impunere; supunerea la un surplus de sarcină fiscală a contribuabilului, diferență pe care nu ar fi datorat-o dacă impunerea s-ar fi făcut doar de unul dintre state.

Astfel: „*Apariția dublei impunerii juridice internaționale este consecința suprapunerii a două suveranități fiscale, care își exercită, fiecare în parte, dreptul de a impune o anumită materie impozabilă reperată pe teritoriul aflat sub jurisdicția sa, sau care, deși are originea pe alt teritoriu, aparține unui contribuabil având rezidența pe teritoriul său.*”²

Impactul fiscal asupra individului și asupra relațiilor economice, ca urmare a politicii unui stat sau altul și implicit apariția fenomenului de dublă impunere se datorează nu atât structurii diferite a sistemelor sau a gradului diferit de fiscalitate, cât principiilor (convențiilor) de bază pe care este fundamentată politica de impunere în cele două state.

Politica și legislația fiscală fiind o manifestare strictă a suveranității fiecărui stat, fenomenul dublei impunerii internaționale apare frecvent, frământând mai ales investițiile în străinătate, transferul de tehnologie sau proliferarea în afara statului național a filialelor societăților comerciale.

Luând în considerare aspectele de *ordin juridic*, legate de voința legiuitorului, dubla impunere realizată într-o țară este *voluntară și involuntară*³.

Dubla impunere voluntară este instituită special, în vederea realizării unui anumit scop. În această situație se pot afla:

- impunerea mai accentuată a veniturilor realizate în țară de persoanele fizice și juridice străine;
- aplicarea unor cote adiționale de impozite în favoarea bugetului federal (sau centralizat), la unele dintre impozitele locale.

Dubla impunere involuntară poate fi expresia unei repercusiuni a unor impozite, întrucât legiuitorul nu poate stabili în toate cazurile cine va suporta impozitele.

Din punct de vedere administrativ, în analiza dublei impunerii trebuie să avem în vedere deosebirea dintre autoritățile financiare suprapuse și cele juxtapuse (paralele). Astfel dubla impunere se manifestă doar în cazul în care aceasta este provocată de autorități juxtapuse.

Dubla impunere poate fi realizată și de către una și aceeași autoritate financiară, când aceasta se referă la:

- impunerea aceluiași venit de două ori;
- impunerea aceluiași capital de două ori;
- impunerea simultană a venitului și capitalului;
- impunerea concomitentă a profitului rămas la societățile comerciale și a dividendelor repartizate acționarilor sau asociaților;
- impunerea societăților comerciale atât pentru capitalul pe care îl dețin, cât și pentru obligațiunile aflate în portofoliu.

Apariția dublei impunerii se datorează modului în care sunt aplicate criteriile care stau la baza impunerii veniturilor sau averii. În practica fiscală internațională criteriile care stau la baza impunerii veniturilor sau averii sunt³:

¹ Tatiana Mosteanu, *Finante publice*, Editura Universitară, București, 2004, p. 195

² Iulian Vacarel, *Finante publice. Teorie și practică*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1981, p. 49

³ ConsultingReview, www.consultingreview.ro

➤ *criteriul rezidenței (sau al domiciliului fiscal)*, potrivit căruia impunerea veniturilor sau averii se realizează de autoritatea fiscală din țara careia aparține rezidentul, indiferent dacă veniturile sau averea care fac obiectul impunerii, sunt obținute sau se află pe teritoriul acelei țări sau în afara acesteia;

➤ *criteriul naționalității (sau al cetățeniei)*, potrivit căruia o țară impune rezidenții săi, care realizează venituri sau posedă avere din (în) țara respectivă, indiferent dacă aceștia locuiesc sau nu în țara lor;

➤ *criteriul sursei sau originii veniturilor (teritorialității)*, potrivit căruia impunerea se efectuează de către organele fiscale din țara pe al cărei teritoriu s-au realizat veniturile sau se află averea, indiferent de rezidența sau naționalitatea beneficiarilor de venituri.

Modul în care sunt aplicate aceste criterii poate conduce la apariția dublei impunerii. De exemplu, dacă în țara A impunerea se bazează pe criteriul rezidenței, iar în țara B pe criteriul originii veniturilor, atunci o persoană din prima țară dacă realizează venituri în țara a doua va trebui să plătească impozite pe veniturile sale atât în țara de rezidență, cât și în țara de origine a veniturilor.

1.2. Evitarea dublei impunerii fiscale internaționale

1.2.1. Modalități pentru evitarea dublei impunerii internaționale

Printre modalitățile de evitare a dublei impunerii internaționale, cel mai frecvent utilizate sunt: acorduri internaționale, convențiile bi sau multinaționale, jurisprudența, cutuma, doctrina.

În legislația fiscală națională sau în alte reglementări interne, s-au introdus prevederi menite să împiedice impunerea repetată de către două sau mai multe suveranități fiscale diferite. În linii mari, printre soluțiile utilizate în mod individual de state pentru evitarea dublei impunerii pot fi menționate: scutițiile sau reducerile de impozite pentru anumite venituri obținute în afară, scutițiile de taxe vamale, deducerea impozitului plătit în străinătate din impozitul datorat în statul de rezidență etc. Aplicarea unor măsuri de acest tip poate ridica însă o serie de probleme dacă în legislația țărilor partenere nu sunt conținute măsuri legale asemănătoare sau nu își găsesc echivalent. În plus există de asemenea și riscul ca unele țări să se folosească de acest tip de măsuri pentru a acorda anumite facilități fiscale către anumite state pentru a stimula relațiile economice dintre ele, producându-se un transfer voluntar și discriminatoriu de fiscalitate.

Măsurile pentru evitarea dublei impunerii sunt de regulă reglementate de următoarele tipuri de instrumente: convenții fiscale propriu-zise și acorduri internaționale, cutumă, jurisprudență, doctrină.

Acordurile internaționale sunt încheiate în general având în vedere alte obiective (de natură economică, comercială, transport etc.) decât problemele fiscale, dar cuprind și anumite prevederi, măsuri de acest tip în conținutul lor. Exemple de astfel de acorduri: Acordul General pentru Tarife Vamale și Comerț (Havana 1947), Organizația Mondială a Comerțului (Marrakech, 1994), Tratatul privind constituirea Comunității Economice Europene (Roma, 1957), în prezent Uniunea Europeană (Maastricht).

Convențiile fiscale propriu-zise desemnează acordurile internaționale care au un caracter exclusiv sau esențial fiscal. Sunt în general încheiate cu scopul explicit de a elimina dubla impunere și cuprind: criterii, soluții și metode instituite de către statele contractante. Ele pot avea fie un caracter general (inclusiv măsuri complexe pentru evitarea dublei impunerii și reglementează ansamblul impozitelor și taxelor existente în statele partenere) fie unul special (vizează aspecte limitate ale relațiilor fiscale, referindu-se la o anumită categorie de impozite fie la anumite măsuri de natură procedurală în domeniul fiscal. Exemplu: convenții pentru reglementarea impozitării societăților de transport internaționale maritime sau aeriene).

În raport cu numărul părților contractante, convențiile fiscale cunosc și o altă clasificare: convenții bilaterale și convenții multilaterale. Convențiile bilaterale sunt după cum le sugerează și numele convenții încheiate între două părți contractante. Avantajul lor principal este acela că sunt capabile să reglementeze în detaliu soluțiile propuse în concordanță cu specificitatea fiecărui sistem național în cauză, rezultând astfel un grad mai ridicat de flexibilitate în aplicarea, modificarea sau

amendarea măsurilor. Pot să vizeze explicit modalități de evitare a dublei impuneri sau pot reglementa separat anumite tipuri de relații internaționale și în plan secundar evitarea unor duble impozitări pe acele domenii de interes (exemple: acorduri privind garantarea reciprocă a investițiilor, cooperarea economică, organizarea transporturilor).

Convențiile multilaterale presupun existența unui număr mai mare de persoane contractante. Utilizarea acestor convenții fiscale a fost dominantă în perioada dinaintea celui de-al doilea război mondial, argumentul constituindu-l posibilitatea mai mare a armonizării măsurilor legale de impunere a veniturilor pe plan internațional. Datorită însă caracterului lor exhaustiv, acest tip de convenții necesită constituirea unor instituții speciale care să asigure interpretarea lor uniformă în statele contractante. Exemple de astfel de convenții: Convenția Statelor Nordice (Suedia, Finlanda, Islanda, Norvegia), Pactul Andin (Bolivia, Chile, Columbia, Ecuador, Peru, Venezuela).

În literatura de specialitate sunt definite, în principal, patru scopuri ale convențiilor pentru evitarea dublei impuneri și anume: eliminarea dublei impunerii internaționale; prevenirea și evitarea evaziunii fiscale; alocarea drepturilor fiscale între statele concurente; prevenirea discriminărilor fiscale. Prin definițiile, metodele și procedurile ce le reglementează convențiile fiscale completează dreptul fiscal intern și contribuie la perfecționarea legislației fiscale naționale. Ele nu descriu astfel sistemul fiscal în vigoare în celălalt stat, ci numai limitele permise și garantate la care se pot extinde exigențele legislației fiscale aparținând statului respectiv.

La baza încheierii convențiilor fiscale bilaterale dintre state, între care și România, stau aproape în totalitate proiectele de convenții model elaborate de organismele internaționale cum sunt Organizația Națiunilor Unite (O.N.U.) sau Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (O.C.D.E.) care au adus o importantă contribuție la stabilirea și aplicarea unor principii unitare în materia dreptului fiscal internațional. Convențiile astfel încheiate sunt definitive prin adaptarea textelor convențiilor model la specificul relațiilor dintre statele partenere și la natura economiilor acestora.

Cutuma¹, reprezintă o regulă neprecizată explicit în cadrul convenției fiscale, dar care se referă la interpretarea prevederilor în scopul ușurării obligațiilor contribuabilului, în cazul lipsei unei reglementări precise cu privire la aplicarea convenției fiscale.

Jurisprudența² este ca și în alte ramuri ale dreptului o sursă de drept internațional fiscal, prezentându-se sub forma unor situații care au mai făcut obiectul judecății unor instanțe fiscale naționale sau internaționale. Exemple de astfel de organisme: Curtea Internațională de Justiție de la Haga, Curtea Supremă de Justiție de pe lângă Comunitățile Europene, organele de arbitraj instituite de statele semnatare ale convenției etc.

Doctrina, constituită de opiniile demne de reținut aparținând unor organisme precum: Asociația Fiscală Internațională, Asociația de Drept Internațional, Institutul Internațional de Finanțe Publice etc., în cadrul soluționării unor probleme fiscale apărute în relațiile dintre state.

1.2.2. Metode sau procedee pentru evitarea dublei impuneri internaționale

În practica convențională fiscală, evitarea dublei impuneri se asigură fie prin *metoda scutirii* (exonerării de la plată), fie prin *metoda creditării* (imputării). Deosebirea dintre aceste metode este aceea că, metoda exceptării se referă la venit, pe când metoda creditării se referă la impozit. La rândul lor fiecare metodă poate fi utilizată, în cadrul convențiilor fiscale, în două variante, astfel: *metoda scutirii totale (integrale)* și *metoda scutirii progresive; metoda creditării totale (integrale)* și *metoda creditării ordinare (obișnuite sau limitate)*.

În cadrul *metodei scutirii*, statul de rezidență al beneficiarului unui anumit venit nu impozitează veniturile care, potrivit prevederilor convențiilor fiscale, sunt impuse în celălalt stat,

¹ Moșteanu Narcisa Roxana, *Dubla impunere juridical internațională*, Editura didactică și pedagogică, București, 2003, p. 16

² Alexandru Marian, *Dubla impunere internațională*, Editura Economică, București, 2003, p. 64

adică în statul de sursă (origine a veniturilor) sau în cel care se află averea impozabilă, un sediu permanent sau o bază fixă

În cadrul metodei creditării, statul de rezidență calculează impozitul datorat de un rezident al său pe baza volumului total al veniturilor acestui contribuabil. Aceasta înseamnă că în venitul impozabil statul de rezidență va include și venitul impozabil în statul de sursă (de origine a veniturilor) sau în statul în care se află averea producătoare de venit impozabil, ca și în statul în care se află sediul permanent sau baza fixă. El nu va lua în calcul venitul și averea care nu sunt impozabile decât în celălalt stat contractant. Din impozitul total, stabilit la totalul veniturilor (sau averii) impozabile, statul de rezidență va deduce impozitul plătit de contribuabil respectiv în celălalt stat contractant.

În cadrul metodei scutirii, statul de rezidență al beneficiarului de venit sau avere nu impozitează veniturile/averea care, potrivit prevederilor convențiilor fiscale, sunt impuse în celălalt stat, adică în statul de sursă sau în cel în care se află averea impozabilă.

În cadrul convențiilor fiscale metoda scutirii este utilizată în una din următoarele două variante: metoda scutirii totale (integrale) sau metoda scutirii progresive.

Metoda scutirii totale

Conform acestei variante a metodei scutirii, statul de rezidență al beneficiarului de venit, la determinarea venitului impozabil al unui rezident al său, nu va lua în considerare venitul impozabil al acestuia în statul de sursă (de origine a venitului) și nici venitul aferent unui sediu permanent ori unei baze fixe din celălalt stat contractant. Astfel el va lua în calcul numai restul venitului impozabil. În acest fel, prin neluarea în considerare a unui anumit venit, se acordă o scutire de impozit. Mai mult, statul de rezidență trece cu vederea existența veniturilor scutite de impozit, atunci când determină venitul impozabil al contribuabilului rezident în acel stat.

Metoda scutirii progresive

Conform acestei variante a metodei scutirii, venitul impozabil în celălalt stat contractant (care este statul sursă sau de origine a venitului, cel în care se află sediul permanent sau baza fixă) nu se impune în statul de rezidență al beneficiarului acestui venit. În schimb acest din urma stat își păstrează dreptul de a lua în considerare acest venit, atunci când determină impozitul aferent restului de venit.

Trăsătura caracteristică a metodei creditării este aceea că țara de rezidență a beneficiarului tratează impozitele străine în cadrul unor anumite limite statutare. Atunci când cota impozitului străin este mai mică decât cota internă, numai excedentul cotei impozitului intern peste cel extern se plătește țării de rezidență a beneficiarului. Atunci când impozitul străin este mai mare decât impozitul intern, în țara de rezidență nu se percepe nici un impozit.

Țările care aplică această metoda își reduc pretențiile fiscale normale asupra profiturilor străine, cu suma impozitului pe care beneficiarul a plătit-o deja țării sursă. Țara sursă poate, astfel, să-și ridice cota sa de impozit la nivelul impozitului țării de rezidență fără a impune însă o povară suplimentară beneficiarului. Conform metodei creditării, statul de rezidență calculează impozitul datorat de un rezident al său pe baza volumului total al venitului acestui contribuabil.

Metoda creditării totale

Conform acestei variante a metodei creditării, statul de rezidență deduce din impozitul aferent totalului veniturilor (averii) impozabile ale contribuabilului suma totală a impozitului plătit de acesta în celălalt stat.

Metoda creditării ordinare

Conform acestei metode, statul de rezidență deduce, cu titlu de impozit plătit în celălalt stat contractant, o sumă care poate să fie egală sau mai mică decât cea efectiv plătită statului de sursă (de origine a veniturilor).

2. Studiu de caz privind dubla impunere internațională

În continuare vom analiza situația unei persoane juridice rezidente în Slovacia care realizează venituri pe teritoriul României.

Societatea comercială Creditexpress Financial Services SRL din România a beneficiat în perioada ianuarie – aprilie 2009 de servicii de consultanță în management prestate de societatea “Workout Consulting SRO” cu sediul în Slovacia, în baza contractului de consultanță încheiat între cele două părți.

În anul 2009 Workout Consulting SRO nu a realizat alte venituri în Slovacia sau în alte țări.

Conform convenției încheiate între România și Slovacia, în cazul unui rezident al Republicii Slovace, dubla impunere va fi eliminată după cum urmează: Republica Slovacă, la impunerea rezidenților săi, poate include în baza impozabilă elemente de venit care, potrivit prevederilor acestei convenții, pot fi, de asemenea, impuse în România, dar va deduce din impozitul calculat pe această bază o sumă egală cu impozitul plătit în România. Această deducere totuși nu va depăși cea parte a impozitului slovac, astfel cum a fost calculată înainte de deducere, corespunzătoare venitului care, în concordanță cu prevederile acestei convenții, poate fi impus în România.

Pentru calculul impozitului datorat de Workout Consulting SRO, voi utiliza următoarele informații:

Condițiile de plată conform contractului de consultanță:

	Taxă lunară de management (fără TVA)	Bonus în funcție de îndeplinirea sarcinilor stabilite individual – cu privire la perioada dată (fără TVA)
ian 2009- mar 2009	2,000 - 2800 EUR	4,000 EUR

Compania Creditexpress și-a îndeplinit obligațiile contractuale și a achitat consultantului Workout sumele convenite conform contractului.

Certificatul de rezidență fiscală este documentul eliberat de autoritatea competentă din statul său de rezidență al nerezidentului și care servește la aplicarea prevederilor convenției de evitare a dublei impuneri. Prin urmare, pentru a beneficia de efectele convenției de evitare a dublei impuneri, nerezidentul are obligația de a prezenta plătitorului de venit, în momentul realizării venitului, certificatul de rezidență fiscală.

Workout Consulting SRO a prezentat societății Creditexpress Financial Services SRL certificatul de Rezidență fiscală emis de autoritățile fiscale din Slovacia valabil pe întreaga perioadă a contractului. Din sumele destinate consultantului pentru perioada ianuarie – aprilie 2009 a fost reținut la sursă impozitul aplicat pe veniturile nerezidenților.

În anul 2009 cota de impunere aplicată asupra veniturilor nerezidenților a fost de 10%.

Cursul de schimb utilizat este cel comunicat de Banca Națională a României, valabil în ziua reținerii impozitului pentru nerezidenți.

Modul în care au fost făcute plățile este evidențiat în tabelul următor:

Factură	Descriere servicii	Suma (eur)	Imp sursa (eur)	Suma de plata (eur)	Rata schimb	Impozit (lei)
ian.09	consultancy for Dec 08	2.000,00	200	1800	4,2684	853,68 lei
apr.09	bonus	4.000,00	400	3600	4,3119	1.724,76 lei
feb.09	bonus	4.000,00	400	3600	4,3119	1.724,76 lei

mar.09	consultancy for Jan 09	2.800,00	280	2520	4,2954	1.202,71 lei
						5.505,91 lei

Impozitul total de plată (reținut la sursă de plătitor) pentru perioada ianuarie – aprilie 2009 a fost de 5.505,91 lei.

După încheierea anului fiscal 2009, Creditexpress Financial Services SRL, persoana juridică plătitoare de venit, are obligația de a depune Declarația informativă privind impozitul reținut și plătit pentru veniturile cu regim de reținere la sursă/venituri scutite, pe beneficiari de venit nerezidenți. Această declarație este trimisă consultantului, iar pe baza acesteia, Workout Consulting SRO își recuperează din țara de origine impozitul reținut la sursă în România.

Pentru a evidenția avantajul aplicării convenției de evitare a dublei impuneri vom determina impozitul plătit de Workout Consulting SRO în Slovacia în următoarele două variante:

- Situația în care nu există convenție: se aplică cota de impozitare de 23% prevăzută în legislația slovacă:

Factură	Descriere servicii	Venitul obținut (eur)	Imp profit 23% (eur)
ian.09	consultancy for Dec 08	2.000,00	460
apr.09	bonus	4.000,00	920
feb.09	bonus	4.000,00	920
mar.09	consultancy for Jan 09	2.800,00	644

În această situație, Workout Consulting SRO plătește în Slovacia un impozit total de 2944 EUR.

- Situația în care există convenție: Slovacia, la impunerea rezidenților săi va include în baza impozabilă venitul obținut în România, dar va deduce din impozitul calculat pe această bază o sumă egală cu impozitul plătit în România:

Factură	Descriere servicii	Venitul obținut (eur)	Imp profit 23% (eur)	Impozit reținut în România (eur)	Impozit final (eur)
ian.09	consultancy for Dec 08	2.000,00	460	200	260
apr.09	bonus	4.000,00	920	400	520
feb.09	bonus	4.000,00	920	400	520
mar.09	consultancy for Jan 09	2.800,00	644	280	364

În această situație, Workout Consulting SRO plătește în Slovacia un impozit total de 1664 EUR.

CONCLUZII ȘI PROPUNERI

În concluzie, dubla impunere internațională are loc ”Când veniturile și bunurile sunt impuse de către două state, la același tip de impozit, și în același exercițiu financiar.”¹

Evitarea dublei impunerii se poate face fie pe baza unor măsuri legislative unilaterale, fie prin încheierea de acorduri bilaterale sau multilaterale între diferite state, iar soluția cea mai potrivită este încheierea de convenții bi sau multilaterale între state.

Mijlocul legal de eliminare a unor asemenea conflicte pe plan internațional sunt convențiile fiscale, denumite Convenții de Evitare a Dublei Impunerii Internaționale (CEDI). Regimul fiscal al veniturilor obținute din România se stabilește prin coroborarea prevederilor Codului Fiscal cu articolele din convențiile fiscale internaționale. Fiind un factor cu influență directă asupra echilibrului tranzacțiilor transfrontaliere și al mișcărilor internaționale de capital, persoane, bunuri și servicii, necesitatea încheierii convențiilor de evitare a dublei impunerii este o prioritate în cadrul politicii fiscale a fiecărui stat.

Dubla impunere afectează eficiența exportului și competitivitatea externă a mărfurilor, deoarece sarcina fiscală este mai mare decât dacă venitul sau averea ar fi supuse numai legislației fiscale dintr-un singur stat. În aceste condiții, dubla impunere devine un obstacol în calea dezvoltării comerțului exterior și a cooperării economice și tehnico-științifice, dacă nu se creează instrumente juridice prin care statele interesate să se oblige reciproc la măsuri corespunzătoare pentru înlăturarea sau micșorarea efectelor dăunătoare ale acestui fenomen. De asemenea dubla impunere internațională constituie o barieră în dezvoltarea relațiilor economice dintre state, diminuând veniturile operatorilor internaționali și interesul acestora pentru realizarea de investiții în străinătate.

Odată cu aderarea României la Uniunea Europeană, provocările și oportunitățile în domeniul armonizării legislației fiscale cu standardele europene și al stabilirii unei strategii fiscale clare pe termen lung sunt numeroase și presupun eforturi susținute de asigurare a stabilității, coerenței și consistenței cadrului legislativ, inclusiv prin reducerea barierelor birocratice și promovarea transparenței și consultării publice.

Problemele fiscale internaționale au reprezentat centrul preocupărilor Organizației Națiunilor Unite și Organizației Europene de Cooperare Economică, precum și succesoarei acesteia, Organizația de Cooperare și Dezvoltare Economică.

Aceste organizații aduc importante contribuții în soluționarea problemelor fiscale internaționale. Aceste soluții sunt concretizate în elaborarea și publicarea unor convenții model pentru evitarea dublei impunerii a veniturilor și averii, precum și în numeroase studii și analize consacrate impozitelor.

Indiferent de metoda aleasă pentru evitarea dublei impunerii, viabilitatea soluțiilor recomandate de convențiile model este de necontestat. Datorită multitudinii și diversității sistemelor fiscale la scară internațională, se poate afirma că aplicarea unei scheme unice de eliminare a dublei impunerii este o soluție nerealistă și, ca atare, metodele și mijloacele utilizate în vederea realizării acestui scop rămân la dispoziția statelor interesate, contribuind astfel la dezvoltarea relațiilor dintre statele implicate.

Referințe bibliografice:

- **Alexandru Felicia**, *Note de curs -Tehnici fiscale – INDE 2004/2005*
- **Alexandru Marian**, “*Dubla impunere internațională – Modalități de evitare*”, Editura Economică, București, 2003
- **Alexandru Marian**, *Convențiile fiscale încheiate de România*, Editura Economică, București, 2003

¹ Alexandru Marian, *Dubla impunere internațională*, Editura Economică, 2003, p. 58

- **Moșteanu Narcisa Roxana**, *Dubla impunere juridica internațională*, Editura didactică și pedagogică, București, 2003
- **Moșteanu Tatiana**, *Finanțe publice*, Editura Universitară, București, 2008
- **Văcărel Iulian**, și colectiv, *Finanțe publice*, Editura didactică și pedagogică, Ediția a VI-a, București, 2007
- **Văcărel Iulian**, *Finanțe publice. Teorie și practică*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1981
- **Tătu Lucian**, *„Fiscalitate – De la lege la practică”*, Editura CH Beck, Ediția a III-a revizuită și actualizată, 2006
- **Vintilă Georgeta**, *„Fiscalitate – Metode și tehnici fiscale”*, Editura Economică, Ediția a II-a revizuită, București, 2006
- *Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal*, publicată în Monitorul Oficial nr. 927 din 23.12.2003, cu modificările și completările ulterioare
- *Hotărârea Guvernului nr. 44/2004 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal*, publicată în Monitorul Oficial nr. 112 din 06.02.2004, cu modificările și completările ulterioare
- *Legea nr. 500 din 11/07/2002*, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 597 din 13/08/2002
- *Legea nr. 96 din 10/11/1994 privind ratificarea Convenției dintre Guvernul României și Guvernul Republicii Slovace pentru evitarea dublei impuneri și prevenirea evaziunii fiscale cu privire la impozitele pe venit și pe capital, semnată la Bratislava la 3 martie 1994*, publicată în Monitorul Oficial nr. 315 din 14.11.1994
- <http://consultingreview.ro> (ConsultingReview)
- <http://creditexpress.com.ro> (CREDITexpress Financial Services SRL)
- <http://static.anaf.ro> (Agenția Națională de Administrație Fiscală)

SLALOM PRINTRE TAXELE SI IMPOZITELE DIN ROMÂNIA SI BULGARIA

Angela Stănescu (BURLAN)¹

Abstract:

Trăim într-un climat economic în continuă schimbare și suntem supuși în mod constant presiunii taxelor și impozitelor care ne îngreunează existența, dar încercăm să ne adaptăm modificărilor sistemului fiscal și să dăm exemplu de “cetățean model” prin asumarea responsabilităților și achitarea datoriilor fiscale ce ne revin. Scopul prezentei lucrări este de a scoate în evidență cateva avantaje și dezavantaje ale sistemelor fiscale din cele două țări: România și Bulgaria la nivelul Uniunii Europene.

Cuvinte cheie: *impozite, taxe, rata fiscalității, politica fiscală, impozit pe profit*

Introducere

Spre ce se îndreaptă Europa? Această întrebare o auzim la tot pasul, ne lovim de incertitudine în fiecare clipă, dar oare știm să găsim răspunsuri având în vedere perioada dificilă prin care trece nu numai Europa, ci întreaga lume? Iată o adevărată provocare pentru toți cei care sunt îngrijorați și se tem să nu ajungă în situația statelor membre care sunt la un pas de faliment (vezi situația Greciei, Irlanda, Portugalia), dar și a unor state solide (Spania, Italia chiar și Germania) care zdruncină încrederea într-o Europă unită și puternică din punct de vedere economic. Se pare că Europa nu găsește ieșirea din criza deficitelor bugetare. Pe fondul acestor crize bugetare, moneda euro s-a devalorizat puternic, iar ce nu a făcut criza financiară (când euro nu a avut de suferit) a făcut criza deficitelor publice. Valorile europene sunt puse sub semnul întrebării în urma efectelor politicilor publice care au avut ca premise că toate guvernele sunt responsabile ori că băncile sunt responsabile. Ei bine, acestea nu sunt responsabile în totalitate. Moneda unică nu se poate susține fără politici comune privind sănătatea finanțelor publice.²

Avem din decembrie 2009 Tratatul de la Lisabona, care a intrat în vigoare cu ultimul tren. România și Bulgaria au prins, probabil, ultimul tren spre Uniunea Europeană. Dar mai bine mai târziu decât niciodată spune o vorba din popor...

România vs. Bulgaria? Ce avem noi și ei nu au? Ce au ei și noi nu avem? Dacă analizăm din punct de vedere geografic, cele două țări se află în același areal european (cu un puternic iz balcanic), România ocupând un spațiu aproape dublu față de cel al Bulgariei, ambele țări au deschidere la Marea Neagră, și cu toate acestea...

Am fost de multe ori tentată să înclin spre turismul pe care îl oferă țara noastră dar de câte ori am ales să îmi petrec vacanțele pe plaiuri mioritice întotdeauna am avut parte de surprize neplăcute la capitolul raport calitate/preț, infrastructura și traficul infernal din țara noastră față de vecinii bulgari, iar despre serviciile prestate nici să nu mai amintesc... de aceea îmi întorc mereu cu invidie fața către vecinii noștri bulgari care știu să profite de pe urma turismului.

Dar acestea sunt doar mici aspecte și impresii proprii legate de antiteza dintre cele două țări din punct de vedere “estetic”. Înșă, să aruncăm o privire asupra taxelor și impozitelor la nivelul acestor două țări și asupra modului de aplicare și control al politicilor lor fiscale. Conform

¹ Masterand, Facultatea de Științe Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: stanescu.angela@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Maria Grigore (mgrigore@univnt.ro).

² Sebastian Bodu, <http://sebastianbodu.wordpress.com>

rezultatelor principale ale studiului efectuat de Eurostat (organismul Comisiei Europene pentru statistică) vom putea face o comparație și din punct de vedere al nivelului lor de trai prin prisma taxelor și impozitelor.

În acest scop vom prezenta comparativ principalele caracteristici ale impozitelor din cele două țări (pe categorii de impozite), vom analiza structura și evoluția veniturilor fiscale, iar în final vom trece în revistă problemele actuale și perspectivele privind fiscalitatea în România și Bulgaria.

1. PRINCIPALELE CARACTERISTICI ALE IMPOZITELOR DIN ROMÂNIA ȘI BULGARIA

1.1. Impozitul pe venitul persoanelor fizice

ROMÂNIA	BULGARIA
<p>Începând cu anul 2005, un sistem de impozitare fix a înlocuit sistemul anterior, cu cote de impozitare variind de la 18% la 40%. Cota unică de impozitare de 16% se aplică la veniturile din activități independente, veniturile din salarii, veniturile din chirii, câștigurile din acțiunile cotate la bursă, veniturile din dobânzi.</p> <p>Veniturile din activități independente sunt impozitate la cota unică de 16% (contribuțiile sociale obligatorii sunt deductibile) și cuprind, printre altele: veniturile din activități liber-profesioniște, inclusiv venituri din exercitarea profesiilor liberale; veniturile din drepturile de proprietate intelectuală.</p> <p>Veniturile din salarii constituie sumele primite de o persoană fizică în baza unui contract de muncă. Venitul impozabil se obține prin deducerea din venitul brut a contribuțiilor sociale obligatorii, a deducerii personale, a cotizației la sindicat și a contribuțiilor la schemele de pensii facultative.</p> <p>Pensiile sunt impozabile la cota unică de 16% pentru sumele ce depășesc 1.000 lei pe lună.</p> <p>În cazul veniturilor obținute din chirii, venitul brut anual reprezintă venitul obținut de proprietar în cursul anului, în funcție de prevederile contractului de închiriere înregistrat la autoritățile fiscale. Venitul net impozabil se determină prin deducerea cotei de cheltuieli de 25% din venitul brut, și este impozitat la cota unică de 16%.</p> <p>Sistemul electronic național de plată a fost lansat în martie 2011.</p>	<p>În 2008 Bulgaria a introdus o cotă de 10% care a înlocuit cotele anterioare progresive de impozit pe venit (20%, 22% și 24%). Cota unică de impozitare se aplică pentru veniturile din șase surse și, în conformitate cu principiile sistemului fiscal, doar câteva scutiri fiscale sunt în vigoare.</p> <p>Veniturile nete al întreprinzătorilor persoane fizice sunt impozitate separat printr-un impozit final de 15%.</p> <p>Membrii de familie sunt impozitați separat.</p> <p>Nu există nici o alocație generală pentru copii; doar persoanelor cu dizabilități li se acordă o indemnizație anuală de 7 920 BGN (€ 4 049).</p> <p>Donațiile către anumiți beneficiari instituționali, contribuțiile de asigurări sociale obligatorii și anumite contribuții voluntare precum și primele sunt deductibile din venitul impozabil total. Sub rezerva anumitor condiții, familiile tinere pot deduce plățile de dobânzi ipotecare pentru prima sumă de 100 000 BGN (€ 51 129).</p> <p>Pensiile și alte plăți de asigurări sociale sunt scutite de la impozitare.</p> <p>Sunt scutite de impozit: veniturile din dobânzi la conturile de economii la bănci cu sediul în Bulgaria sau în altă țară din UE, privind valorile mobiliare din Bulgaria sau alt stat UE, la împrumuturile de stat sau garantate de stat, precum și la obligațiunile corporative și alte obligațiuni</p> <p>O reducere fiscală de 5% se aplică în cazul depunerii mai devreme sau în sistem electronic a declarației fiscale.</p>

1.2. Impozitul pe profit

ROMÂNIA	BULGARIA
<p>Impozitul pe profit urmează sistemul clasic: profiturile corporative sunt impozitate la nivelul societății și profiturile distribuite sunt impozitate din nou la nivelul acționarilor, atât corporativ cât și individual.</p> <p>În profitul impozabil sunt incluse toate veniturile impozabile din care se scad cheltuielile deductibile și deducerile. Cheltuielile deductibile sunt numai cheltuielile efectuate în scopul realizării de venituri impozabile.</p> <p>Din 2005, cota de impozit de 25% a fost redusă la 16%. Excepție fac contribuabilii care desfășoară activități de natura barurilor de noapte, cluburilor de noapte, discotecilor, cazinourilor sau pariurilor sportive, inclusiv persoanele juridice care realizează aceste venituri în baza unui contract de asociere, și la care impozitul pe profit datorat pentru aceste activități este mai mic decât 5% din veniturile respective sunt obligați la plata unui impozit de 5% aplicat acestor venituri realizate.</p> <p>Există și contribuabili care sunt scutiți de la plata impozitului pe profit; printre care: trezoreria statului, instituțiile publice pentru fondurile publice, inclusiv pentru veniturile proprii și disponibilitățile realizate, persoanele juridice române care plătesc impozitul pe veniturile microîntreprinderilor, organizațiile nonprofit etc.</p> <p>De la 1 februarie 2013, firmele care au realizat în anul precedent venituri care nu au depășit echivalentul în lei a 65.000 euro (microîntreprinderile) sunt obligate să plătească impozit pe veniturile microîntreprinderilor, calculat cu cota de 3%.</p> <p>Cota de impozitare a dividendelor plătite către persoanele juridice române este de 16% aplicată la dividendul brut. Nu se datorează impozit dacă la data plății dividendelor beneficiarul acestora deține minimum 10% din titlurile de participare ale societății care le distribuie, pe o perioadă de 2 ani împliniți până la data plății acestora.</p>	<p>În cursul ultimului deceniu, impozitarea profitului în Bulgaria a devenit din ce în ce mai favorabilă pentru afaceri. Pornind de la rata de 40% pentru întreprinderile mari în 1995, rata a fost redusă aproape în fiecare an pentru a ajunge la cota de 10% aplicabilă de la 1 ianuarie 2007.</p> <p>Rezultatul impozabil este derivat din rezultatul contabil supus impozitării. Pierderile sunt reportate pe o perioadă de cinci ani.</p> <p>Investiția inițială, calculatoarele și programele, precum și telefoanele mobile beneficiază de un tarif special de depreciere de 50%. Mai mult decât atât, rata de amortizare de 50% se aplică la orice tip de investiție în active noi, dacă este făcută pentru a promova eficiența energetică.</p> <p>Companiile de producție pot beneficia de o reducere a impozitului datorat de până la 100%, în cazul în care activitățile sunt efectuate în întregime în municipalități cu rata șomajului foarte ridicată (cu minim 35% mai mult decât media națională).</p> <p>Aceeași reducere fiscală se aplică la firme specializate și societăți de angajare a persoanelor cu handicap.</p> <p>O reducere de 60% este oferită producătorilor agricoli, pe veniturile generate din produsele agricole neprelucrate. Cu toate acestea, există anumite condiții cu privire la modul de utilizare a taxei neplătite. De asemenea, un stimulent fiscal este oferit firmelor care angajează persoane în vârstă, persoane cu handicap sau șomeri de lungă durată pentru o perioadă de cel puțin 12 luni.</p> <p>Dividendele distribuite către rezidenți sau societăți comerciale din Uniunea Europeană sunt scutite de impozit, iar cele plătite nerezidenților (alții decât cei din UE), în general, sunt supuse unui impozit final reținut la sursă de 5%. Veniturile din dividende plătite societăților nerezidente sunt supuse unui impozit reținut la sursă de 10%. În ceea ce privește dobânzile și redevențele rata a fost redusă la 5% în 2011 și va fi aplicabilă până la sfârșitul anului 2014.</p>

1.3. TVA și accize

ROMÂNIA	BULGARIA
<p>Cota standard de TVA este de 24%, o cotă redusă de 9% se aplică la bunuri precum produsele farmaceutice, echipamentele medicale pentru persoanele cu handicap, cărți, ziare, intrarea la muzee și servicii de cazare la hotel. Începând din 2009, o cotă redusă de 5% se aplică la furnizarea de locuințe sociale și unele private.</p> <p>Scutirile de TVA fără drept de deducere se aplică, printre altele, tratamentelor medicale, unor activități educative și culturale, serviciilor publice poștale, anumitor tranzacții bancare și financiare, de asigurare și de reasigurare.</p> <p>La țigarete și produse energetice cotele accizelor au crescut în fiecare an conform calendarului de majorare a accizelor armonizate.</p>	<p>Sistemul de TVA a intrat în vigoare în Bulgaria din 1994 și îl urmează pe cel adoptat de către statele membre ale UE. Cota standard este de 20%, iar cea redusă este de 9%. Acesta din urmă se aplică în cazul serviciilor de cazare și a crescut de la 7% cât era în luna aprilie 2011.</p> <p>Cotele accizelor au fost majorate aproape în fiecare an, în principal ca urmare a adaptării legislației naționale cu reglementările din Uniunea Europeană. În 2012 accizele pe cherosen, benzină și gaze naturale (utilizate în scop de transport) au fost majorate. În iunie 2012 a fost introdusă o acciză pentru gazul natural (utilizat pentru încălzire), atunci când este utilizat de către întreprinderi.</p>

1.4. Impozitul pe avere

ROMÂNIA	BULGARIA
<p>În România nu sunt supuse impozitării sumele sau bunurile primite cu titlu de moștenire ori donație.</p> <p>Proprietățile imobiliare situate în România sunt supuse unui impozit pe clădiri a cărui cotă variază între 0,1% pentru clădirile deținute de persoane fizice și de la 0,25% la 1,5% pentru clădirile deținute de persoane juridice. În cazul în care clădirea nu a fost reevaluată în ultimii trei ani, tarifele pentru clădirile aflate în proprietatea companiei variază de la 10% la 20% iar pentru cele neevaluate în ultimii cinci ani variază de la 30% la 40%. Terenurile se supun și ele impozitului. Acesta variază în funcție de locul unde este situat terenul și de destinația acestuia.</p>	<p>Impozitarea cadourilor sau a bunurilor moștenite se realizează la tarife stabilite de către municipalități, în limitele stabilite de lege. Tarifele pot varia între 0,4% și 0,8% (în cazul în care bunurile au fost primite de la rude de gradul întâi) și între 3,3% și 6,6% (în cazul în care bunurile au fost primite din alte surse). Nu se aplică nici un impozit în cazul donațiilor între rude de gradul întâi. Sumele care nu depășesc 250.000 BGN (€ 127.823) din valoarea moștenirii sunt scutite de impozit.</p> <p>Pentru bunurile imobiliare se aplică o cotă de 0,01%, până la 0,45% din valoarea bunului imobil, în funcție de municipalitate. O reducere de 50% se acordă în cazul în care proprietatea este reședința principală a contribuabilului.</p>

1.5. Contribuțiile sociale

ROMÂNIA	BULGARIA
<p>Contribuțiile la asigurările sociale se plătesc atât de către angajator cât și de către angajat. Angajații trebuie să contribuie pentru: asigurările sociale cu o cotă de 10,5%, asigurarea de șomaj cu 0,5% și asigurarea de sănătate cu 5,5%. Angajatorii contribuie la asigurările sociale cu o cotă de 20,8% (pentru condiții normale de lucru), la fondul de asigurări de sănătate cu 5,2% și la fondul de șomaj cu 0,5%. În plus, angajatorii mai datorează: contribuția pentru concedii și indemnizații (0,85%), contribuția la fondul de garantare a creanțelor salariale (0,25%) și contribuția de asigurare pentru accidente de muncă și boli profesionale (variază în funcție de codul CAEN al firmei).</p> <p>Sunt obligate de asemenea la plata contribuțiilor de sănătate și asigurări sociale: persoanele fizice care desfășoară activități independente; persoanele fizice care obțin venituri din cedarea folosinței bunurilor, venituri din dividende și dobânzi numai în cazul în care nu realizează alte venituri pentru care plătesc contribuții.</p>	<p>Contribuțiile sociale sunt datorate pentru fondurile publice de asigurări sociale, având ca obiect drepturile de pensie (17,8%), boală generală și maternitate (3,5%), sănătate (8%) și șomaj (1%). Cota plătită de angajator și angajat este de 60:40. Baza reprezintă venitul brut al angajatului supus impozitării între un plafon minim și unul maxim stabilite de lege. Venitul minim este actualizat anual și depinde de sectorul economic de activitate și condițiile de muncă ale angajatului. Venitul maxim este de 2.000 BGN (€ 1.023). În plus, angajatorul trebuie să plătească contribuții suplimentare la fondul accidentelor de munca și fondul de boli profesionale (0,4% -1,1%) și la fondul creanțelor garantate (0,1%, suspendat pentru 2011 și 2012). Baza impozabilă pentru contribuțiile datorate de persoanele fizice care desfășoară activități independente se determină individual, sub rezerva unui minim lunar variind de la 420 BGN (€ 215) până la 550 BGN (€ 281), în funcție de veniturile din anul precedent și un maxim de 2.000 BGN (€ 1 023).</p>

2. TENDINȚE ACTUALE ALE FISCALITĂȚII ÎN ROMÂNIA ȘI BULGARIA

2.1. Structura și evoluția veniturilor fiscale

ROMÂNIA	BULGARIA
<p>În 2010 rata impozitelor în PIB a fost de 27,2%, cu mult mai mică decât media Uniunii Europene (35,6%). Nivelul de impozitare din România este cel mai mic din Uniunea Europeană în afară de Lituania (27,1%), dar comparabil cu nivelul de impozitare din Bulgaria (27,4%).</p> <p>Dintre țările care au aderat la Uniunea Europeană în 2004, Letonia și Lituania au atins niveluri similare ale veniturilor fiscale, în jurul valorii de 27% din PIB, în timp ce în Ungaria și Slovenia veniturile fiscale au fost mai mari cu 10 puncte procentuale (37,7% și respectiv 38%).</p> <p>Structura veniturilor fiscale din România se</p>	<p>În 2010 Bulgaria a fost printre țările cu cele mai mici rate de impozitare din UE, 27,4%. Comparativ cu țara noastră, rata impozitării din Bulgaria a fost cu doar 0,2 puncte procentuale mai mare.</p> <p>Bulgaria este statul membru care se bazează cel mai mult pe impozitarea indirectă, ponderea impozitelor indirecte ridicându-se la 55,4% în 2010. În ceea ce privește ponderea acestora în PIB la nivelul impozitelor indirecte a fost de 15,2%, cu mult peste media Uniunii (UE 13,5%). TVA a reprezentat 61%, iar accizele 33% din veniturile impozitelor indirecte. Impozitele directe au reprezentat doar 18,8% din totalul impozitelor (5,1% din PIB), fiind a doua</p>

evidențiază din mai multe privințe. Începând cu anul 2010, România a avut cea mai mare creștere a impozitelor indirecte în UE. Impozitele indirecte au furnizat 45,2% din veniturile fiscale totale, comparativ cu media Uniunii Europene de 38,6%, în timp ce ponderea contribuțiilor sociale a fost de 32,2% (față de cea a Uniunii Europene 31,1%) și a taxelor directe a fost doar 22,6% (față de cea a UE de 30,4%).

Veniturile guvernamentale centrale reprezintă mai mult de jumătate din total (63,4%), în timp ce veniturile publice locale sunt marginale, formate din doar 4%. Veniturile încasate din fondurile de securitate socială reprezintă 31,9%, cu două puncte procentuale peste media Uniunii Europene (29,9%). Cu toate acestea, veniturile din fondurile de asigurări sociale sunt cu 2 puncte procentuale sub media UE.

Rata fiscalității a scăzut considerabil între anii 2000 și 2004, apoi a crescut până în anul 2007 când PIB-ul a crescut accelerat. În următorii doi ani nivelul impozitelor a scăzut cu două procente în principal din cauza scăderii bruște a veniturilor provenite din TVA. În 2009, rezultatele economice pe termen scurt pentru România au fost mai rele decât previziunile, cu o scădere uriașă a PIB de 6,6 puncte procentuale (medie anuală) față de anul 2008. Cu toate acestea, creșterea cotelor accizelor în 2009 și a TVA în anul 2010 a asigurat venituri mai mari din impozitele indirecte, care au compensat scăderea în continuare a veniturilor din impozitele directe și contribuțiile sociale. Ca o consecință, în 2010, rata fiscalității a crescut cu 0,4 puncte procentuale în raport cu anul precedent.

dintre cele mai mici valori din Uniune. Contribuțiile la asigurările sociale au fost reduse în mod semnificativ în ultimii ani, iar în 2010 acestea au reprezentat doar 25,8% din totalul impozitelor (față de UE 31,1%) și 7,1% din PIB (față de UE 10,9%).

Cele mai multe dintre veniturile fiscale sunt colectate de către guvernul central, 70,5% în anul 2010, precum și aproximativ un sfert din fondurile de securitate socială (25,8%). Veniturile colectate de administrația locală au fost marginale (2,9%). În comparație cu media UE, guvernul bulgar central a colectat cu 11,7 puncte procentuale mai mult din încasările fiscale, în timp ce administrația locală a primit cu 7,7 puncte mai puțin. Cota colectată din fondurile de securitate socială este oarecum mai aproape de media Uniunii Europene de 29,9%.

Declinul ratei fiscalității de la izbucnirea crizei economice globale a continuat în anul 2010. Deși scăderea în 2010 (5,7%) a fost oarecum mai puțin importantă decât cea experimentată un an înainte (10,1%), a fost suficient de puternică pentru a aduce veniturile fiscale totale la valoarea cea mai mică, din anul 1995. În ultimul deceniu, strategia fiscală generală a fost de a reduce impozitarea directă și de a crește încrederea în impozitarea indirectă. Obiectivul principal a fost de a reduce impozitele cu forța de muncă pentru a promova crearea de noi locuri de muncă, precum și reducerea impozitelor asupra societăților, pentru a atrage investițiile și a stimula afacerile să iasă din economia subterană. Veniturile fiscale ajustate ciclic confirmă această tendință generală de scădere a ratei fiscalității, care în 2000 a fost cu 4,5 puncte procentuale mai mare decât în 2010.

2.2. Impozitarea consumului, a muncii și a capitalului; taxe de mediu

Deși România se bazează în primul rând pe impozitarea indirectă, veniturile din impozitele pe consum sunt sub media UE. Rata impozitului pe veniturile din consum este de **18,9%** în 2010, cu 2,4 puncte procentuale mai mică decât media Uniunii Europene de 21,3%. Cu toate acestea, raportul a crescut cu două puncte procentuale față de anul 2009 și

Rata impozitelor pe consum în Bulgaria s-a ridicat la **14,5%** din PIB în 2010, și în ciuda scăderii cu 2,7 puncte procentuale din 2008, aceste venituri sunt pe locul trei ca mărime în UE. Acest lucru se datorează în principal unei ponderi ridicate a consumului final intern în PIB - aproape 64%.

În 2010, veniturile din impozitarea forței de

este de așteptat să crească și mai mult în 2011, când efectele depline ale majorării cotei de TVA din 2010 vor fi vizibile.

Rata impozitării asupra forței de muncă a scăzut cu 6,2 puncte procentuale între 2000 și 2010, în timp ce aceeași cifră pentru Uniunea Europeană a înregistrat o scădere cu 2,4 puncte procentuale. Scăderea ar putea fi explicată prin reducerea semnificativă a cotei impozitului pe veniturile persoanelor fizice în 2005 și reducerea ulterioară a contribuțiilor sociale. De asemenea, trebuie remarcat faptul că în conformitate cu metodologia noastră, introducerea unui sistem pilon de pensii (pilonul doi) în 2008, are ca rezultat o reducere a ratei impozitului cu forța de muncă, cu toate că plățile către aceste fonduri au un impact asupra veniturilor lucrătorilor, care este asemănător cu tradiționalele contribuții la securitatea socială.

Impozitarea capitalului este una dintre cele mai scăzute din Uniunea Europeană (poziția 22 în clasament), cedând doar 4,4% din PIB, în comparație cu 6,6% în media UE. Acest lucru se datorează în principal veniturilor sub medie din impozitul pe profit și a veniturilor fiscale foarte scăzute din veniturile independente. În timp ce acestea din urmă au rămas relativ constante de-a lungul ultimilor trei ani (0,3% din PIB), impozitarea capitalului a scăzut de la 3,1% din PIB în 2007 la 2,3% în 2010.

Veniturile din taxa de mediu, la 2,1% din PIB în 2010, se află cu mult sub media Uniunii Europene (2,6%), această valoare fiind a patra dintre cele mai scăzute în UE. Cele mai multe dintre aceste venituri sunt realizate din energie (1,8%), nici una din poluări și doar 0,2% din transport (exclusiv combustibilul). Cotele accizelor, cu toate acestea, au fost majorate în 2010.

muncă s-au ridicat la doar 9,0% din PIB, cea mai mică valoare în Uniune și cu 8,1 puncte procentuale sub media UE. Printre alți factori, acest lucru se datorează nivelului relativ scăzut de remunerare a salariaților (37% din PIB) și a încasărilor foarte scăzute din impozitul forței de muncă. Procentul de 24,4% este de asemenea cu mult sub media Uniunii Europene (33,4%). Raportul a fost în scădere în mod constant în ultimii ani în mare parte datorită eforturilor guvernului de a reduce povara fiscală a angajatorilor prin reducerea contribuțiilor sociale în mod progresiv.

Veniturile din impozitele pe capital s-au ridicat la 3,9% din PIB în 2010. Evoluția de-a lungul anilor este în principal determinată de veniturile din impozitul pe profit, care în anul 2010 s-a situat pe locul 18 în UE. Eforturile guvernelor de a atrage investiții și a combate economia subterană, reducerea cotei impozitului pe profit aproape în fiecare an pentru a ajunge la 10% în 2007 explică fluctuațiile veniturilor. În plus, condițiile economice nefavorabile de la sfârșitul anului 2008 au afectat puternic veniturile din impozitul pe profit, care au scăzut de atunci cu 1,2 puncte procentuale, declasând țara în clasament cu șase locuri.

La 2,9% din PIB, veniturile din taxele de mediu sunt pe poziția a șaptea ca mărime în Uniunea Europeană (2,6%). Acest lucru se datorează veniturilor mari de la impozitarea energiei care în 2010 - la 2,6% din PIB - a fost a treia dintre cele mai mari în UE. Poziția înaltă a țării în această categorie de impozitare este, în principal ca urmare a consumului mare de energie. Având în vedere că mai mult de 90% din veniturile fiscale provin din accize la combustibil, Bulgaria se plasează pe locul al doilea la veniturile încasate din impozite percepute pe combustibil pentru transport (2,5% din PIB în 2010). Taxele din transport cu excepția combustibilului sunt de o importanță oarecum mai mică în valoare de numai 0,3% din PIB.

2.3. Probleme actuale, perspective și orientare politică

<p>România a beneficiat de asistență financiară (prin intermediul unui mecanism de împrumut) de la Uniunea Europeană în 2009, 2010 și 2011, în schimbul unui pachet de măsuri fiscale, cum ar fi adoptarea proiectului reformei sistemului de pensii, adoptarea unei legi a responsabilității fiscale și punerea în aplicare a măsurilor de consolidare fiscală. Pe partea de venituri, o serie de măsuri au fost agreeate: includerea tichetelor de masă în venitul impozabil, lărgirea bazei de impozitare pentru contribuțiile la asigurările sociale pentru a include drepturile de proprietate intelectuală. Creșterile semnificative ale accizelor la tutun și a cotei standard de TVA (de la 19 la 24%), precum și prețurile mai ridicate ale combustibililor au contribuit la creșterea inflației.</p> <p>De la 1 ianuarie 2013 contribuabilii vor putea să opteze pentru plata impozitului pe profit trimestrial, pe baza impozitului pe profit datorat pentru anul precedent, corectat cu rata inflației.</p> <p>Tot de la 1 ianuarie 2013 a fost introdus sistemul de TVA la încasare, obligatoriu pentru firmele mici (cu o cifră de afaceri în anul precedent mai mică de 2.250.000 lei)</p>	<p>Guvernul urmărește o politică fiscală strictă și efectuarea reformelor structurale în sectorul public, cu scopul de a păstra o poziție favorabilă fiscală a țării.</p> <p>În 2011, Legea organică a Bugetului a fost modificată pentru a menține deficitul bugetar consolidat sub 2% și limitarea cheltuielilor publice la 40% din PIB. Acestea au intrat în vigoare din 2012.</p> <p>Strategia fiscală a guvernului bulgar urmărește menținerea unui nivel uniform și scăzut de impozitare a diferitelor tipuri de venituri.</p> <p>Eforturile sunt orientate spre îmbunătățirea colectării impozitelor și combaterea evaziunii fiscale. În 2012, cotele impozitelor pe venitul corporativ și pe venitul persoanelor fizice, care sunt deja printre cele mai mici din UE, sunt păstrate neschimbate, în timp ce creșterea mai multor taxe continuă procesul de schimbare a poverii fiscale spre impozitarea indirectă. Unele schimbări mai mici în sistemul fiscal au fost adoptate în 2012. În domeniul TVA acestea au avut drept scop armonizarea legislației cu Directiva UE, în timp ce în domeniul impozitării persoanelor fizice modificările au vizat clarificarea și corectarea legii actuale pentru eliminarea unor lacune și neclarități.</p>
---	---

Concluzii

Pentru a putea înțelege ceea ce înseamnă Uniunea Europeană la nivel global, trebuie să conștientizăm faptul că Uniunea Europeană reprezintă cea mai mare piață comercială din lume, are cel mai mare PIB din punct de vedere al puterii de cumpărare – 30 % din PIB-ul mondial brut; deține cea mai mare rezervă monetară din lume, fiind principalul investitor în SUA și America de Sud, principalul partener economic al Chinei și al doilea al Americii de Sud.

Uniunea Europeană este zona cu cel mai ridicat nivel de impozitare (38,4%), depășind cu 40% nivelurile înregistrate în SUA și Japonia.

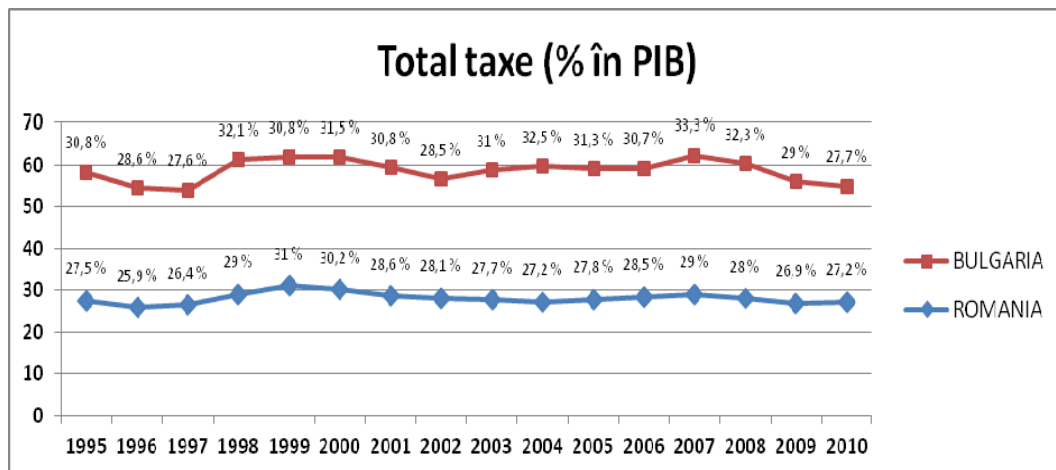
La nivel european, veniturile fiscale au scăzut ca urmare a crizei (primele efecte ale crizei economice globale s-au resimțit în veniturile din 2008), dar s-au stabilizat deja în 2010.

În general, rata impozitelor în PIB (exprimată ca medie ponderată) a scăzut cu 2 puncte procentuale în 2010 față de anul 2000 și a rămas neschimbată față de anul 2009.

În ceea ce privește tendințele viitoare, Comisia Europeană a prognozat din noiembrie 2011 o creștere semnificativă (cu un total de aproximativ un punct din PIB, în medie ponderată), până în 2013.¹

¹ Raportul statistic al Eurostat (organismul Comisiei Europene pentru statistică) referitor la taxele și impozitele statelor membre "Taxation trends in the European Union", Luxemburg 2012, pg. 19
http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_structures/index_en.htm

Pentru cele două state membre analizate în această lucrare, rata fiscalității a evoluat aproximativ în același ritm în ultimii 15 ani, valorile înregistrate în Bulgaria fiind ușor mai ridicate decât în România.



Cât despre comparația prezentată, condițiile fiscale și financiare din Bulgaria sunt clar mai avantajoase față de cele din România, atât pentru populație cât și pentru întreprinzătorii particulari, așa cum rezultă și din următorul tabel:

	Romania	Bulgaria
Impozit pe profit	16%	10%
Impozit pe venit	16%	10%
Impozit pe dividende	16%	5%
Total taxe și impozite aferente salariului (raportat la salariul net)	90%	48%
Depunere declarații fiscale	Trimestrial	Trimestrial
Plata impozit pe profit	Trimestrial	Anual
Depunere declarații TVA	Lunar / trimestrial	Lunar
Recuperare TVA	Incerta	În 45 de zile de la cerere
Curs valutar EUR	Fluctuant 1 EUR = 4,5 lei	Fix 1 EUR = 1.95 BGN
Rata inflației în 2011	5.8%	3.4%
Cota TVA	24%	20%
Capital social minim pentru firme	200 RON	2 BGN (1.02 EUR)
Salariu minim (brut)	700 RON (162 EUR)	240 BGN (123.07 EUR)

Cum însă sistemul fiscal nu este singurul element care influențează prosperitatea unei țări, doresc să subliniez câteva avantaje vs. dezavantaje ale celor două țări comunitare care încearcă din răspuțeri să își găsească locul în sânul marii familii europene denumită sugestiv “Uniunea Europeană”.

ROMÂNIA	BULGARIA
Avantaje	
<ul style="list-style-type: none"> • O mai mare întindere din punct de vedere teritorial. • Forme de relief variate, ieșire la țărmul Mării Negre. • Poziție geopolitică extrem de importantă la confluența dintre Asia Centrală, Europa și Orientul Mijlociu. • Majoritatea investitorilor străini optează pentru România în detrimentul Bulgariei (chiar dacă cota de impozitare a profitului este de 16%). 	<ul style="list-style-type: none"> • Poziție geopolitică extrem de importantă la confluența dintre Asia Centrală, Europa și Orientul Mijlociu. • Forme de relief variate, ieșire la țărmul Mării Negre. • Turism exploatat la capacitate maximă cu servicii de foarte bună calitate. • Utilizarea în mod responsabil a fondurilor obținute de la Uniunea Europeană pentru dezvoltarea infrastructurii.
Dezavantaje	
<ul style="list-style-type: none"> • Turism neexploatat și nefructificat având în vedere beneficiile pe care le oferă potențialul mediului înconjurator (toate formele de relief). • Lipsa transparenței și responsabilității în administrația publică și utilizarea fondurilor publice alocate pentru dezvoltarea infrastructurii (ex.: prețuri duble la construcția de autostrăzi față de Bulgaria). 	<ul style="list-style-type: none"> • Suprafața țării este mult mai redusă în comparație cu cea a României. • Impozitul pe avere sau pe bunurile moștenite față de România unde acestea nu se impozitează. • Salariu mediu pe economie mai mic decât cel din România. • Costul combustibilului este ușor mai ridicat decât cel din România.

Dar cred că am adus destule argumente pro și contra așa că nu mai rămâne decât să vă las pe dumneavoastră să alegeți...

Referințe bibliografice

- Maria Grigore, Suport de curs “Sisteme și politici fiscale”
- Raportul statistic al Eurostat (organismul Comisiei Europene pentru statistică) referitor la taxele și impozitele statelor membre “Taxation trends in the European Union”, Luxemburg 2012, pg. 19

http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_structures/ind_ex_en.htm

- Sebastian Bodu, <http://sebastianbodiu.wordpress.com>
- Price Waterhouse Coopers, www.taxonline.ro

DIAGNOSTICUL FINANCIAR AL S.C. GENERAL FORWARDING SERVICE SRL

Silvia-Daniela (Popa) RADU*

Abstract

Diagnosticul financiar furnizează un ansamblu de concepte, tehnici și metode care permit tratarea informațiilor interne și externe, interpretarea acestora, emiterea unor judecăți de valoare și aprecieri asupra activității firmei, în vederea formulării unor recomandări pertinente privind evoluția acesteia, nivelul și calitatea performanțelor, gradul de risc într-un mediu concurențial extrem de dinamic. Parcurgând etapele diagnosticului financiar la S.C. General Forwarding Service S.R.L. pentru perioada 2008-2010 am constatat că societatea prezintă o situație foarte bună a lichidității și solvabilității, însă cu o reducere semnificativă a performanțelor financiare în anii 2009 și 2010. Deși în domeniul în care își desfășoară activitatea există o concurență mare și piața vânzării de autoturisme a scăzut, societatea a reușit să se mențină în activitate, iar din anul 2010 a intrat pe un trend ascendent privind rata rentabilității.

Cuvinte cheie: *diagnostic financiar, analiza financiar- patrimonială, echilibru financiar, analiza performanțelor financiare, profit, rata rentabilității*

1. Introducere

Informația contabilă este esențială pentru fundamentarea deciziilor economice, dar nu în stare brută, motiv pentru care trebuie supusă proceselor de decriptare și analiză. Trecerea de la informația „contabilă” la cea de „analiză” este o etapă impusă de vocația diferită a celor două activități: vocația esențială a contabilității este de a constata o stare de fapt, iar cea a analizei financiare este de a formula o apreciere asupra stării și performanțelor întreprinderii analizate.

Trecând în revistă aspectele generale ale analizei financiare, putem afirma că aceasta reprezintă activitatea de diagnosticare a stării de performanță financiară a întreprinderii și reprezintă, totodată, instrumentul indispensabil managementului necesar pentru înțelegerea trecutului și prezentului activității întreprinderii, în scopul fundamentării obiectivelor strategice viitoare.

Analiza financiară se efectuează pe baza documentelor contabile de sinteză (bilanț, cont de profit și pierdere și anexe la bilanț) și a altor informații privind evoluția prețurilor și a cursurilor bursiere pe piață. Dacă bilanțul reflectă situația patrimonială a întreprinderii la sfârșitul exercițiului, contul de rezultate furnizează informații asupra activității acestei întreprinderi în timpul exercițiului considerat¹.

În cadrul acestei lucrări voi parcurge două etape ale diagnosticului financiar (analiza financiar – patrimonială și analiza performanțelor financiare) pe exemplul S.C. GENERAL FORWARDING SERVICE S.R.L., societate având ca obiect de activitate „Alte activități anexe transporturilor” (Cod CAEN 5229).

2. Analiza financiar patrimonială

Metodologia de analiză a situației financiare cu ajutorul datelor de bilanț se bazează pe corelările interne existente între elementele patrimoniale aflate în activul bilanțului sub forma

* Masterand, Facultatea de Științe Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: silviyapopa@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Maria Grigore (mgrigore@univnt.ro).

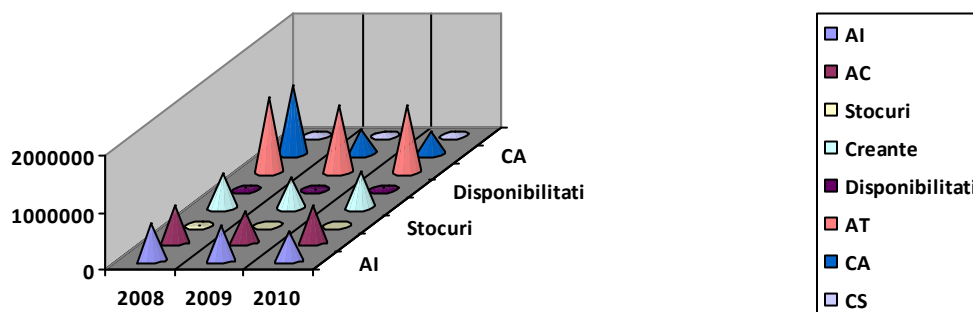
¹ Maria Grigore, Finanțele firmei, Ed. Cartea Studentească, București, 2011

activelor (mijloacelor economice) si în pasivul bilantului sub forma surselor de formare a mijloacelor economice

Activul bilantului cuprinde în evolutia sa, mijloacele economice în ordinea inversă a lichidității si în functie de modul în care participă la circuitul economic.

Situatia ratelor de structură ale activului, rata de imobilizare a activului si utilizarea capitalului sunt prezentate în tablul de mai jos:

SPECIFICAȚIE	ANII					
	31.12.2008	%	31.12.2009	%	31.12.2010	%
I Active imobilizate (AI)	655.757	50,6	631.592	54,0	513.943	43,7
II Active circulante (AC)	640.053	49,4	538.761	46,0	662.029	56,3
Stocuri	354	0,1	0	0,0	0	0,0
Creante	591.032	92,3	527.295	97,9	627.296	94,8
Investitii financiare			0	0,0	0	0,0
Disponibilitati	48.667	7,6	11.466	2,1	34.733	5,2
III Cheltuieli in avans	0	0,0	0	0,0	0	0,0
Active totale (AT)	1.295.810		1.170.353		1.175.972	100
Cifra de afaceri (CA)	1.201.300		413.129		390.908	
Capital social (CS)	80.000		80.000		80.000	
rata de imobilizare	0,51		0,54		0,44	
nr de rotatii ale AT	0,93		0,35		0,33	
gradul de utilizare a capitalului social	16,20		14,63		14,70	



Activul total al S.C. GENERAL FORWARDING SERVICE SRL a înregistrat o scădere de 10% în anul 2009 față de 2008 si o crestere de 1% în anul 2010 față de anul 2009. Evolutia activului total a fost determinată de modificarea activelor imobilizate datorită amortizării si a activelor circulante datorită reducerii cu 5% a creantelor.

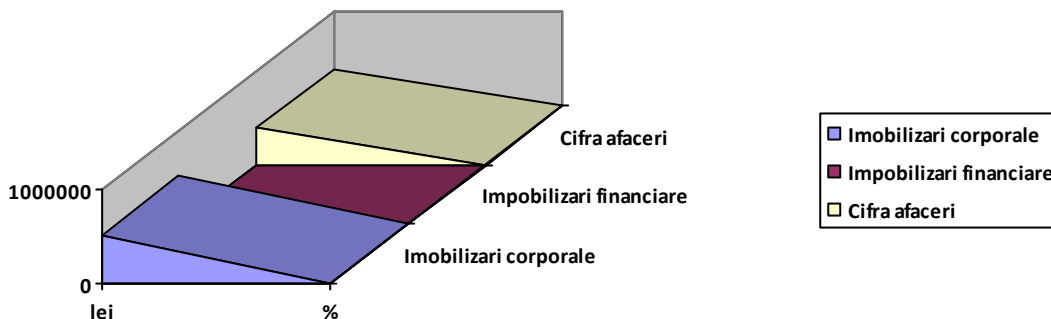
Rata de imobilizare reliefează ponderea activelor imobilizate în total active. Această rată este influențată de profilul întreprinderii, de înzestrarea cu tehnică si tehnologii moderne.

Numărul de rotatii a activului total reflectă viteza cu care se rotește întreg capitalul investit si pune în evidență eficienta cu care societatea își valorifică toate activele pe care le detine, respectiv eficienta cu care utilizează întregul capital. Conform uzantelor internationale, se consideră normal un număr de 2-3 rotatii pe an. În cadrul societății analizate acest indicator a înregistrat o scadere pe perioada analizată, de la 0,93 în 2008 ajungând în 2010 la 0,33, ceea ce înseamna că societatea nu valorifică în mod eficient toate activele pe care le detine.

Activele imobilizate

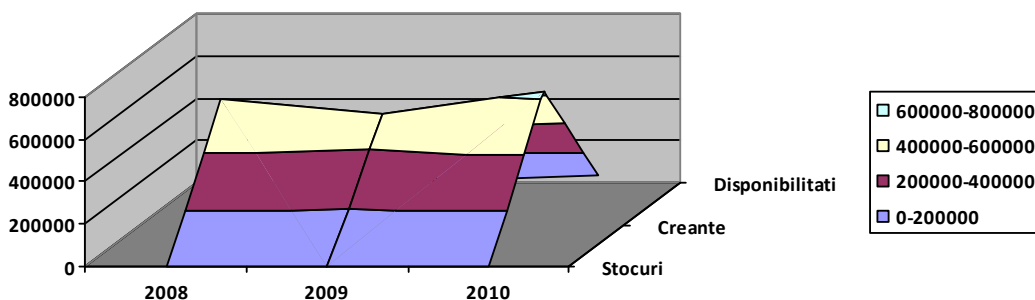
Situația activelor imobilizate la 31.12.2010 conform balanței de verificare, este prezentată în tabloul de mai jos:

Nr crt	Specificatie	31.12.2010	
		lei	%
1	Imobilizari corporale - total din care	513.602	99,9
	- constructii - ct 212	510.664	99,3
	- instalatii - ct 213	2938	0,5
2	Imobilizari financiare	341	0,1
3	Total active imobilizate	513.943	
4	Cifra afaceri	390.908	
	- nr rotatii active imobilizate(CA/Ai)	0,76	



Actiunile circulante au fost analizate în prețuri constante pentru a analiza corect evoluția acestora.

Specificatie	31,12,2008	31,12,2009		31,12,2010	
	Lei	Lei	Ev.fata dec.08	Lei	Ev fata dec.09
Total active circulante	640.053	538.761	0,84	662.029	1,23
1. Stocuri	354	0			
2. Creante	591.032	527.295	0,89	627.296	1,19
3. Disponibilitati	48.667	11.466	0,24	34.733	3,03



Activele circulante în anul 2008 erau de 640.053 lei, în 2009 scad la 538.761 lei, (mai mici cu 16% față de 2008) iar în 2010 au crescut la 662.029 lei, respectiv au crescut cu 23% față de 2009. Această evoluție a activelor circulante este determinată de evoluția oscilantă a creanțelor și a disponibilităților.

În cadrul activelor circulante, creanțele de încasat erau în 2010 de 627.296 lei, în creștere cu 19% față de decembrie 2009, ceea ce înseamnă că societatea nu a acționat ferm în vederea recuperării creanțelor.

Creanțele

Creanțele se analizează în funcție de:

a) Natura lor calitativă:

- Creanțe normale rezultate din desfășurarea normală a circuitului economic, respectiv sumele înregistrate în contul 4111 – clienți

- Creanțe nenormale rezultate în afara desfășurării normale a circuitului economic. În această categorie intră sumele înregistrate în conturile 461 – debitori diversi.

b) **Gradul de certitudine a încasării lor**, creanțele sunt certe și incerte. Pentru ca o creanță să fie certă, trebuie să fie confirmată în scris de către clienții solvabili. Deoarece în cadrul diagnosticului financiar este greu și laborios să se obțină o asemenea confirmare, în creanțele incerte se cuprind cele nenormale.

c) Durata de întârziere și de încasare

- creanțe realizabile pe termen scurt (30 zile)
- creanțe realizabile pe termen mediu (60 zile)
- creanțe realizabile pe termen lung (90 zile)

Din analiza creanțelor rezultă că acestea au reprezentat un procent de 92,3% din valoarea activelor circulante în 2008, au crescut în 2009 la 97,9%, iar în 2010 au scăzut la 94,1% față de 2009.

Din analiza contului de creanțe, rezultă că, în anul 2010 rulajul contului este de 275.880 lei la sume creditoare și 366.622 lei la sume debitoare. Soldul inițial al contului la 01.01.2010 era 520.320 lei, iar la finele anului, 611.061 lei.

Rezultă că, de fapt, creanțele din desfășurarea normală a circuitului economic reprezintă doar 90.746 lei, respectiv un procent de 15% din total creanțe, restul putând fi încadrat în categoria creanțelor greu de încasat.

Având în vedere că această creanță provine de la o societate din cadrul grupului, se poate aprecia că acestea ar putea fi creanțe certe.

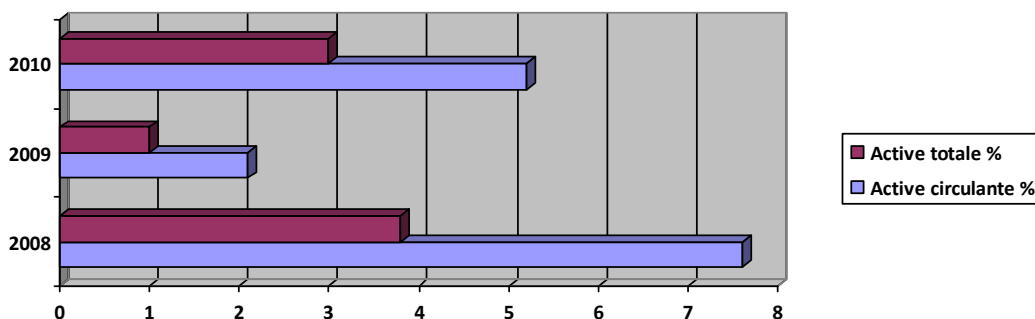
Stocurile

În ceea ce privește stocurile, valorile mici ale acestora nu sunt de natură a influența valoarea astfel ca nu se justifică o analiză a lor.

Disponibilitățile bănești

Este principalul element care caracterizează trezoreria agentului economic. În procesul analizei se calculează gradul de asigurare cu disponibilități bănești și plasamente.

Specificatie	31,12,2008		31,12,2009		31,12,2010	
	Lei	%	lei	%	lei	%
Disponibilitati banesti	48.667	3,8	11.466	1,0	34.733	3,0
Active circulante	640.053	49,4	538.761	46,0	662.029	56,3
Active total	1.295.810		1.170.353		1.175.972	
Grad de asigurare cu						
- active circulante (%)	7,6		2,1		5,2	
- active totale (%)	3,8		1,0		3,0	



Disponibilitățile bănești au avut o evoluție oscilantă cu punct maxim în 2008 când au fost de 48.667 lei, iar ca pondere în activele totale cu punct maxim tot în 2008 (3,8%) după care scad în 2009 la 11.466 lei reprezentând 1% în activele totale, iar în 2010 cresc la 34.733 lei ceea ce reprezintă 3% în total active.

Gradul de asigurare cu disponibilități bănești față de activele circulante este scăzut, între 2,1% – 7,6% nivelul considerat normal fiind de 30%.

Gradul de asigurare cu disponibilități bănești față de activele totale este cuprins între 1%-3,8%, nivelul orientativ care indică o activitate normală fiind de 10%.

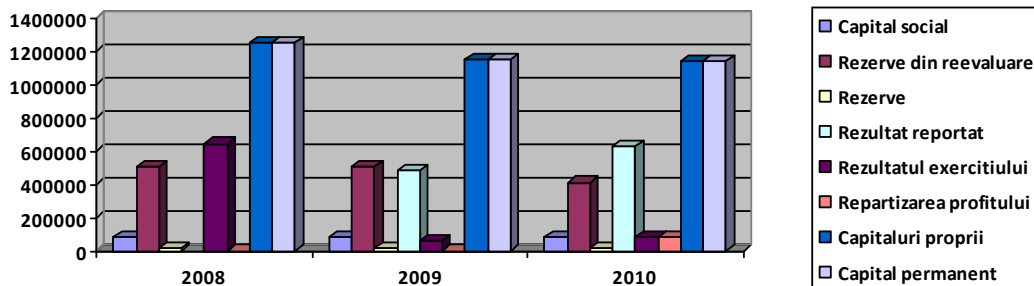
Această situație s-a datorat faptului că societatea are de încasat creanțe reprezentând până la 95% din total active circulante.

Sursele financiare de acoperire a mijloacelor economice

Sursele financiare de acoperire a mijloacelor economice pot fi grupate după:

- destinație (active imobilizate și active circulante)
- proveniență (surse proprii, asimilate, atrase sau împrumutate)

Specificatie	31,12,2008		31,12,2009		31,12,2010	
	Lei	%	Lei	%	Lei	%
Capital social	80.000	6,41	80.000	7	80.000	7,04
Rezerve din reevaluare	505.978	40,57	505.978	44,09	410.569	36,11
Rezerve	16.000	1,28	16.000	1	16.000	1,41
Rezultatul reportat	0	0,00	483.969	42,17	630.442	55,45
Rezultatul exercitiului	645.292	51,74	61.686	5	84.787	7,46
Repartizarea profitului	0	0,00	0	0	84.787	7,46
CAPITALURI PROPRII	1.247.270	100,0	1.147.633	100,0	1.137.011	100,0
CAPITAL PERMANENT	1.247.270		1.147.633		1.137.011	100



▪ Capitalul propriu a fost pozitiv pe toată perioada cu valoare maximă în decembrie 2008 de 1.247.270 lei și valoare minimă în decembrie 2010 de 1.137.010 lei.

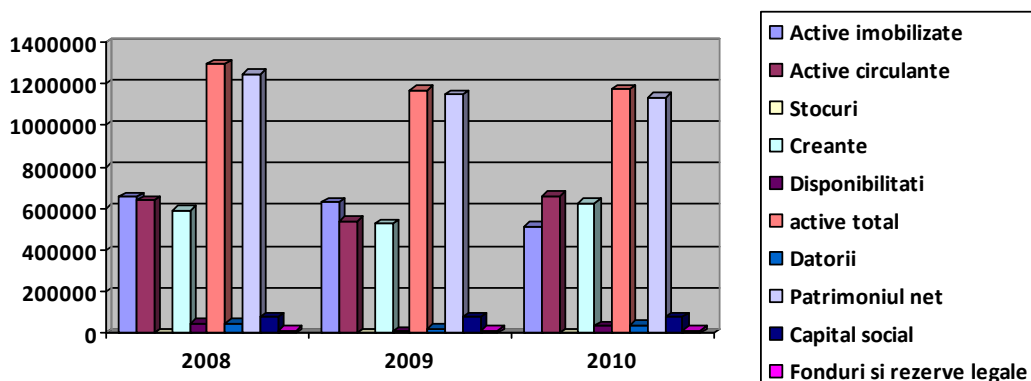
▪ Capitalul permanent este pozitiv și este constituit numai din capitalul propriu, societatea nu a contractat în această perioadă credite pe termen lung și mediu, ceea ce înseamnă că societatea are la dispoziție surse suficiente pentru o perioadă mai mare de un an în vederea continuării activității.

▪ Deoarece societatea nu a contractat în această perioadă credite pe termen lung și mediu nu s-a calculat rata autonomiei financiare și independența financiară a societății, acestea fiind considerate la limita superioară.

Structura și evoluția patrimoniului net

Patrimoniul net (averea societății) reflectă capacitatea societății de a se angaja la atragerea de capitaluri străine - resurse financiare pentru dezvoltarea afacerilor în condițiile restituirii la scadență a obligațiilor devenite exigibile.

Specificatie	31,12,2008		31,12,2009		31,12,2010	
	Lei	%	Lei	%	Lei	%
1. Active imobilizate	655.757	50,6	631.592	54,0	513.943	43,7
2. Active circulante	640.053	49,4	538.761	46,0	662.029	56,3
Stocuri	354		0		0	
Creante	591.032		527.295		627.296	
Disponibilitati	48.667		11.466	2	34.733	
3. Active total (1+2+3)	1.295.810	100	1.170.353		1.175.972	
4. Datorii	48.540	4	22.720	2	38.961	3
5. Patrimoniul net	1.247.270	96	1.147.633	98	1.137.011	97
Acoperit cu:						
- Capitalul social	80.000		80.000		80.000	
- Fonduri și rez legale	16.000		16.000		16.000	
- Alte fonduri	0		0		0	



Patrimoniului net a scăzut în 2009 și 2010 față de 2008, scăderea fiind determinată de reducerea activelor immobilizate în 2009 și de creșterea datoriilor către buget și furnizori în 2010.

Patrimoniul net reprezintă 96% din total activ, datoriile societății fiind de doar 4%.

Patrimoniul net este acoperit cu capitalul social în proporție de 6% și cu fondul de rezervă în proporție de 1% restul fiind din diferențe de reevaluare și profiturile nerepartizate.

În anul 2008 societatea a repartizat profitul sub forma dividendelor, iar în anul 2009 nu s-a făcut repartizarea profitului.

Indicatorii de lichiditate și solvabilitate

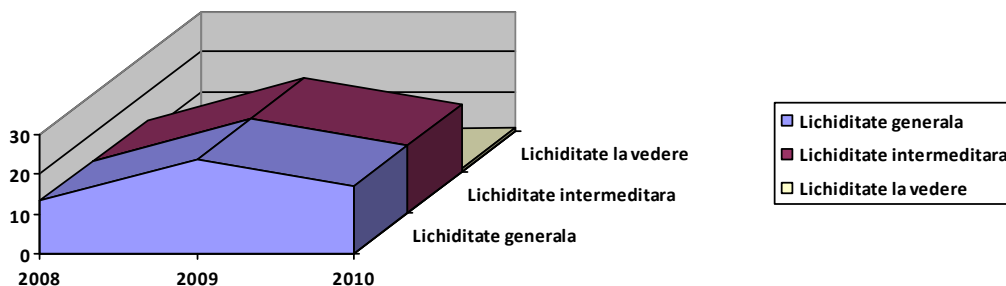
Acești indicatorii apreciază capacitatea societății de a onora la scadență obligațiile exigibile și chiar mai devreme decât termenele convenite, în situația în care creditorii solicită plata acestora din motive diverse.

$$\text{Lichiditatea generală} = \frac{\text{Active curente}}{\text{Pasive curente}}$$

$$\text{Lichiditatea imediată} = \frac{\text{Active curente} - \text{Stocuri}}{\text{Pasive curente}}$$

$$\text{Lichiditatea la vedere} = \frac{\text{Disponibilitati}}{\text{Pasive curente}}$$

Specificatie	dec.2008	dec.2009	dec.2010
Active curente	640.053	538.761	662.029
Pasive curente	48.540	22.720	38.961
Disponibilitati	48.667	11.466	34.733
Stocuri	354	0	0
Lichiditate generală >2	13,19	23,71	16,99
Lichiditate intermediară >1	13,18	23,71	16,99
Lichiditatea la vedere	1,003	0,505	0,891



Pentru comparatie cu valori de referință, tabelul de mai sus prezintă în interior și nivelul lichidităților care permit protejarea societății față de creditori la scadență, sau la cererea expresă a acestora.

În acest context, lichiditatea firmei a implicat niveluri și tendințe bune în intervalul analizat.

- lichiditate generală a societății oferă informații despre bunurile la care societatea poate să facă apel pentru a plăti datoriile pe termen scurt. În intervalul analizat, acesta a fost între 13,19-23,71 comparativ cu un prag de siguranță egal cu 1,6-2;

- lichiditatea intermediară este cuprinsă între 13,18 și 23,71 comparativ cu un prag de siguranță mai mare decât 1.

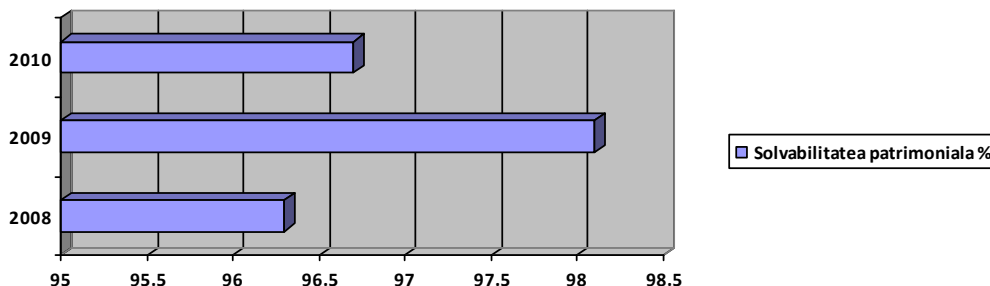
- lichiditatea la vedere este cuprinsă între 0,505 – 1,182 comparativ cu marja de siguranță egală cu 0,6-1. Lichiditatea la vedere este în marja de siguranță, ceea ce înseamnă că societatea este protejată față de creditori.

- Solvabilitatea patrimonială definește capacitatea societății de a dispune de suficiente mijloace materiale și bănești în orice moment, pentru a îndești la scadență creditorii săi.

Capitaluri proprii

$$\text{Formula de calcul este } \frac{\text{Capitaluri proprii}}{\text{Pasive totale}} \times 100$$

Specificatie	2008	2009	2010
Capitalul propriu	1.247.270	1.147.633	1.137.011
Pasive totale	1.295.810	1.170.353	1.175.972
Profit net	645.292	61.686	84.787
Solvabilitatea patrimoniala (%)	96,3	98,1	96,7



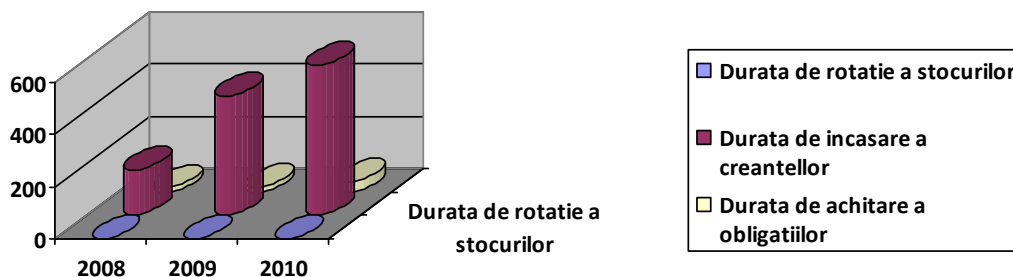
Valorile înregistrate pe perioada analizată a solvabilității sunt foarte ridicate, limita minimă acceptată 30 – 50 %. Solvabilitatea patrimonială a înregistrat un procent maxim de 98,1% în 2009 ceea ce arată că creditorii societății se bucură de securitate maximă, pasivele totale fiind mai mari decât capitalul propriu.

Indicatori de gestiune

Activele circulante pot da informații și despre activitatea societății prin determinarea duratelor de rotație a stocurilor, duratelor de încasare a creanțelor

Un alt indicator de gestiune este și durata de plată a obligațiilor.

Specificatie	31,12,2008	31,12,2009	31,12,2010
1. Stocuri	354	0	0
2. Creante	591.032	527.295	627.296
3. Obligatii curente	48.540	22.720	38.961
Cifra de afaceri (CA)	1.201.300	413.129	390.908
durata de rotatie a stocurilor (zile)	0,1	0	0
durata de incasare a creantelor (zile)	177	459	578
durata de achitare a obligatiilor (zile)	15	20	36



Durata de rotație a stocurilor - analiza este nerelevantă

Durata de încasare a creanțelor este de 177 zile în 2008, crește la 459 zile în 2009 iar în 2010 crește la 578 zile, ceea ce înseamnă că societatea, în baza relațiilor din grup a înțeles să nu acționeze în vederea încasării creanțelor.

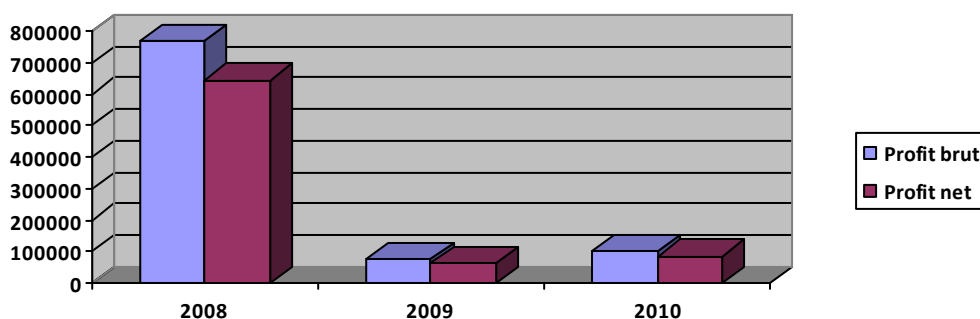
Durata de achitare a obligațiilor este cuprinsă între 15 – 36 zile în 2010, ceea ce înseamnă că plata datoriilor se făcea până în 2010 la intervale scurte, în perioada de exigibilitate, neexistând riscul acumulării de majorări și penalități sau dobânzi.

3. Analiza performanțelor financiare

Contul de profit și pierderi are rolul de a concentra influența și efectul tuturor proceselor economice și financiare ce au loc în economia unei societăți, într-o perioadă de timp determinate.

Specificatie	dec.-08	dec.-09	dec.-10
	Lei	Lei	Lei
1. Venituri din exploatare	1.214.171	425.939	390.908
- cifra de afaceri	1.201.300	413.129	390.908
2. Venituri financiare	37	73	17
3. Venituri excepționale	0	0	0

4. VENITURI TOTALE(1+2+3)	1.214.208	426.012	390.925
5. Cheltuieli pentru exploatare	445.551	352.418	289.987
6. Cheltuieli financiare	0	248	0
7. Cheltuieli exceptionale	0	0	0
8. CHELTUIELI TOTALE (5+6+7)	445.551	352.666	289.987
9. Rezultatul din exploatare (1-5)	768.620	73.521	100.921
10. Rezultatul financiar (2-6)	37	-175	17
11. Profit brut	768.657	73.346	100.938
12. Profit net	645.292	61.686	84.788



Profitul net scade brusc de la 645.292 în 2008 la 61.686 lei în 2009 reprezentând 10% din profitul anului anterior, în situația în care, cifra de afaceri în 2009, a reprezentat de 34% din cifra de afaceri a anului anterior.

În 2010 profitul crește cu 37% față de anul 2009 în condițiile în care cifra de afaceri a scăzut cu 5% față de anul 2009. Rezultă că societatea a trecut printr-o perioadă mai grea în anul 2009, în ce privește rata profitului, aceasta se situează la nivelul de 25% în 2010, rata considerată normală în ramura prestărilor de servicii.

Analiza veniturilor

Specificatie	dec.-08		dec.-09		dec.-10	
	Lei	%	Lei	%	Lei	%
Venituri din exploatare	1.214.171	100,0	425.939	99,98	390.908	100,0
Venituri financiare	37	0,0	73	0,02	17	0,0
Venituri totale	1.214.208	100	426.012	100,00	390.925	100
Indice de crestere cu bază fixă (dec.2008)			0,4		0,32	
Indice de crestere cu baza în lant			0,4		0,92	

În perioada analizată veniturile totale înregistrează un trend descrescător pe toată perioada analizată și s-au creat preponderant din sfera exploatarii (peste 99%).

Evoluția cifrei de afaceri

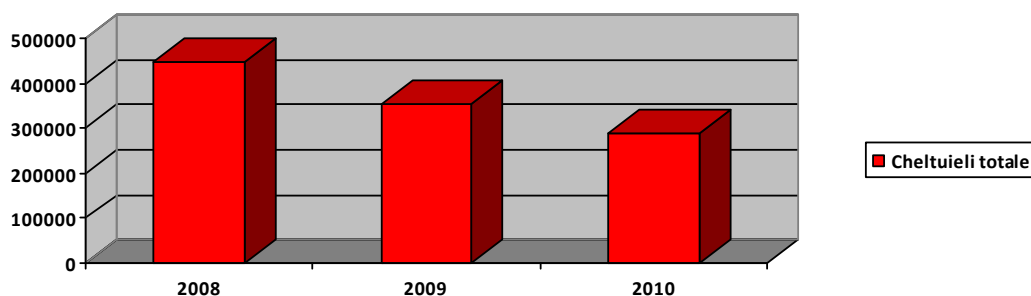
Specificatie	dec.08	dec.09	Evol.fata dec.08	dec.10	Evol.fata de 2009
Cifra de afaceri (Lei)	1.201.300	413.129	0,34	390.908	0,95
Cifra de afaceri (euro)	301.440	97.708	0,32	91.231	0,93
Venituri totale (lei)	1.214.208	426.012	0.35	390.925	0.92
Pondere CA in venituri totale	0.99	0.97		100	

Cifra de afaceri a scăzut în 2009 la 34% din cifra de afaceri a anului 2008, iar în anul 2010, cifra de afaceri reprezintă 95% din cea înregistrată în anul 2009.

Se constată astfel impactul crizei economice și o stabilizare a acestuia în perioada 2009-2010 în jurul valorii de 400 000 lei.

Analiza cheltuielilor

Specificatie	dec.-08		dec.-09		dec.-10	
	Lei	%	Lei	%	Lei	%
1.Cheltuieli pentru exploatare	445.551	100,0	352.418	99,9	289.987	100,00
- Cheltuieli cu materiile prime și materialele consumabile	19.819	4,4	15.530	4,4	14.002	4,83
- Alte cheltuieli materiale	11.422	2,6	4.858	1,4	4.207	1,45
- Alte cheltuieli din afara (cu energie și apă)	5.676	1,3	3.200	0,9	1.107	0,38
- Cheltuieli cu personalul	209.937	47,1	170.399	48,3	131.009	45,18
- Ajustarea valorii imob. corporale și necorp	25.307	5,7	23.824	6,8	22.581	7,79
- Cheltuieli privind prestațiile externe	160.080	35,9	122.525	34,7	105.896	36,52
- Cheltuieli cu alte impozite, taxe, varsaminte asimilate	9.441	2,1	11.435	3,2	11.177	3,85
- Cheltuieli cu amenzi, penalități și activele cedate	3.869	0,9	647	0,2	8	0,00
2. Cheltuieli financiare	0	0,0	248	0,1	0	0,00
3. CHELTUIELI TOTALE	445.551	100,0	352.666	100,0	289.987	100,00



Cheltuielile totale au scăzut pe toată perioada analizată.

Din analiza cheltuielilor din exploatare rezultă faptul că, cele mai importante sunt:

- cheltuielile cu personalul (47,1% din total cheltuieli de exploatare în 2008, 48,3% în 2009 și 45,18% în 2010)

- cheltuielile cu prestațiile externe (35,9% din total cheltuieli de exploatare în 2008, 34,7% în 2009 și 36,52% în 2010)

- cheltuielile cu materii prime și materiale consumabile (4,4% din total cheltuieli de exploatare în 2008, 4,4% în 2009 și 4,83% în 2010)

- cheltuielile cu impozite și vărsăminte (2,1% din total cheltuieli de exploatare în 2008, 3,2% în 2009 și 3,85% în 2010)

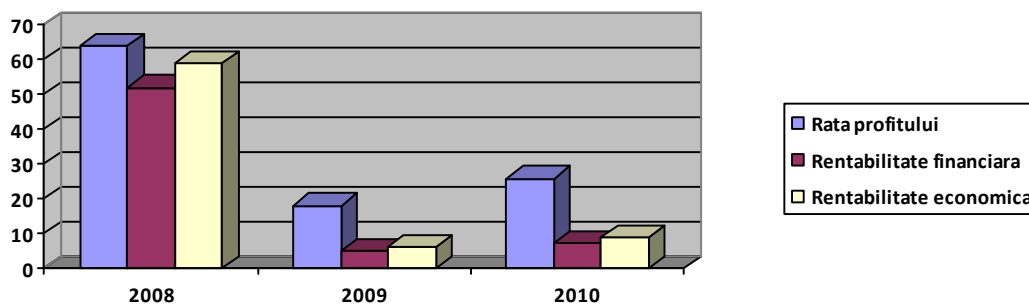
Ponderea cheltuielilor financiare în total cheltuieli era în 2008 de 4,1% societatea având împrumuturi bancare pe termen scurt.

Indicatori de rentabilitate

Diversii indicatori de rentabilitate măsoară capacitatea managerială asupra modului în care au fost utilizate resursele financiare proprii și externe.

Analiza rentabilității se face structural și factorial prin doi indicatori de baza: profitului și ratei rentabilității.

Specificatie	dec.-08	dec.-09	dec.-10
	Ron	Ron	Ron
Cifra de afaceri	1.201.300	413.129	390.908
Active totale	1.295.810	1.170.353	1.175.972
Profit brut	768.657	73.346	100.938
Profit net	645.292	61.686	84.788
· profit din exploatare	768.620	73.521	100.921
capitalul propriu	1.247.270	1.147.633	1.137.011
Rata profitului (%)	64	18	25,8
Rata Rentabilității financiare (%)	52	5	7
Rata Rentabilității economice (%)	59	6	9



- Rata profitului se calculează ca raport între profitul brut și cifra de afaceri.
- Rata rentabilității financiare exprimă eficiența valorificării capitalului propriu al firmei prin raportarea profitului net la capitalul propriu.

▪ Rata rentabilității economice a activității apreciază eficiența din perspectiva activității de exploatare și activele folosite și ar trebui să fie cel puțin la nivelul ratei inflației în perioada respectivă.

În cadrul societății analizate după cum se poate constata din tabelul de mai sus, datorită condițiilor favorabile privind specificul activității, societatea a înregistrat o rentabilitate foarte bună în 2008 și mult redusă în ceilalți doi ani care au urmat.

4. Concluziile diagnosticului financiar

Puncte tari

• Societatea nu are datorii pe termen lung și mediu la bănci, ipoteci sau alte obligații financiare

• Trezoreria netă a fost pozitivă în perioada 2008-2010

• Lichiditatea generală, parțială și la vedere sunt cu mult peste marja de siguranță, ceea ce înseamnă că societatea își poate onora obligațiile scadente pe termen scurt.

• Ratele de rentabilitate sunt foarte ridicate în 2008 și la nivelul mediu al ratelor în domeniul de activitate în ceilalți doi ani analizați

• Societatea s-a adaptat rapid condițiilor de criză și în anul 2010 deja a intrat pe un trend ascendent privind rata rentabilității financiare și economice.

Puncte slabe

• dependența de grup a societății

• creanțele din desfășurarea normală a circuitului economic reprezintă doar 15% din total creanțe, restul putând fi încadrate în categoria creanțelor greu de încasat

• scăderea cifrei de afaceri în perioada analizată

• costul foarte ridicat al chiriei

Referințe bibliografice (Times New Roman, 10, justify)

▪ Maria Grigore, *Finanțele firmei*, Ed. Cartea studentescă, București, 2011

▪ M.Z. Grigore, *Gestiunea Financiară a firmei*, Ed. Dareco 2002

2002

▪ Maria Niculescu, *Diagnostic global- strategic*, Ed. Economica, București, 1997

PRINCIPALELE MODIFICĂRI ADUSE REGLEMENTĂRILOR CONTABILE DIN OMFP NR. 3055/2009 ÎN ANUL 2012

Elena MARIN*¹

Abstract

În prezent în România, toate entitățile economice care aplică reglementărilor contabile conforme cu directivele europene trebuie să respecte prevederile Ordinului Ministrului Finanțelor Publice nr. 3055/2009. Pentru a înlătura dificultățile de aplicare a unor prevederi ale ordinului menționat, acesta din momentul emiterii până în prezent a suferit modificări.

În anul 2012, Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene a fost modificat prin O.M.F.P. nr. 1118/2012.

Prevederile O.M.F.P. nr. 1118/2012 vizează aspecte legate de cesiunile de creanță și de certificatele verzi. Momentul aplicării acestora este 1 iulie 2012 pentru creanțele cesionate, iar pentru certificatele verzi începând cu situațiile financiare ale anului 2012.

Cuvinte cheie: *O.M.F.P. nr. 1118/2012, modificări ale Ordinului Ministrului Finanțelor Publice Nr.3055/2009, cesiuni de creanță, certificate verzi.*

1. Introducere

În România majoritatea societăților efectuează înregistrările în contabilitate pe seama Ordinului Ministrului Finanțelor Publice nr. 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene.

Domeniul care vizează tema acestui studiu este contabilitatea și se urmărește exemplificarea principalelor modificări aduse O.M.F.P nr. 3055/2009 în anul 2012. Aspectele urmărite în acest studiu sunt acele modificări suferite de ordinul nr. 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene prin ordinul nr. 1118/2012 apărut pe 22 august 2012. Acest ordin, 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene, a suferit de-a lungul timpului câteva modificări necesare pentru a rezolva unele probleme ale contabilității așa cum le întâlnim în practică pentru ca, ²contabilitatea să reflecte viața întreprinderii așa cum este ea, bună sau rea.

Acest studiu este important deoarece tratează concret modificările aduse ordinului nr. 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene prin O.M.F.P. nr. 1118/2012 privind modificarea și completarea Reglementărilor contabile, cu explicarea acestora, astfel încât situațiile financiare să fie corect întocmite și să nu mai existe acele dificultăți care au apărut în practică.

Un prim aspect studiat sunt principalele modificări privind înregistrarea cesiunilor de creanță, iar ce-al de-al doilea aspect privește modificările înregistrărilor certificatelor verzi.

Majoritatea modificărilor aduse reglementărilor contabile conforme cu directivele europene se aplică începând cu situațiile financiare aferente exercițiului 2012.

¹ Student, Facultatea de Științe Economice, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: ellenutza_29@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lector univ. dr. Matei Cristina (cmatei@univnt.ro).

² <http://marintoma.ceccar.ro>

2. Principalele modificări aduse Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene

2.1. Modificările privind cesiunile de creanță

O.M.F.P. nr. 1118/2012 a adus noutăți în ceea ce privește cesiunile de creanțe, stabilind ca ajustările de valoare ale creanțelor incerte să se înregistreze în contabilitate la preluarea creanțelor respective.

De regulă, cesiunea de creanță transferă cesionarului toate drepturile pe care cedentul le are în legatura cu creanța cedată, precum și drepturile de garanție și toate celelalte accesorii ale creanței cedate.

Creanța este cedată prin simpla convenție a cedentului și a cesionarului, fără notificarea debitorului. Debitorul este ținut să plătească cesionarului din momentul în care :

- acceptă cesiunea printr-un înscris cu dată certă;
- primește o comunicare scrisă a cesiunii, pe suport hârtie sau în format electronic, în care se arată identitatea cesionarului, se identifică în mod rezonabil creanța cedată și se solicită debitorului să plătească cesionarului.

Înainte de acceptare sau de primirea comunicării, debitorul nu se poate elibera decât platind cedentului.

Cesiunea de creanță este o convenție, un contract, prin care un creditor transmite o creanță a sa unei alte persoane. Ea trebuie să îndeplinească deci toate condițiile de validitate ale contractului. Creditorul care transmite creanța se numește cedent, persoana căreia i se transmite creanța se numește cesionar, iar debitorul creanței transmise se numește debitor cedat.

Preluarea creanțelor se efectuează în baza unor contracte între părți în care este necesar să se prevadă minimal următoarele informații: valoarea nominală a creanțelor cedate, prețul cesiunii și termenele de plată.

Părți în cesiunea de creanță sunt numai cedentul și cesionarul, așa încât, pentru validitatea acesteia nu este necesar și consimțământul debitorului cedat, însă, pentru a-i fi opozabilă, trebuie îndeplinite anumite formalități (notificarea cesiunii de creanță către debitorul cedat sau acceptarea cesiunii de creanță de către debitorul cedat).

În practică, societățile apelează la cesiunea de creanță în două situații:

- cedarea (vânzarea) creanțelor către terți, **cu titlu oneros** atunci când facturile al căror termen de recuperare a fost depășit sau la care șansele de recuperare sunt mici;
- cedarea creanțelor către terți **cu titlu gratuit** ca posibilitate pentru acoperirea unor datorii atunci când creanțele nu au ajuns încă la scadență. Astfel, în situația în care o persoană juridică are o datorie către un terț și un alt terț are o datorie către persoana juridică, aceasta poate apela la instituția cesiunii de creanță pentru stingerea datoriei. Aceasta situație este des întâlnită în cazul firmelor care fac parte dintr-un grup de firme.

Alineatul 190 din O.M.F.P. nr. 3055/2009 prevede: „În cazul cesionării unei creanțe, diferența dintre valoarea creanței preluate prin cesionare și suma de achitat cedentului reprezintă venit la data constatării drepturilor și obligațiilor, potrivit cauzelor contractuale,„.

Conform principiului prudenței prevăzut de reglementările contabile, la evaluarea activelor trebuie „să se țină cont de toate deprecierea, indiferent dacă rezultatul exercițiului financiar este o pierdere sau un profit”.

În cazul creanțelor, se înregistrează în contabilitate o ajustare de valoare, pe seama conturilor de cheltuieli pentru valoarea care se estimează că nu poate fi recuperată.

Aceste ajustări de valoare a creanțelor se înregistrează, de regulă, la întocmirea situațiilor financiare anuale.

Din punct de vedere fiscal, în cazul în care contractele de cesiune de creanțe îndeplinesc condițiile legale, veniturile și cheltuielile rezultate ca urmare a tranzacțiilor de cesiune creanțe, sunt

luate în calcul la determinarea profitului impozabil. Astfel, venitul obținut de cesionar este impozabil la calculul impozitului pe profit, iar cheltuielile reprezentând valoarea creanțelor comerciale instrăinate, potrivit legii, reprezintă pentru cedent cheltuieli efectuate în scopul realizării de venituri impozabile.

Conform modificărilor legislative, operațiunile cu creanțe se clasifică, în funcție de contractul încheiat între părți, astfel:

- operațiuni prin care persoana care deține creanțele angajează o persoană în vederea recuperării acestora, care nu presupun cesiunea creanțelor;

- operațiuni care presupun cesiunea creanțelor

Operațiunile care presupun cesiunea creanțelor sunt la randul lor clasificate, în funcție de prevederile contractuale, în tranzacții prin care:

- cesionarul cumpără creanțele, fără ca operațiunea să aibă drept scop recuperarea creanței;

- cesionarul cumpără creanțele, asumându-și sau nu riscul neîncasării acestora, percepend un comision de recuperare a creanțelor de la cedent ;

- cesionarul cumpără creanțele, asumându-și riscul neîncasării acestora, la un preț inferior valorii nominale a creanțelor, fără să perceapă un comision de recuperare a creanțelor de la cedent

Tratamentul privind taxa pe valoarea adăugată diferă în funcție de situațiile prezentate mai sus, astfel:

- dacă în contract se prevede ca cesionarul, cumpără creanțele și este angajat în scopul recuperării creanțelor se consideră că realizează o prestare de servicii de recuperare de creanțe în beneficiul persoanei care deține creanțele, taxabilă;

- dacă contractul nu are ca scop recuperarea de creanțe și prețul de vânzare al creanței este mai mare decât valoarea nominală a creanței, cedentul realizează o operațiune scutită de TVA, iar cesionarul nu realizează o operațiune în sfera de aplicare a TVA;

- de asemenea, dacă contractul nu are ca scop recuperarea de creanțe și prețul de vânzare al creanței este mai mic sau egal cu valoarea nominală a creanței, nici cedentul, nici cesionarul nu realizează operațiuni în sfera de aplicare a TVA;

- dacă cesionarul cumpără creanțele, asumându-și sau nu riscul neîncasării acestora, percepend un comision de recuperare a creanțelor de la cedent, se consideră că cesionarul realizează o prestare de servicii de recuperare de creanțe în beneficiul cedentului, taxabilă întrucât percepe de la cedent un comision pentru aceasta operațiune, iar cesiunea efectivă a creanței de către cedent nu reprezintă o operațiune în sfera de aplicare a TVA.

- dacă cesionarul cumpără creanțele, asumându-și riscul neîncasării acestora, la un preț inferior valorii nominale a creanțelor, fără să perceapă un comision de recuperare a creanțelor de la cedent se consideră că cesiunea creanței de către cedent reprezintă o operațiune scutită de TVA, iar cesionarul nu efectuează o prestare de servicii de recuperare de creanțe în beneficiul cedentului, respectiv nu realizează o operațiune în sfera de aplicare a TVA, întrucât nu percepe un comision pentru această operațiune.

În ceea ce privește baza de impozitare, conform noilor reglementări privind taxa pe valoarea adăugată, aceasta este constituită din contravaloarea serviciului, reprezentând toate componentele comisionului perceput de cesionar, inclusiv componenta de finanțare.

Potrivit **O.M.F.P. nr. 1118/2012**, ajustările de valoare ale creanțelor incerte se înregistrează în contabilitate la preluarea creanțelor respective. În aceste condiții, concomitent cu venitul înregistrat la preluarea creanței se evaluează și cheltuielile cu ajustările de valoare, prin articolul contabil:

6814, „Cheltuieli de exploatare privind = 496, „Ajustări pentru deprecierea creanțelor -
ajustările pentru deprecierea activelor debitori diverși,,
circulante,,

Înregistrările contabile de la apariția creanței până la concesiunea ei sunt următoarele:

- înregistrarea vânzării mărfurilor și creanței față de client

4111 „Clienți” =707 „Venituri din vânzarea mărfurilor”

Cu ocazia întocmirii situațiilor financiare evaluarea creanței se face la valoarea probabilă de încasare și se înregistrează concomitent și ajustarea pentru depreciere:

4118 „Clienți incerti sau în litigiu” =4111 „Clienți”

6814 „Cheltuieli de exploatare privind ajustările pentru deprecierea activelor circulante,, =491 „Ajustări pentru deprecierea creanțelor - Clienți,,

- încasarea creanței și anularea provizionului pentru depreciere constituit:

5121 „Conturi la banci în lei” =4118 „Clienți incerti sau în litigiu”

491 „Ajustări pentru deprecierea creanțelor - Clienți,, =7814 „Venituri din ajustări pentru deprecierea activelor circulante,,

În practică, cazul cel mai des întâlnit este atunci când cesionarea creanței este la un preț de cesiune mai mic decât valoarea nominală. În acest caz înregistrările sunt următoarele:

% =4118 „Clienți incerti sau în litigiu,,

461 „Debitori diverși,, prețul la care se cesionează creanța

654 „Pierderi din creanțe și debitori diverși,, valoarea nominală a creanței

Concomitent se înregistrează și reluarea la venituri a ajustării pentru depreciere constituită anterior:

491 Ajustări pentru deprecierea creanțelor - Clienți,, =7814 Venituri din ajustări pentru deprecierea activelor circulante,,

În contabilitatea cesionarului înregistrarea preluării creanței conform contractului va fi:

461 „Debitori diverși,, = % valoarea nominală a creanței

462 „Creditori diverși,, prețul de cesiune

7588 „Alte venituri din exploatare” valoarea nominală a creanței - prețul de cesiune

Se constituie ajustări pentru depreciere în funcție de evoluția demersurilor de recuperare, astfel:

6814 „Cheltuieli de exploatare privind ajustările pentru deprecierea activelor circulante,, =496 „Ajustări pentru deprecierea creanțelor - debitori diverși,,

Variantele de înregistrare de mai sus sunt recomandate de Ministerul Finanțelor în Ghidul privind aplicarea reglementărilor contabile conforme cu Directiva a IV-a.

Astfel, se evită înregistrarea în contabilitate a unui profit care nu va avea corespondent în trezorerie.

Aceste noi prevederi se aplică pentru creanțele cesionate și înregistrate în contabilitatea cesionarului după data de 1 iulie 2012. Până la 1 iulie 2012, venitul s-a înregistrat în contabilitate la preluarea creanței, conform contabilității de angajamente, considerând creanțele ca fiind pe termen scurt și putând fi executate imediat, iar partea de creanță care nu se recuperează devine cheltuială la scoaterea sa din evidență. Aceste ajustări de valoare a creanțelor se înregistrează, de regulă, la întocmirea situațiilor financiare anuale.

2.2. Modificările privind certificatele verzi

O.M.F.P. nr.1118/2012 vine cu o altă completare a reglementărilor contabile care se referă la un nou tratament contabil pentru certificatele verzi primite de operatorii economici. În prezent, tratamentul contabil al certificatelor verzi este similar cu tratamentul certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră. Acestea se înregistrează astfel:

- achiziția certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră în sumă de 320 de lei:

652		401
„Cheltuieli	cu protecția	mediului ”Furnizori”
inconjurător”		

461	=	704	320
„Debitori diverși”			”Venituri din lucrări și servicii”

Noutatea acestui ordin face ca începând cu situațiile financiare pentru anul 2012, care se depun în 2013, certificatele verzi să fie asimilate investițiilor pe termen scurt și vor avea tratament contabil prevăzut pentru aceste active.

Certificatele verzi sunt documente care atestă o cantitate de 1 MWh de energie electrică produs din surse regenerabile de energie. Aceste certificate sunt valabile pentru furnizorii de energie hidro utilizată în centrale cu o putere instalată de cel mult 10MW, energie eoliană, energie solară, energie geotermală și gazele combustibile asociate, biomasă, Biogaz etc.. Producătorii de energie electrică din surse regenerabile de energie primesc un număr de certificate pentru fiecare unitate de energie electrică livrată. Aceste certificate se pot vinde pe Piața de Certificate Verzi, separat de energia electrică. Operatorul pieței de energie electrică este OPCOM. Valoarea acestor certificate reprezintă un câștig suplimentar al producătorilor pentru energia electrică pe care o livrează. Așadar la primirea certificatelor, ele sunt evaluate la prețul de tranzacționare de la data primirii publicat de operatorul de energie electrică.

Prețul certificatelor verzi este stabilit prin Hotărâre de Guvern. Prețul minim este impus pentru protecția producătorilor, iar prețul maxim pentru protecția consumatorilor.

Potrivit noilor reglementări, aplicabile din 2013, producători de energie din surse regenerabile, care beneficiază de certificate verzi, le înregistrează pe acestea în contul 508, „Alte investiții pe termen scurt și creanțe asimilate” în corespondență cu 472 „Venituri înregistrate în avans”. Aceste venituri se evidențiază în contul de profit și pierdere pe măsura vânzării certificatelor verzi. În contabilitate certificatele verzi primite se evaluează la prețul de tranzacționare la data primirii, publicat de operatorul pieței de energie electrică S.C. OPCOM-SA.

¹Conform prevederilor legislației în vigoare, OPCOM îndeplinește rolul de administrator al pieței de energie electrică, furnizând un cadru organizat, viabil și eficient pentru desfășurarea tranzacțiilor comerciale în cadrul pieței angro de energie electrică în condiții de consecvență, corectitudine, obiectivitate, independentă, echidistanță, transparență și nediscriminare.

La sfârșitul exercițiului financiar, certificatele verzi evidențiate în contul 508, „Alte investiții pe termen scurt și creanțe asimilate”, se evaluează la valoarea de tranzacționare publicată de

¹ <http://www.opcom.ro>

S.C.OPCPM-SA, pentru ultima tranzacție, cu reflectarea în rezultatul perioadei a diferențelor rezultate, utilizând contul 768 „Alte venituri financiare” sau 668 „Alte cheltuieli financiare”, după caz.

Înregistrarea în contabilitate a primirii certificatelor verzi de către producătorii de energie verde, la prețul de cotație de 225 lei la data primirii:

508 „Alte investiții pe termen scurt și creanțe asimilate,, =472 „Venituri înregistrate în avans,, 225 lei

Evaluarea certificatelor verzi la sfârșitul exercițiului financiar se realizează la valoarea de tranzacționare publicată de operatorul pieței de energie electrică pentru ultima tranzacție.

Diferențele de valoare față de valoarea la care au fost înregistrate inițial se reflectă în rezultatul perioadei în conturile de venituri sau cheltuieli financiare, după caz:

- evaluarea la sfârșitul exercițiului financiar la o valoare mai mare decât valoarea la care au fost înregistrate inițial și anume 300 lei:

508 „Alte investiții pe termen scurt și creanțe asimilate,, =768 „Alte venituri financiare,, 75 lei

- evaluarea la sfârșitul exercițiului financiar la o valoare mai mică decât valoarea la care au fost înregistrate inițial, și anume 200 lei:

668 „Alte cheltuieli și creanțe asimilate,, și =508 „Alte investiții pe termen scurt și creanțe asimilate,, 25 lei

Vânzarea certificatelor verzi evaluate la prețul de 350 de lei, valoarea contabilă fiind de 300 lei:

461 „Debitori diverși” = % 350 lei

508 ”Alte investiții pe termen scurt și creanțe asimilate” 300 lei

768 ”Alte venituri financiare” 50 lei

Vânzarea certificatelor verzi evaluate la prețul de 150 de lei, valoarea contabilă 200 lei:

% = 508 ”Alte investiții pe termen scurt și creanțe asimilate” 200 lei

461 „Debitori diverși” 150 lei

668 ”Alte cheltuieli financiare” 50 lei

Înregistrarea veniturilor pe măsura vânzării certificatelor verzi, cu valoarea la care acestea au fost evidențiate inițial:

472 ”Venituri înregistrate în avans” =708 ”Venituri din activități diverse” 225 lei

În cazul în care, certificatele verzi nu au fost vândute în perioada de valabilitate, acestea vor fi anulate:

668”Alte cheltuieli financiare” = 508 ”Alte investiții pe valoarea contabilă termen scurt și creanțe asimilate”

De asemenea, noile reglementari mai precizează ca furnizorii de energie electrică și producătorii obligați, potrivit legii, să achiziționeze anual un număr de certificate verzi înregistrează contravaloarea certificatelor verzi achiziționate în contul 652 «Cheltuieli cu protecția mediului inconjurator». În situația în care achiziționarea certificatelor verzi se efectuează înainte de termenele prevăzute de lege, contravaloarea certificatelor verzi se înregistrează în contul 471 «Cheltuieli înregistrate în avans», urmând ca la termenele legale să se înregistreze cheltuiala în contul 652 «Cheltuieli cu protecția mediului inconjurator», explică Ordinul MFP nr. 1182/2012.

Actul normativ mai prevede că, în situația în care alte entități achiziționează certificate verzi în scopul realizării de profit pe termen scurt, în condițiile prevăzute de legislație, certificatele verzi sunt asimilate investițiilor pe termen scurt, fiind înregistrate în contul 508 «Alte investiții pe termen scurt și creanțe asimilate»/analitic distinct.¹

Achiziția de certificate verzi de către furnizorii de energie electrică, conform obligației legale:

Un furnizor de energie electrică achiziționează certificate verzi în valoare de 750 lei conform cotației de 8,3%.

652” Cheltuieli cu protecția mediului inconjurator” = 401 ”Furnizori” 750 lei

De asemenea, noi reguli contabile se aplică și certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră. Mai exact, se stabilește ca acele certificate cumpărate cu scopul obținerii de profit pe termen lung să evidențieze distinct în categoria altor investiții deținute ca imobilizări, în timp ce certificatele cumpărate în scopul obținerii de profit în urma vânzării într-o perioadă scurtă de timp să evidențieze în categoria altor investiții pe termen scurt.

3. Concluzii

În concluzie, ordinul 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene a suferit două modificări importante conform O.M.F.P. nr. 1118/2012 și anume, modificări în ceea ce privește tratamentul contabil al cesiunilor de creanțe și al certificatelor verzi. Astfel ajustările de valoare ale creanțelor incerte se înregistrează în contabilitate la preluarea creanțelor respective. În aceste condiții, concomitent cu venitul înregistrat la preluarea creanței se evidențiază și cheltuiala cu ajustările de valoare. Aceste noi prevederi se aplică pentru creanțele cesionate și înregistrate în contabilitatea cesionarului după data de 1 iulie 2012.

În ceea ce privește certificatele verzi, acestea, conform noilor prevederi vor fi asimilate investițiilor pe termen scurt și vor fi reflectate în contabilitate în mod similar activelor respective. Așadar, producători de energie din surse regenerabile, care beneficiază de certificate verzi, le înregistrează în contul 508 „Alte investiții pe termen scurt și creanțe asimilate” în corespondență cu 472 „Venituri înregistrate în avans”. Aceste venituri se evidențiază în contul de profit și pierdere pe măsura vânzării certificatelor verzi. În contabilitate certificatele verzi primite se evaluează la prețul de tranzacționare la data primirii, publicat de operatorul pieței de energie electrică S.C. OPCOM-SA. Aceste noi prevederi se aplică începând cu situațiile financiare pentru anul 2012, care se depun în 2013.

¹ http://www.avocatnet.ro/content/articles/id_30631/Ce-reguli-noi-de-contabilitate-se-aplica-din-2013-pentru-situatiile-financiare-anuale.html#axzz2N7vdEufr

Referințe bibliografice:

- O.M.F.P. nr. 1118/2012 privind modificarea și completarea Reglementărilor contabile aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 3.055/2009
- O.M.F.P. 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene
 - http://www.avocatnet.ro/content/articles/id_30631/Ce-reguli-noi-de-contabilitate-se-aplica-din-2013-pentru-situatiile-financiare-anuale.html#ixzz2AJnFZrbB
 - http://ceccar.ro/ro/?page_id=1640#O_1286
 - http://www.opcom.ro/opcom/uploads/doc/PCCV/PCV_Descriere.pdf
 - <http://contabilul.manager.ro/a/7805/contabilitatea-certificatelor-verzi-inregistrarile-privind-evaluarea-la-data-bilantului.html>
 - http://www.avocatnet.ro/content/articles/id_27722/Cesiunea-de-creanta-aspecte-contabile-si-fiscale-in-contextul-noilor-modificari-legislative.html#ixzz2B4F84Z7g
 - <http://contabilul.manager.ro/a/7917/cesiunea-de-creanta-conform-hg-nr-50-din-2012-aspecte-contabile.html>
 - http://www.avocatnet.ro/content/articles/id_27722/Cesiunea-de-creanta-aspecte-contabile-si-fiscale-in-contextul-noilor-modificari-legislative.html#axzz2KgJZUje0
 - http://www.avocatnet.ro/content/articles/id_30631/Ce-reguli-noi-de-contabilitate-se-aplica-din-2013-pentru-situatiile-financiare-anuale.html#axzz2N7vdEufR

POLITICI CONTABILE PRIVIND STOCURILE DE MĂRFURI

MÎNDRICEL FLORENTINA AMALIA*

Abstract:

Politicile contabile cuprind totalitatea principiilor, regulilor precum și a practicilor corespunzătoare entităților economice, necesare la întocmirea și prezentarea situațiilor financiare, în conformitate cu Directiva a-IV-a a Comunităților Economice Europene, aprobate prin Ordinul Ministrului Finanțelor 3055/2009, Legea contabilității 82/1991. Obiectivul politicilor contabile este de a furniza utilizatorilor de informații contabile o imagine relevantă și credibilă asupra poziției financiare, fluxurilor de numerar precum și asupra performanței întreprinderii, având în vedere specificul activității și strategia adoptată de entitatea economică.

Necesitatea elaborării politicilor contabile cu privire la elementele de natura stocurilor de mărfuri rezultă din nevoia de a stabili anumite reguli, condiții privind modul în care se desfășoară anumite operațiuni care au o influență puternică în ceea ce privește contabilitatea, precum și din cauza faptului că informația contabilă reprezintă o verigă importantă care stă la baza adoptării deciziilor.

Fiecare entitate își întemeiază propriile proceduri de funcționare și sistem de operare contabil, iar odată începută practicarea lui nu este îngăduită absolut nici o deviere de la sistem, nici o schimbare a acestuia, exceptând atunci când legea o prevede. Iar pentru ca acest lucru să fie sigur, trebuie discutate toate detaliile într-o dispoziție numită „MANUAL DE PROCEDURI CONTABILE”, pornind de la întocmirea documentelor justificative până la finalizarea situațiilor financiare, trimestriale și anuale. Politicile contabile sunt înfăptuite de conducerea întreprinderii, iar la baza elaborării lor stau principiile contabile. Este necesar să ținem cont de aceste principii, deoarece cuprind reguli importante ce conferă, pe de o parte, elaborarea normelor contabile, iar pe de altă parte, redă imaginea fidelă, clară și completă a progresului entității prin intermediul situațiilor financiare.

Cuvinte cheie: politici contabile, mărfuri, pret de vânzare cu amanuntul, principii contabile, evaluare

INTRODUCERE

Prin prezenta lucrare, îmi propun să analizez politicile și tratamentele contabile privind elementele de natura stocurilor de mărfuri așa cum sunt prezentate în Reglementările contabile conforme cu Directiva a patra a Comunităților Economice Europene, aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 3055/2010, Legea contabilității nr. 82/1991, republicată, cu modificările ulterioare, atât din punct de vedere teoretic, printr-o sinteză a lucrărilor de specialitate, cât și din punct de vedere practic, prin exemplificarea aplicării acestor norme contabile.

Am ales această temă cu dorința de a aduce un plus de cunoaștere în acest domeniu, deoarece este fundamentală și utilă pentru teoria și practica contabilă dar și pentru importanța deosebită a elementelor de stocuri ca resurse (active) deținute de societățile comerciale (în mod special cele care au obiectul de activitate comercializarea mărfurilor).

Tema lucrării se referă la principiile contabile aplicate de contabilitatea financiară în partidă dublă din România, în cadrul stocurilor de mărfuri.

* Student, Contabilitate și informatică de gestiune, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: amy_florvy91@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Prof. Univ. Dr. Matei Cristina (cmatei@univnt.ro)

Este important ca, informațiile contabile deținute de cei care țin evidență contabilă să le interpreteze uniform, unitar și corect, astfel s-a elaborat un set de norme cu caracter general ce formează cadrul conceptual general al contabilității financiare, numite principii contabile.

Acestea pot fi definite ca fiind « convențiile, regulile și procedeele necesare pentru definirea unei practici contabile acceptate la un moment dat » .

Principiile sunt importante în toate domeniile științei și vieții noastre. Scopul aplicării politicilor contabile privind stocurile de mărfuri, de a asista producătorii de informație contabilă în dezvoltarea politicii contabile, determină un grad sporit de relevanță și conduce la o mai bună fundamentare a deciziilor manageriale.

Potrivit prevederilor ”Regulamentului Financiar al Uniunii Europene” nr. 1605/2002 (art.203, 204) contabilitatea oricărei entități cu personalitate juridică funcționează după anumite principii și reguli (politici) contabile care își au originea în "convenția evaluării într-un sistem unitar", conform căreia exprimarea monetară corectă este garanția unei ordini financiare contabile corecte.

De fapt fiecare entitate își construiește propriile proceduri de lucru, propriul sistem de operare contabilă, de management și control financiar, numai că odată începută utilizarea lui nu este permisă absolut nici o abatere de la sistem, nici o modificare a acestuia cel puțin un exercitiu financiar întreg (cu excepția cazurilor când legea o cere expres).

OBIECTIVUL POLITICILOR CONTABILE

Politicile contabile au la bază reguli de recunoaștere, evaluare și prezentare în situațiile financiare a elementelor de bilanț, cont de profit și pierdere, precum și reguli pentru conducerea contabilității.

Politicile contabile sunt elaborate în baza Reglementărilor contabile conforme cu Directiva a IV-a a CEE, aprobate prin Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 3055/2009. În cazul efectuării unor operațiuni pentru care nu există prevedere expresă în politicile contabile, conducerea compartimentului financiar-contabil va efectua înregistrările contabile în conformitate cu reglementările contabile aplicabile, cu completarea și aprobarea ulterioară a politicilor contabile aplicate în aceste cazuri, dar nu mai târziu de întocmirea situațiilor financiare anuale.¹

Regulile și tratamentele contabile cuprinse în politicile contabile trebuie să respecte legislația națională, astfel este necesară cunoașterea evoluției legislației contabile, în general, și a celei care reglementează aspectele financiar-contabile (ordine ale Ministrului Finanțelor Publice, Legea Contabilității nr. 82/1991, Legea Fiscalității etc). Este neaparat nevoie de o astfel de prevedere deoarece nu este îndeajuns respectarea numai a reglementării contabile. De asemenea, legislația care reglementează aspectele fiscale, poate determina anumite înregistrări sau restricționări privind efectuarea unor înregistrări. Pot fi prevederi în legislație care reglementează unele domenii de activitate și care pot conduce la înregistrări în contabilitate.

Politicile contabile adoptate de țara noastră în aplicarea reglementărilor contabile conforme cu Directivele Europene, susțin idea că entitățile trebuie să dezvolte politici contabile proprii care se aprobă de administratori, potrivit legii și prin intermediul acestora își fundamentează deciziile. Politicile contabile trebuie să fie adaptate la specificul activității societății și strategia adoptată. Informațiile furnizate trebuie să fie **relevante și credibile**.

Modificările politicilor contabile din cadrul unei entități pot fi determinate pe baza hotărârii luate de către entitate, iar acest fapt va fi justificat în notele explicative la situațiile financiare anuale și pe baza hotărârii unei autorități competente, însă acest fapt nu va fi justificat în notele explicative, doar menționat.

¹ GHID PRACTIC PRIVIND APLICAREA REGLEMENTĂRILOR CONTABILE CONFORME CU DIRECTIVA A IV-A A CEE, PARTE COMPONENTĂ A REGLEMENTĂRILOR CONTABILE CONFORME CU DIRECTIVELE EUROPENE, APROBATE PRIN ORDINUL MINISTRULUI FINANTELOR PUBLICE NR. 3.055/2009

Modificări în estimările contabile, ca rezultat al incertitudinilor inerente în desfășurarea activităților, anumite noțiuni ale situațiilor financiare întocmite de entitate nu pot fi evaluate cu precizie, ci doar estimate. Procesul de estimare implică anumite judecați bazate pe cele mai recente informații credibile de care entitatea dispune. Drept urmare, activele și veniturile nu trebuie să fie supraevaluate, iar datoriile și cheltuielile, subevaluate.

CADRUL GENERAL DE REGLEMENTARE:

Politicile contabile referitoare la stocurile de mărfuri au fost elaborate în temeiul prevederilor art. 2 alin. (2) lit. a) și ale art. 10 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 34/2009 privind organizarea și funcționarea Ministerului Finanțelor Publice, cu modificările și completările ulterioare, precum și în baza prevederilor art. 4 alin. (1) din Legea contabilității nr. 82/1991, republicată. Reglementările contabile sunt conforme cu Directiva a IV-a a Comunităților Economice Europene și Reglementările contabile conforme cu Directiva a VII-a a CEE, prevăzute în OMFP nr.3055/2009. Potrivit Legii contabilității 82/1991 republicată, entitatea are datoria să organizeze și să administreze contabilitatea proprie, respectiv contabilitatea financiară.

Contabilitatea se ține în limba română și în moneda națională.

Orice operațiune economico-financiară efectuată se consemnează în momentul efectuării ei într-un document care stă la baza înregistrărilor în contabilitate, dobândind astfel calitatea de document justificativ.

Răspunderea pentru organizarea și conducerea contabilității entității revine administratorului.

Evenimentele și operațiunile economico-financiare referitoare la mărfuri trebuie evidențiate în contabilitate așa cum acestea se produc, în baza documentelor justificative (factura avizul de însoțire, nota de intrare recepție, nota de constatare diferențe, dispoziție de livrare, jurnal pentru cumpărări, jurnal pentru vânzări). Documentele care stau la baza înregistrării în contabilitate a operațiunilor economico-financiare trebuie să reflecte întocmai modul cum acestea se produc, respectiv să fie în concordanță cu realitatea. De asemenea, contractele încheiate între părți trebuie să prevadă modul de derulare a operațiunilor și să respecte cadrul legal existent.¹

Concepte și Principii privind stocurile de mărfuri cuprinse în reglementările contabile

Elementele prezentate în situațiile financiare anuale privind mărfurile se evaluează în conformitate cu principiile contabile generale prevăzute în prezenta secțiune, conform contabilității de angajamente. Astfel, efectele tranzacțiilor și ale altor evenimente sunt recunoscute atunci când tranzacțiile și evenimentele se produc (și nu pe măsură ce numerarul sau echivalentul său este încasat sau plătit) și sunt înregistrate în contabilitate și raportate în situațiile financiare ale perioadelor aferente.

Evaluarea corectă a patrimoniului prezintă importanță deosebită pentru exactitatea și sinceritatea informațiilor pe care le conține bilanțul contabil referitoare la situația patrimoniului și a rezultatelor obținute în perioada financiară încheiată, comparativ cu perioada financiară precedentă. Pentru ca prin evaluare să se dea o imagine fidelă patrimoniului, situației financiare și rezultatelor, la efectuarea evaluării trebuie să se respecte anumite principii cum sunt:

Principiul valorii reale care presupune ca stocurile de mărfuri să fie evaluate la un cost (pret) care să exprime valoarea lor reală, în vederea asigurării unui bilanț real.

Principiul alegerii formei de evaluare a mărfurilor în funcție de scopul urmărit. Astfel, pentru înregistrările curente în contabilitate **evaluarea se face la valoarea de intrare** a bunurilor în patrimoniu în funcție de căile de dobândire a bunului respectiv, iar pentru evaluările făcute periodic se folosește valoarea actuală sau de utilitate, utilizând prețul zilei.

¹ Art 46-alin (2) din OMFP 3055/2009

Principiul prudenței care impune ca la **evaluarea elementelor** privind stocurile de mărfuri să se țină seama de deprecierea, riscurile și pierderile posibile generate de desfășurarea activității în viitor.

Drept urmare, activele și veniturile nu trebuie să fie supraevaluate, iar datoriile și cheltuielile, subevaluate.¹

În situația în care contabilul este pus în fața alegerii unei metode de evaluare a unui stoc de marfă. În acest caz el trebuie să aleagă cea mai mică valoare. Astfel principiul prudenței se traduce prin regula evaluării stocurilor la cea mai mică valoare dintre costul de achiziție și valoarea de piață.

Exemplu practic:

Societatea Seven Impex SRL, deține un stoc de ulei achiziționat cu 5000 lei și un stoc de făină achiziționat cu 7500 lei. Valoarea de piață a celor două produse la sfârșitul exercițiului este pentru ulei de 4000 lei iar pentru făina 10.000 lei. Conform principiului prudenței, se va recunoaște o cheltuială de 1000 lei, dar nu și un venit de 2.500 lei ca urmare a creșterii prețului la făina, datorită faptului că nu există certitudine, că aceasta va putea fi vândută la prețul actual.

Principiul permanenței metodelor care impune continuitatea în aplicarea normelor și regulilor utilizate la evaluarea stocurilor de mărfuri în tot cursul perioadei financiare și de la o perioadă la alta în vederea asigurării comparabilității informațiilor contabile.

Regulile evaluării ca sistem de referință în formularea politicilor contabile

Înregistrarea operațiilor contabile care au loc în cadrul unei entități având în vedere stocurile de mărfuri se realizează prin exprimarea bănească (valorică), deci evaluarea.

Evaluarea stocurilor de mărfuri reprezintă un procedeu al metodei contabilizației care se compune din cuantificarea și exprimarea valorică, în etalon bănesc, a existenței, mișcării și transformării patrimoniului pentru a-l reprezenta în contabilitate, prin metoda global-valorică. În societate, organizarea gestiunii stocurilor de mărfuri se realizează după metoda global-valorică, care este o metodă destinată în special mărfurilor, această metodă are organizate proceduri de control intern al stocurilor de mărfuri, pe fiecare categorie în parte.

Metoda global-valorică, constă în ținerea evidenței numai valoric, atât în contabilitate cât și în gestiune. Această metodă se aplică pentru evidența mărfurilor aflate în unitatea de desfacere cu amănuntul (magazine, restaurante), utilizându-se formularul “Fișă de cont pentru operațiuni diverse” și raportul de gestiune. Raportul de gestiune se completează pe baza documentelor de intrare-ieșire a mărfurilor, dar și de depunere a numerarului din vânzare, aceleași operațiuni se derulează și în cadrul fișelor valorice.

La efectuarea evaluării, în scopul realizării unei imagini fidele a patrimoniului, situației financiare și a rezultatelor se vor respecta principiul costului istoric, actual, valoarea realizabilă și valoarea actualizată.

Folosindu-se prețurile și tarifele, conținutul evaluării constă în, înmulțirea elementelor patrimoniale supuse evaluării cu elemente bănești (valoric).

Prețurile constituie suma sau valoarea care se obține din vânzarea bunurilor. Prețurile pot fi prețuri cu ridicata sau prețuri cu amănuntul.

Mărfurile care se vând prin magazin, sunt evidențiate la prețul de vânzare cu amănuntul, iar marja de adaos comercial este stabilită prin metoda coeficientului de repartizare a diferențelor de preț.

¹ art. 41- din OMFP 3055/2009

Prețurile cu amănuntul specific stocurilor de mărfuri sunt prețurile la care se vând mărfurile către populație, se compun din preț de vânzare cu amănuntul, adaosul comercial și TVA.

Principiul general de evaluare a elementelor patrimoniale având în vedere evaluarea, în contabilitatea curentă, constă în evaluarea la cost istoric denumit și valoare contabilă.

Principalele forme de evaluare a mărfurilor se face la intrarea bunurilor în patrimoniu, la ieșirea bunurilor din patrimoniu sau la trecerea în consum, la inventariere și la bilanț.

Evaluarea la intrarea în patrimoniu a mărfurilor în comerțul cu amănuntul, se face în funcție de modul lor de intrare, astfel pentru mărfurile dobândite cu titlu oneros, se evaluează la **cost de achiziție**.

Costul de achiziție este compus din prețul de cumpărare, inclusiv taxele de import și celelalte taxe de cumpărare, costuri de transport și de manipulare și alte costuri care sunt direct atribuibile bunului.

În acest caz, evaluarea se face obligatoriu la preț de vânzare cu amănuntul. Intrările în gestiune se înregistrează la preț de vânzare cu amănuntul, calculând adaosul comercial ca procent din costul de achiziție și respectiv TVA neexigibilă:

Cota TVA x (cost de achiziție + adaos comercial)

Prețul cu amănuntul = costul de achiziție + adaosul comercial + TVA neexigibilă

Exemplu practic:

a) Societatea a achiziționat marfă constând în:

- Făină -100 pachete la valoarea de 4,5 lei/pac (450 lei)-371/1
- Zahăr -100 pachete la valoarea de 5,5 lei/pac (550 lei)-371/2
- Ulei- 200 sticle la valoarea de 6,5 lei (1300 lei)-371/3

% =	401	<u>2.852</u>
371/1	Furnizori	450
Făină		550
371/2		
Zahăr		1300
371/3		
Ulei		
4426		552
TVA ded.		

b) Calculul diferențelor de preț la mărfuri:

Preț de vânzare cu amănuntul:

Adaos comercial: $25\% \times 2300 = 575$ lei

TVA neexigibilă: $(2300 + 575) \times 24\% = 690$ lei

Preț de vânzare cu amănuntul: $2300 + 575 + 690 = 3565$

371	=	% <u>1.265</u>
Marfuri	378/1	112,5
	diferențe de preț la	
	mărfuri-făină	
	378/2	137,5
	Dif. De preț la mf.- zahăr	
	378/3	325

Dif. de preț la mf.- ulei	
4428	690
TVA neexigibilă	

Evaluarea la ieșirea din patrimoniu sau la trecerea în consum (în cazul mărfurilor vândute) se evaluează și se înregistrează la valoarea lor de intrare, denumită valoare contabilă sau cost istoric.

Exemplu practic:

c) Potrivit “Raportului zilnic” emis de casa fiscală de marcat, în data de 20.10.2012 sunt înregistrate vânzări de marfă în sumă de 2100 lei și TVA aferentă de 24%. Înregistrarea contabilă aferentă este următoarea:

4111 =	%	<u>2.100</u>
clienți		
	707	1.596
	Venituri din	
	vânz. mf.	
	4427	504
	TVA colectată	

c) descarcare de gestiune:

%	=	371	<u>2.100</u>
	mărfuri		
607			1276,8
Cheltuieli			
privind mf.			
378			319,2
Dif. de preț			
la mf.			
4428			504

Principala problemă care se pune este aceea a prețului utilizat în cadrul înregistrării ieșirii stocurilor deoarece, prețurile unitare și valoarea de intrare pentru aceleași bunuri pot fi diferite de la o intrare la alta, în acest sens apar dificultăți în identificarea valorii contabile de intrare pentru bunurile ieșite, deoarece ordinea ieșirilor poate să difere de ordinea intrărilor. În această situație, pentru alegerea prețurilor unitare, pentru evaluarea bunurilor la ieșire, se practică una din următoarele metode: metoda primei intrări-primei ieșiri “FIFO”, metoda ultimului intrat-primul ieșit “LIFO”, metoda costului mediu ponderat “CMP”, metoda prețului prestabilit (cost standard), metoda la preț cu amănuntul.

În cadrul stocurilor de mărfuri, potrivit art. 160 alin. (1) din reglementările contabile aprobate prin OMFP 3055/2009, în funcție de specificul activității, pentru determinarea costului pot fi folosite, de asemenea [...] metoda prețului cu amănuntul.

În comerțul cu amănuntul poate fi utilizată metoda prețului cu amănuntul, pentru a determina costul stocurilor de articole numeroase și cu mișcare rapidă, care au marje similare. În această situație, costul bunurilor vândute se calculează prin deducerea valorii marjei brute din

prețul de vânzare al stocurilor. Orice modificare a prețului de vânzare presupune recalcularea marjei brute.¹

Ieșirile din gestiune se înregistrează prin repartizarea diferențelor de preț asupra valorii bunurilor ieșite și asupra stocurilor se efectuează cu ajutorul unui coeficient care se calculează astfel:

$$k = \frac{SI\ C\ 378 + Rc\ 378}{(SID\ 371 + RD\ 371) - (SIC\ 4428 + Rc\ 4428)} \times 100$$

Adaosul comercial aferent mărfurilor vândute = K x RC 707

În momentul vânzării marfurilor, taxa neexigibilă va fi transferată, devine exigibilă și apare contul 4427 „TVA colectată”. Pentru taxa pe valoare adăugată convenită furnizorilor se va folosi în mod normal, contul 4426 „TVA deductibilă”.

Exemplu practic:

Datorită faptului că societatea practică mai multe cote de adaos comercial, în contabilitate se calculează un adaos comercial mediu aferent stocurilor de mărfuri intrate în patrimoniu, cu ajutorul unui coeficient de repartizare a diferențelor de preț (K), determinat astfel:

$$k = \frac{0 + 575}{(0 + 3.565) - (0 + 690)} \times 100 = 20\%$$

Adaosul comercial: 20% × 1.596 = 319,2

Cost mărfuri vândute:

Rulajul lunar al contului 707 – adaosul comercial = 1.596 – 319,2 = 1276,8

Evaluarea stocurilor de mărfuri la inventariere

Contabilitatea stocurilor de mărfuri, se circumscrie metodei inventarului permanent.

Inventarul permanent

Cu ocazia inventarierii, elementele patrimoniale se evaluează la valoarea de utilitate, denumită și valoare de inventar.

Astfel valoarea de intrare sau contabilă se compară cu valoarea de utilitate sau de inventar de unde pot rezulta plusuri sau minusuri de valoare care uneori pot fi probabile, din pricina faptului că bunurile nu sunt încă vândute și încasate.

Diferențele între valoarea contabilă și valoare de inventar se reglementează diferit atât pentru elementele de activ (mărfuri) cât și pentru elementele de pasiv.

În cadrul elementelor de activ, diferențele constatate în plus nu se înregistrează, iar activele se mențin la valoarea lor de intrare în contabilitate.

Diferențele constatate în minus între valoarea de inventar și cea de intrare constituie o depreciere care poate fi de două feluri: depreciere ireversibilă și depreciere reversibilă.

¹ art 160, alin (8) din OMFP 3055/2009.

Diferența constatată în minus privind deprecierea reversibilă, este specifică în principal stocurilor mărfuri, dar și celorlalte active circulante materiale, determinate de unele aspecte privind diferite situații, cum ar fi oscilația prețurilor. Drept urmare, aceste deprecieri nu sunt definitive și de aceea pentru ele se constituie ajustări, iar activele respective rămân înregistrate în contabilitate la valoarea de intrare.

Având în vedere, ajustările, acestea au rolul unor rezerve asemănătoare cu sursele, dar care generează anumite cheltuieli atribuite activelor și care în final influențează negativ rezultatele financiare ale perioadei de gestiune respective.

Exemplu practic :

Se considera ca în urma inventarului s-a constituit un sold la mărfuri de: 1300 lei

Sold faptic: 1276,8

Plus la inventar: 23,2

TVA: 0,04

Plus la inventar la pret fara TVA: 23,16

Adaos comercial: 5,79

Cost mărfuri în plus: 17,37

371	=	%	<u>23,2</u>
Mărfuri		607	17,37
		ch. cu mf.	
		378	5,79
		Dif. de preț la mf.	
		4428	0,04
		TVA neex.	

Evaluarea la bilanț

La stabilirea valorii de inventar se va aplica principiul prudenței, potrivit căreia se va ține seama de toate ajustările de valoare datorate depreciilor sau pierderilor de valoare.

Pentru elementele de natura activelor înregistrate la cost, diferențele constatate minus între valoarea de inventar și valoarea contabilă se evidențiază distinct în contabilitate, în conturi de ajustări, aceste elemente menționându-se la valoarea lor de intrare.¹

Activele de natura stocurilor de mărfuri se evaluează la valoarea contabilă, mai puțin ajustările pentru deprecierea constatată, această depreciere apare inclusiv în cazul stocurilor fără mișcare. În cazul în care valoarea contabilă este mai mare decât valoarea de inventar, valoarea stocurilor de mărfuri, scade până la valoarea realizabilă netă, prin constituirea unei ajustări pentru depreciere.

Din reglementările privind politicile contabile, prin valoare realizabilă netă se înțelege prețul de vânzare estimat care ar putea fi obținut atunci când societatea își desfășoară în mod normal activitatea, la care se scad costurile estimate pentru vânzarea bunului. Astfel stocurile de mărfuri nu trebuie reflectate în bilanț la o valoare mai mare decât cea care se poate realiza prin utilizarea sau vânzarea lor. Prin urmare, valoarea marfurilor se diminuează până la valoarea realizabilă netă, prin reflectarea unei ajustări pentru depreciere.

O alta politică aferentă stocurilor de mărfuri este cea a aprovizionării în funcție de necesarul lunar de aprovizionare și cel al obținerii unor prețuri de achiziție atractive, de la furnizorii

¹ art 55,alin (3) din OMFP 3055/2009

tradiționali. De aceea duratele de staționare medii ale stocurilor într-un an considerate justificate , sunt pentru mărfuri de 43 de zile.

Mărfurile a căror durată depășește acest interval de timp, sunt considerate stocuri cu risc de depreciere și sunt reevaluate. Dacă durata de staționare depășește 190 de zile, stocul de marfa este considerat depreciat ireversibil iar valoarea lui este recunoscută ca pierdere din exploatare. ¹

Concluzii

În concluzie, necesitatea elaborării politicilor contabile privind stocurile de mărfuri rezultă din considerente practice, din nevoia de a stabili condițiile în care se desfășoară anumite operațiuni care au impact în contabilitate și, în final, din cauza faptului că informația contabilă stă la baza deciziilor pe care le iau administratorii și acționarii.

Prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 37/13.04.2011 pentru modificarea și completarea Legii contabilității nr. 82/1991 [...] au fost cuprinse referințe exprese în ceea ce privește elaborarea de politici contabile. Astfel, conform Legii Contabilității, nerespectarea reglementărilor emise de Ministerul Finanțelor Publice cu privire la aprobarea politicilor și procedurilor contabile prevăzute de legislație constituie contravenție și se sancționează cu amendă cuprinsă între 300 lei și 4.000 lei, potrivit art. 42 din aceeași lege.²

Drept urmare, elaborarea de politici contabile privind stocurile de mărfuri este obligatorie pentru toate entitățile. Ceea ce diferă este nivelul de dezvoltare a acestora, în corelare cu mărimea entității. De exemplu, în cazul entităților mici, cum ar fi magazinele, chioșcurile, care nu intenționează să se dezvolte și nici să-și schimbe obiectul de activitate în viitorul apropiat, elaborarea politicilor contabile se limitează la ceea ce corespunde efectiv activității desfășurate.

Practica contabilă a unei economii de piață nu poate fi concepută fără utilizarea unor principii de bază. Aceasta, deoarece se pot întâlni operații contabile privind stocurile de mărfuri pentru care nu există stabilite reguli sau proceduri de rezolvare, iar soluționarea lor se poate înfăptui numai prin apelarea la unul sau la mai multe principii contabile, fapt ce denotă necesitatea cunoașterii și înțelegerii corecte a conținutului lor.

Astfel, politicile și tratamentele contabile adoptate de entități cu privire la elementele de natura stocurilor de mărfuri joacă un rol important atât în desfășurarea activității, cât și în raportarea poziției financiare a acestora, influențând prețurile, costurile și implicit profiturile.

Referințe bibliografice:

- **Legea contabilității nr. 82/1991**
- **Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 3055/2009**
- **Politici contabile de întreprindere, Ed. CECCAR, Buc.2003, pag. 9**
- **<http://www.biblioteca-digitala.ase.ro>**
- **<http://www.centruldepresa.ro/comunicatedepresa/finance-accounting/importanta-politicilor-contabile-si-sanctiuni-pentru-lipsa-lor>**
- **<http://www.oeconomica.uab.ro/upload/lucrari/820061/13.pdf>**

¹ Politici contabile de întreprindere, Ed. CECCAR, Buc.2003, pag. 9

² <http://www.centruldepresa.ro/comunicatedepresa/finance-accounting/importanta-politicilor-contabile-si-sanctiuni-pentru-lipsa-lor>

FINANȚAREA INTERNAȚIONALĂ PRIN INTERMEDIUL FMI

Claudiu Dragoș VÎLCU¹
Claudia MILEA²

Abstract

Activitatea FMI este centralizată tot mai în detaliu în ultima perioadă, ținând cont de impactul foarte puternic al instituției asupra economiei mondiale.

FMI a luat ființă în urma negocierii începute în anul 1941 și finalizându-se prin întâlnirea de la Bretton-Woods din data de 1 iulie 1944, scopul creării sale fiind promovarea cooperării monetare internațional și stimularea creșterii economice a statelor care se confruntă cu deficit al balanței de plăți.

Fondul Monetar Internațional nu are caracterul unei instituții de ajutor și nici nu este o bancă de dezvoltare. El împrumută statele pentru a le ajuta să-și depășească problemele financiare și să restabilească condițiile unei creșteri durabile. FMI nu finanțează proiecte sau activități specifice.

O parte importantă în activitatea FMI ocupă strânsa colaborare cu Banca Mondială în vederea sprijinirii celor mai sărace țări din lume.

În ceea ce privește relația țării noastre cu FMI, România a devenit membră la data de 15 decembrie 1972, fiind la acea dată al 125-lea stat membru. Țara noastră a avut o legătură mai strânsă cu fondul, după căderea regimului comunist.

Cuvinte cheie: *economia mondială, creștere economică, cooperare monetară, Fondul Monetar Internațional, sprijin financiar.*

Introducere.

Fondul Monetar Internațional este o organizație ce cuprinde 185 de țări membre, înființată pentru a promova cooperarea monetară internațională, stabilitatea valutară și acorduri valutare sistematice, pentru a stimula creșterea economică și niveluri înalte de folosire a forței de muncă, pentru a acorda asistență financiară temporară țărilor membre, în condiții adecvate, precum și pentru a contribui la ajustarea balanței de plăți.

Această descriere cu greu relatează funcțiile critice pe care FMI le îndeplinește în procesul de globalizare. Într-adevăr, FMI este unul din principalii agenți de schimb ai economiei globale și guvernării globale.

Alături de O.N.U., Fondul Monetar Internațional este una dintre cele mai mari construcții instituționale concepute de Statele Unite și într-o măsură mai mică de Regatul Unit al Marii Britanii, la sfârșitul celui de al doilea război mondial, și având ca obiectiv principal promovarea unei economii mondiale sănătoase.

Scopul său este clar: să împiedice revenirea catastrofelor din anii '30 (scăderea bruscă a activității economice, închiderea frontierelor, manipulările monetare, venirea la putere a regimurilor dictatoriale), printr-un liberalism organizat, combinând, cu ajutorul statelor, respectul față de disciplinele precise cu o cooperare internațională puternică, în scopul de a le ajuta pe cele care se află în dificultate. În acest sens, FMI încurajează țările să adopte politici economice solide, fiind totodată

¹ Masterand, Management Financiar Bancar și Bursier, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București (e-mail: clau_vilcu@yahoo.com). Studiul a fost realizat sub coordonarea Lect. univ. dr. Mihaela Sudacevschi.

² Masterand, Management Financiar Bancar și Bursier, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București (e-mail: claudiamilea@yahoo.com).

(asa cum si numele sugerează) un fond ce poate veni în ajutorul membrilor ce au nevoie de finantare temporară pentru a redresa probleme de balanță a plăților.

Principalele instituții însărcinate cu supravegherea sistemului monetar internațional , facilitarea cooperării între băncile centrale și finanțarea unor programe de ajustare structurală la nivel internațional sunt: Fondul Monetar Internațional, Banca Mondială și Bancă Reglementărilor Internaționale, Banca Europeană de Reconstrucție și Dezvoltare, Banca Europeană de Investiții.

Fiecare dintre aceste instituții s-au dezvoltat în permanență de-a lungul timpului, mărindu-și în permanență forța financiară de care dispun, încercând practic să-și asume un rol cât mai activ în finanțarea internațională.

Forme de finanțare acordate de FMI.

Conform celei de-a doua modificări a statutului F.M.I., țările membre pot utiliza, prin trageri, tranșa rezervei (noua denumire a tranșei aur), tranșe curente de credit (până la 25% din cota vărsată în monedă convertibilă) și pot dispune de o serie de facilități de finanțare.

În cadrul acestor facilități puse la dispoziție de Fond un membru poate împrumuta cumulativ până la de patru ori cota subscrisă numai pe baza unor programe de reformă ale țării în cauză, care să demonstreze capacitatea acesteia de a depăși dezechilibrele temporare în care se află. Prin urmare, finanțările FMI pot avea un efect de pârgă, atrăgând alte fonduri.

Tipuri de împrumut (facilități de finanțare):

- împrumuturi pentru reducerea sărăciei și reluare creșterii economice sunt cele împrumuturi cu dobândă redusă și perioada de rambursare cuprinsă între 5-10 ani;

- acorduri de confirmare – reprezintă cel mai utilizat tip de împrumut, rambursabil 2-4 ani, având ca obiectiv surmontarea dificultăților temporare de plăți;

- mecanismul lărgit al creditului, facilitate creată în 1974, destinată țărilor cu dificultăți prelungite ale balanțelor de plăți care necesită reforme economice fundamentale. Aceste împrumuturi sunt rambursabile într-o perioadă de 2-7 ani.

- facilitățile de rezervă suplimentară, facilitate instituită în 1997 pentru a răspunde nevoilor de finanțare pe termen foarte scurt. Această facilitate a apărut ca rezultat al pierderii încrederii în piețele emergente în anii '90, care a determinat ieșiri masive de capital și necesități de finanțare de amploare deosebită;

- facilități de finanțare compensatorii, apărute în 1963, ca răspuns la nevoile țărilor confruntate cu o reducere bruscă a veniturilor din exporturi, respectiv creșterea importantă a costurilor aferente importurilor de cereale ca rezultat al fluctuației prețurilor mondiale ale produselor de bază;

- ajutorul de urgență care se adresează în special țărilor care au suferit pierderi materiale și financiare în urma unei catastrofe naturale sau a unui conflict armat;

- finanțarea stocurilor tampon se acordă țărilor în curs de dezvoltare care stochează produse primare (în general petrolul) în scopul reducerii ofertei pe piețele internaționale;

- fondul financiar a fost creată în scopul furnizării unui ajutor suplimentar țărilor în curs de dezvoltare care depun eforturi pentru redresarea balanței de plăți. Resursele din care este alimentat acest fond se constituie din vânzarea aurului remis la prețul oficial, de țările membre, cu titlu de vărsăminte ale cotelor părți;

- finanțarea extinsă se acordă țărilor care înregistrează dezechilibre grave ale balanțelor de plăți ca urmare a unei structuri defectuoase a producției, comerțului sau prețurilor, precum și țărilor a căror economie se dezvoltă lent sau care au dificultăți în dezvoltarea economică;

- finanțarea suplimentară (facilitatea Wittween) este creată în scopul ajutorului țărilor membre care se așteaptă să înregistreze un deficit important al balanței de plăți sau pentru o perioadă mai lungă decât cea pentru care pot trage tranșe normale de credit. Resursele puse la dispoziția acestei facilități provin din împrumuturi cu dobândă acordate de țările dezvoltate¹.

¹ Floricel Constatin - Relații valutare financiare internaționale, Ed. Național, București 2000, Ediția a IV-a, p 430.

Mecanismele de finanțare obișnuită.

Fiecare țară membră participă cu o cotă-parte, exprimată în DST, care reflectă talia relativă a economiei țării în cauză. Această cotă-parte determină numărul de voturi de care dispune țara în cadrul FMI, respectiv un vot pentru fiecare tranșă de 100.000 DST aferentei cotei-părți.

Pe baza cotei-părți se calculează și volumul maxim al resurselor financiare la care țara poate avea acces și partea sa din alocările de DST. Țara membră trebuie să depună, în general, maximum 25% din cota-parte în DST sau în monede aparținând altor state membre, selecționate de FMI cu acordul acestor țări, iar restul, în monedă națională.

Statele dispun și de o tranșă de rezervă, în măsura în care activele deținute în moneda proprie în cadrul „contului de resurse generale” sunt inferioare plafonului cotei-părți, care poate fi utilizată, în totalitatea, în orice moment, cu condiția ca situația balanței de plăți să necesite aceasta. Utilizarea tranșei de rezervă nu reprezintă recurgeri la mecanismul de creditare al FMI, nefiind supusă vreunei comisii și nici cerinței de răscumpărare.

Orice țară membră poate utiliza 4 tranșe de credit, echivalente fiecare cu 25% din cota-parte. Pentru obținerea primei tranșe trebuie să facă dovada unor eforturi rezonabile în vederea surmontării dificultăților de balanță de plăți. Aceste trageri obișnuite nu sunt eșalonate și nici supuse îndeplinirii unor criterii. Tirajele suplimentare se fac prin vărsăminte eșalonate și depind de aplicarea măsurilor cuprinse în programele convenite cu FMI. Acestea au loc în cadrul unui acord de confirmare sau unui acord lărgit, scopul fiind atât dificultățile de plată, cât și reformele structurale. Acordurile de confirmare dau dreptul de tragere asupra resurselor FMI, în limita unei sume specificate, pe parcursul unei perioade determinate¹. Tragerile au loc trimestrial, fiind supuse revizuirii periodice a programelor și respectării criteriilor convenite. Aceste criterii se referă la politica de credit, cea bugetară, restricțiile comerciale și de plăți, împrumuturile externe și nivelul rezervelor.

Criteriile de realizare permit atât țării în cauză, cât și FMI să urmărească progresele și să semnaleze necesitatea unor măsuri corective, dacă este cazul. Nerespectarea criteriilor conduce la suspendarea tragerilor, în baza acordului, până în momentul în care părțile convin reluarea acestuia. De regulă, acordurile de confirmare acoperă perioade de 12-18 luni (unele putând să dureze maximum 3 luni).

Mecanismul de creditare lărgit reprezintă un sprijin FMI, care depășește plafonul cotei-părți acordat pe o perioadă de timp mai lungă, în afara tranșelor obișnuite de credit. Acordurile lărgite acoperă, de regulă, 3 ani (uneori 4 ani) și au ca obiectiv surmontarea dificultăților de balanță de origine structurală care necesită o perioadă de ajustare mai lungă. Țările care solicită un astfel de acord trebuie să prezinte un program care să indice obiectivele avute în vedere și politica adoptată pe perioada acordului și să expună în detaliu setul de măsuri anuale de urmat. Eșalonarea tranșelor și criteriile de realizare sunt aceleași ca și în cazul acordurilor de confirmare. Rambursarea se face în termenul de 4 ani și jumătate până la 10 ani².

Particularități ale împrumuturilor făcute de FMI.

FMI nu are caracterul unei instituții de ajutor și nici nu este o bancă de dezvoltare. El împrumută statele pentru a le ajuta să-și depășească probleme financiare și să restabilească condițiile unei creșteri durabile. FMI nu finanțează proiecte sau activități specifice.

Împrumuturile FMI sunt însoțite de condiții privind aplicarea politicilor economice stabilite; statul împrumutat trebuie să adopte măsurile pe care s-a angajat să le ia pentru a regla problemele balanței de plăți. Această condiționalitate asociată împrumuturilor FMI este destinată să asigure comunitatea internațională că țara respectivă este interesată să-și întărească politica economică și să

¹ George Marin - "Economia Mondială", Editura Independența economică, pag. 105 - 107.

² Gaftoniuc Simona - Finanțe internaționale, Editura Economică, Ediția a II-a, p 89-90.

ramburseze împrumuturile respective¹. Țara împrumutată trebuie să ramburseze banii la data stabilită pentru ca fondul să poată împrumuta și alte țări care au nevoie de fonduri.

În majoritatea cazurilor când FMI aprobă acordarea împrumuturilor înseamnă că țara respectivă se află pe drumul cel bun în politica economică și astfel sunt încurajați investitorii străini să investească în țara respectivă.

Asistență financiară și tehnică oferita de FMI.

După 1990 au fost efectuate cele mai semnificative împrumuturi din istoria FMI. O parte importantă în activitatea FMI deține acordarea împrumuturilor în domeniul bancar și supravegherea sistemului monetar internațional.

Între țările care au beneficiat de *ajutorul financiar* al FMI în anii '90 au fost țările din Europa Centrală și regiunea Baltică, Rusia și alte țări din fosta Uniune Sovietică pentru înlesnirea trecerii lor dificile din economia planificată la economia de piață. Multe eforturi au fost depuse în formarea structurilor financiare și economice, foarte importante pentru funcționarea economiei de piață.

O parte importantă în activitatea FMI ocupă colaborarea strânsă cu Banca Mondială în vederea sprijinirii celor mai sărace țări din lume.

Asistență financiară:

La 30 decembrie 2012, sumele (asistență financiară) acordate de FMI statelor membre s-au ridicat la valoarea de 142,2 miliarde dolari. Calculată în unități de cont ale FMI, drepturi speciale de tragere (DST), creșterea este de 53%.

Totalul sumelor împrumutate de FMI este în continuă creștere: de la mai puțin de 15 miliarde dolari în 2007, s-a majorat cu 119% în 2008, 96% în 2009 și cu 43% în 2010.

În momentul de față, FMI are încheiată *asistență financiară* cu 52 de state membre, cu alte cuvinte peste un sfert dintre acestea. Însa patru membri ai Uniunii Europene - Grecia, Irlanda, Portugalia și România - acumulează 55% din creditele ce trebuie rambursate instituției de la Washington.

Împrumutul acordat Greciei a devenit în 2011 cel mai mare platit vreodată de FMI, cu 20,3 miliarde de euro, depășind în DST suma primită de Brazilia în 2002-2003.

Cel mai mare împrumut aprobat de FMI rămâne însa cel pentru Mexic, cu o linie de credit deschisă în aprilie 2009 în valoare actuală de 73 miliarde dolari. Aceasta țară nu s-a folosit până în prezent de acordul în cauză și nici nu intenționează să o facă.

Pe de altă parte, FMI și-a majorat în 2011 resursele de *asistență financiară*, pe baza intrării în vigoare a "Noilor facilități extinse de împrumut", o rezervă la care au contribuit 39 de state membre.

Fondurile destinate țarilor cu venituri medii și ridicate ("contul de resurse generale") aveau la 30 decembrie o valoare de 609 miliarde dolari, lăsând la dispoziția FMI capacitatea de a acorda alte împrumuturi de 386 miliarde dolari statelor membre.

Asistență tehnică.

FMI este mai bine cunoscut pentru politica de consiliere și pentru cea de împrumut în cazul crizelor economice. Dar FMI se mai ocupă și cu asistență tehnică și instruire într-o arie largă de domenii cum ar fi: banca centrală, politici monetare și valutare, politică administrativă și de taxe și statistici oficiale. Scopul este cel al îmbunătățirii situației țării în domeniul respective.

FMI a început să asigure "*asistență tehnică*" pe la mijlocul anilor 60 când multe țări independente au cerut ajutor în înființarea băncilor centrale și a ministerelor financiare. De asemenea în anii 90 țările din fosta Uniune sovietică (inclusive România) au cerut ajutor în momentul

¹ Pîrvu Daniela – Activitatea financiar-monetară internațională în economia contemporană, Editura Sitech, Craiova 2008 p 28

trecerii de la sistemul economiei centralizate la cea de economie de piață. În prezent FMI a trecut la un alt nivel de asistență: cel de-a întări arhitectura sistemului financiar internațional.

Principalele concluzii făcute de funcționarii FMI sunt patru și se referă la necesitatea punerii la dispoziție la FMI a unei informații, cât se poate mai concrete, de către țările membre. Pe de altă parte cu o mai mare atenție trebuie să fie analizate rezultatele macroeconomice ale țărilor pe termen scurt. Un rol crucial joacă existența unei transparențe în privința programelor, care se aplică pentru ieșirea din criză. Nu pe ultimul loc ca importanță este faptul că țările membre trebuie să binevoiască să ia în considerare sfaturile politice de la FMI.

Pentru a colabora mai strâns cu țările afectate de criza din Asia și din cauza rolului important, pe care aceste țări îl au în economia mondială, FMI a deschis un nou birou pentru Asia și Pacific în Tokyo. Directorul acestui birou este Kunio Saito. Între scopurile principale sunt păstrarea unui dialog permanent cu politicienii din Asia și supravegherea pieței financiare în această regiune.

Schimbările în mediu economic internațional impun într-un fel și reevaluare a rolului FMI și eventual efectuarea unor schimbări în rolul său în economia mondială. Folosirea largă a ratelor de schimb flexibile a dezavantajat țările industriale și ele au beneficiat mult mai puțin de ajutor financiar din partea FMI, așa cum a fost prevăzut în Bretton Woods. Mai mult decât aceasta, multe țări membre n-au avut acces la fluxurile de capital privat, mai ales în perioade de dificultăți economice și numărul acestor țări a crescut mult, afectând și țările în tranziție. Aceste țări se bazează pe asistența financiară din partea FMI în rezolvarea problemelor financiare legate de balanța de plăți.

În viitor descentralizarea în sistemul valutar al țărilor industrializate va continua. De aceea va fi necesară o reevaluare a rolului FMI privind supravegherea și finanțarea țărilor membre. De exemplu a fost făcută o propunere în sensul că valutele mai puternice să fie legate și fixate întru-n sistem. Comisia din Bretton Woods a propus FMI să preia de la Grupul Celor 7 responsabilitatea de a efectua politica de coordonare, care să aibă ca scop reducerea instabilității ratei de schimb și eventual trecerea la un sistem mult mai flexibil.

Drepturile și obligațiile României ca țară membră a FMI.

În urma aderării la FMI, România a obținut următoarele **drepturi**:

Dreptul de a obține credite în regim normal sau ca facilități. Începând cu anul 1990, România a beneficiat de facilități sub forma tragerilor curente, acordurilor stand-by, finanțării compensatorii și a facilităților de transformare sistematică;

Dreptul de a obține credite în monedele altor țări membre sau în DST din resursele generale ale Fondului, în schimbul unei sume în moneda națională, în condiții mult mai avantajoase decât cele ale pieței, fiind obligată să respecte în schimb o serie de condiții impuse de FMI tuturor țărilor membre aflate în postura de debitor față de Fond;

Dreptul de alocări de DST în cazul unor noi emisiuni de DST. Datorită faptului că FMI a întrerupt emisiunile de DST începând din 1972, România nu a putut beneficia de astfel de alocări decât începând cu anul 1979;

Dreptul de participare la luarea deciziilor în cadrul FMI. România deține un număr de voturi corespunzător cotei sale de participare, iar acest drept de vot se exercită prin intermediul unui grup format din 12 țări (Armenia, Bosnia și Herțegovina, Bulgaria, Croația, Cipru, Georgia, Israel, Macedonia, Moldova, Olanda și Ucraina), grup condus de reprezentantul Olandei, care reprezintă și interesele țării noastre în Consiliul Executiv al FMI;

Dreptul de aderare la BIRD și la filialele sale.

În urma aderării la FMI, țara noastră și-a asumat și o serie de **obligații**, respectiv:

Subscrierea și vărsarea cotei-parți de capital;

Convenirea cu FMI a unui curs reprezentativ al leului față de dolarul american;

Să nu aplice restricții asupra efectuării plăților curente în relațiile economice internaționale;

Să se consulte cu FMI și să colaboreze cu celelalte țări membre;

Să furnizeze informații cu caracter economic și financiar privitoare la deținerile oficiale de aur și de mijloace de plată internaționale, evoluția importurilor și a exporturilor, balanța de plăți, investițiile străine, cursul de schimb și altele

Acordurile încheiate între România și FMI, după căderea regimului comunist.

După 1990, România a încheiat noua Acorduri cu FMI: în 1991, 1992, 1994, 1997, 1999, 2001, 2004, 2009 și 2011. De cele mai multe ori, România a primit doar prima tranșă, din cauza nerespectării de către țara noastră a programului de reformă. Începând cu anul 1991 a fost deschisă la București o reprezentanță permanentă a FMI.

Acordul stand-by dintre România și F.M.I. 2011 – 2013.

În data de 25 martie 2011, cu ocazia celei de-a șaptea evaluări în cadrul Acordului stand-by 2009-2011, autoritățile române au adus la cunoștința Board-ului ca ultima tranșă, cea de-a opta, în valoare de 874 mln DST nu va fi efectiv trasa. Cu aceeași ocazie Board-ul a aprobat solicitarea privind un nou Acord Stand-by, pe o perioadă de 24 de luni, în valoare de DST 3090.6 mln, respectiv 300 procente din cota. Autoritățile și-au exprimat intenția de a nu efectua trageri din acest nou acord.

Pentru o perioadă de 24 de luni începând cu 31 martie, 2011, România va avea dreptul să opereze trageri de la Fond în echivalentul sumei de 3.090,6 milioane DST:

- Prima evaluare a acordului stand-by de tip preventiv, echivalentul sumei de 60 milioane DST până la 9 iunie 2011.

- A doua evaluare a acordului stand-by de tip preventiv, echivalentul sumei de 490 milioane DST până la 29 septembrie 2011.

- A treia evaluare a acordului stand-by de tip preventiv, echivalentul sumei de 920 milioane DST până la 19 decembrie 2011.

- A patra evaluare a acordului stand-by de tip preventiv, echivalentul sumei de 1.350 milioane DST până la 21 martie 2012.

- A cincia evaluare a acordului stand-by de tip preventiv, echivalentul sumei de 1.780 milioane DST până la 15 iunie, 2012.

- A șasea evaluare a acordului stand-by de tip preventive, echivalentul sumei de 2.210 milioane DST până la 15 septembrie, 2012.

- A șaptea evaluare a acordului stand-by de tip preventiv, echivalentul sumei de 2.640 milioane DST până la 15 decembrie, 2012.

- A opta evaluare a acordului stand-by de tip preventiv, echivalentul sumei de 3070 milioane DST până la 15 martie, 2013.

Concluzii cu privire la acordul stand-by 2011-2013.

Creșterea economică s-a reluat în România în anul 2011, dar având în vedere faptul că ritmul redresării își pierde din intensitate dar și riscurile mari din Europa, determinarea fermă în ceea ce privește reforma economică și adoptarea unor politici prudente trebuie să continue. Date fiind încetinirea ritmului exporturilor de produse, efectele în curs de estompere ale boom-ului agricol și condițiile de iarnă severă, perspectivele de creștere depind fundamental de capacitatea de a absorbi mai multe fonduri UE și de menținerea stabilității politice. Riscurile de contagiune se mențin ridicate și autoritățile întăresc în mod corect fortificațiile României. Presiunile de pe piața financiară au mai slăbit în ultima vreme și autoritățile au utilizat cu înțelepciune această fereastră de oportunitate pentru a dezvolta rezervele de finanțare fiscală prin emisiuni mai mari decât cele inițial planificate pe piața internă și printr-o emisiune de Euroobligațiuni plasată cu succes. Pentru a se proteja împotriva riscului de scădere a intrărilor de capital și de instabilitate bancară, autoritățile ar trebui să se asigure în continuare că se mențin rezervele valutare și rezervele de capital din sistemul bancar. Programul

de tip preventiv FMI-UE, conjugat cu linia de credit ce urmează a fi primită de la Banca Mondială, ar trebui să atenueze aceste riscuri și să constituie o importantă ancoră în termeni de politici.

Se impune menținerea în continuare a unei puternice discipline în ceea ce privește cheltuielile și a unei mai bune colectări a veniturilor fiscale, pentru a se putea realiza țintele anuale ale deficitului bugetar. Pe partea de cheltuieli, în pofida presiunii publice considerabile, guvernul a decis să amâne orice analiză a posibilității de majorare a salariilor și pensiilor pe perioada cuprinsă în acordul stand-by. Această atitudine fiscală prudentă constituie un puternic semnal cu privire la angajamentul ferm asumat de România de a menține disciplina în materie de cheltuieli. Autoritățile au menținut de asemenea un control strâns asupra cheltuielilor curente prin reduceri masive ale numărului de angajați din sectorul public și prin consolidarea transferurilor sociale. Deși politica de raționalizare strictă a numărului de angajați a avut efecte în controlul cheltuielilor de personal, se impune o mai mare flexibilitate în aplicarea acestei politici la nivelul instituțiilor.

Referințe bibliografice:

- Pârvu Daniela, Clipicie E., Hagi A. Activitatea financiar monetar internațională în economia contemporană, Editura Sitech, Craiova 2008
- Gaftoniuc Simona - Finanțe internaționale, Editura Economică, Ediția a II-a.
- George Marin - ”Economia Mondială”, Editura Independența economică.
- Floricel Constantin - Relații valutare financiare internaționale, Ediția a IV-a, Editura Național, București 2000
- Miga-Bestelie Raluca - Organizații internaționale interguvernamentale, Editura All Beck, București 2000
- Pârvu Daniela, Clipicie E., Hagi A. - Activitatea financiar monetar internațională în economia contemporană, Editura Sitech, Craiova 2009
- Vladescu S. Ce se mai întâmplă în România?, în Reper Românesc, Nr. 25, Decembrie 2009
- *** Doctrina si practica FMI, Buletin INCE, Nr.26-27/2010
- *** www.fmi.ro
- *** www.imf.org
- *** www.ziarulfinanciar.ro

CE ALEGEM? COST ISTORIC SAU VALOARE JUSTA?

Lucia BOTOLIN¹
Diana ILIE²

Abstract

Criza economico-financiară care a cuprins lumea după 2008 a scos la iveală o mare problemă, și anume evaluarea pentru raportarea financiară. În prezent, asistăm la o reformulare a modelului contabil asupra valorii care constă în reconsiderarea principiilor fundamentale ale evaluării. Contabilitatea evoluează de la sistemul costului istoric la cel al valorii actuale. Punerea sub semnul întrebării a evaluării la costuri istorice nu este nouă. Creșterile semnificative de prețuri au arătat că, contabilitatea în costuri istorice furnizează o imagine distorsionată a realității: elementele bilanțiere sunt subevaluate, iar cheltuielile cu stocurile și amortizarea din contul de profit și pierdere sunt, de asemenea, subevaluate. În aceste condiții, rezultatul este supraevaluat, iar distribuirea lui conduce la repartizări din capitalul societăților.

Contabilitatea nu poate fi gândită fără evaluare. Valoarea este un termen extreme de subiectiv. În contabilitate, termenul de valoare nu trebuie confundată cu cel de cost, chiar dacă, în mod frecvent, este măsurat prin acesta.

Bază de evaluare cel mai des adoptată de întreprinderi, pentru a întocmi situațiile financiare, este costul istoric. Unele întreprinderi utilizează baza costurilor actuale, pentru a reacționa la incapacitatea modelului costurilor istorice de a prelucra efectele schimbărilor de prețuri asupra activelor nemonetare.

Abordând subiectul care ne interesează, valoarea justă nu prea pare a fi un model de evaluare exclus din modelele regăsite în cadrul internațional.

Vom vedea...

Cuvinte cheie : *Valoare justa, cost istoric, evaluare, reevaluare, versus*

Introducere

Criza economico-financiară care a cuprins lumea după 2008 a scos la iveală o mare problemă, și anume evaluarea pentru raportarea financiară. În prezent, asistăm la o reformulare a modelului contabil asupra valorii care constă în reconsiderarea principiilor fundamentale ale evaluării. Contabilitatea evoluează de la sistemul costului istoric la cel al valorii actuale. Punerea sub semnul întrebării a evaluării la costuri istorice nu este nouă. Creșterile semnificative de prețuri au arătat că, contabilitatea în costuri istorice furnizează o imagine distorsionată a realității: elementele bilanțiere sunt subevaluate, iar cheltuielile cu stocurile și amortizarea din contul de profit și pierdere sunt, de asemenea, subevaluate. În aceste condiții, rezultatul este supraevaluat, iar distribuirea lui conduce la repartizări din capitalul societăților.

Contabilitatea nu poate fi gândită fără evaluare. Valoarea este un termen extreme de subiectiv. În contabilitate, termenul de valoare nu trebuie confundată cu cel de cost, chiar dacă, în mod frecvent, este măsurat prin acesta.

¹ Student al facultatii de Stiinte Economice , Specializare Contabilitate si Informatica de gestiune, in cadrul Universitatii "Nicolae Titulescu" e-mail : luciaBOTOLIN@yahoo.com , Coordonator al lucrarii : Lect.univ.dr. Dumitru Andreea Paula

² Student al facultatii de Stiinte Economice , Specializare Contabilitate si Informatica de gestiune, in cadrul Universitatii "Nicolae Titulescu" ilie.diana.91@gmail.com

Baza de evaluare cel mai des adoptată de întreprinderi, pentru a întocmi situațiile financiare, este costul istoric. Unele întreprinderi utilizează baza costurilor actuale, pentru a reacționa la incapacitatea modelului costurilor istorice de a prelucra efectele schimbărilor de prețuri asupra activelor nemonetare.

Abordând subiectul care ne interesează, valoarea justă nu prea pare a fi un model de evaluare exclus din modelele regăsite în cadrul internațional.

Vom vedea...

Cuprinsul lucrării

1. Fundamentele referitoare la evaluare

Evaluarea reprezintă *cuantificarea și exprimarea valorică, în etalon bănesc a existenței, mișcării și transformării patrimoniului economic.*

Fără evaluare nu se poate realiza contabilitatea unei societăți.

Componentele evaluării:

Obiectul = *active, capital propriu, datorii, venituri, cheltuieli, rezultat și operații economice și financiare;*

Etalonul monetar = *se identifică cu banii și reprezintă unitatea de calcul care asigură măsurarea și compararea bunurilor și valorilor economice și financiare;*

Prețul = *rezultatul măsurării și comparării obiectului evaluat cu banii ca măsură a valorii; se măsoară puterea de cumpărare a prețului elementelor patrimoniale pentru a obține bunuri, lucrări, servicii¹*

1.1. Despre trinomialul valoare, preț și cost

Sub aspect etimologic, termenul **valoare** își găsește o aplicație pe de o parte, în contextual unei persoane, pentru meritele și calitățile sale, iar pe de altă parte, utilizarea sa vizează un obiect, pentru modul său de folosință.

Plecând de la semnificația sa economică, termenul de valoare este răspândit din ce în ce mai mult în sfera contabilității, prin realizarea funcțiilor sale.

Conform teoriei lui Daniel Boussard² contabilitatea îndeplinește trei **roluri**: primul este de natură

operațională sau **administrativă**³. Acest rol corespunde, la modul general, ținerii conturilor și se limitează la înregistrarea operațiilor efectiv realizate la **prețul lor real**.

Următoarele două roluri (spre deosebire de primul rol) corespund unui **rol strategic**, regăsit în procesele de luare a deciziilor și de măsurare a performanțelor, și un **rol politic** situat pe linia raporturilor sociale între agenții economici.

În contextul primelor două roluri, menirea contabilității financiare se leagă de întocmirea, prezentarea și publicarea situațiilor financiare, produse contabile ce îi conferă întreprinderii puse sub observație o imagine fidelă, iar calității de relevanță, atributul sau caracteristica cea mai importantă.

Aducând în discuție problema valorii în contabilitate, nu putem să nu scoatem în evidență legătura dintre **preț și valoare**, plecând de la premisa că prețul constatat cu ocazia unei tranzacții pe o piață este expresia unei valori, sau invers, că valoarea unui bun, constituie baza prețului său.

Costul reprezintă sacrificial măsurat sau prețul necesar pentru achiziționarea, producerea sau

¹ Dumitru A.P. – "Bazele contabilității. Teste grilă, Aplicații propuse spre rezolvare. Lucrare practică monografică", Editura Universitară, București, 2010, p. 97

² D. Boussard – "La modélisation comptable en question(s)", Economica, Paris, 1997, p.27

³ Rolul de probă a tranzacțiilor și altor evenimente, de urmărire a trezoreriei sau a conturilor clienți, etc

menținerea bunurilor sau serviciilor. Prețurile plătite pentru materiale, manoperă, cheltuieli indirecte de producție, în fabricarea de bunuri, sunt costuri. Termenii de prețuri sunt, dintr-o perspectivă contabilă, mai preciși și mai fiabili, căpătând de aici un anumit grad de neutralitate¹.

1.2. Valoarea în contextul bilanț - cont de profit și pierdere

Obiectivele contabilității transpuse anterior într-un trinom de roluri, sunt relevate de determinarea unui rezultat și implicit, a performanței sau îmbogățirii.

A ajunge aici, înseamnă a face distincția între cheltuieli și active, pe de o parte, între venituri și datorii, pe de altă parte.

În contextual unei plăți, contabilul trebuie să poată răspunde la întrebarea : *Ea corespunde unui active (conservarea valorii) sau a unei cheltuieli (consumarea unei resurse, sau unei valori) ?*

Răspunsul la această întrebare nu este arbitrarea unui conflict între preț și valoare, prețul putând fi cunoscut cu exactitate și dincolo de orice comentariu.

Referitor la recunoașterea unui active sau a unei datorii (echivalent distincției între bilanț și cont de profit și pierdere) exemplele cele mai tipice sunt cele referitoare la cheltuielile de dezvoltare, mărci, fond commercial sau provizioane pentru riscuri și cheltuieli.

Între principalele sisteme contabile din Europa (sistemul continental și sistemul anglo-saxon) apar, în cele mai dese cazuri, diferențe care nu provin, din divergențele referitoare la conceptele de valoare cu care operează. Dimpotrivă, divergențele își găsesc originea în acțiunea factorilor culturali, sociali și juridici.

Țările Europei continentale sunt țări de drept scris, legal sau contractual, drept asupra unui bun care figurează în bilanț. În țările anglo-saxone, primează abordările practice, în acord cu dreptul cutumiar. Acesta face ca, în unele cazuri, dreptul de utilizare să fie dominant și să prevaleze dreptului de proprietate. De asemenea, posibilitatea de măsurare a unor active necorporale, conduce la concluzia că ele nu pot face obiectul bilanțului².

1.3. Relația valoare-cost și metodele de evaluare

Imaginea fidelă este principiul federator al contabilității, în majoritatea țărilor europene. Obținerea ei conferă utilitate informațiilor furnizate prin intermediul contabilității, calitate extreme de importantă în procesul de fundamentare și luare a deciziilor de către diverși utilizatori și în special, de către finanțatori și manageri.

În teoria clasică a economiei, au fost cercetate legile echilibrului economic, centrate pe concepția despre relația valoare-cost.

Dacă se analizează definiția lui Adam Smith despre valoare *"bunurile au cea mai mare valoare de întrebuințare au, adesea, o nesemnificativă valoare de schimb"*³, se constată dublul ei înțeles. Uneori, ea exprimă utilitatea unui anume obiect, alteori ea reprezintă facultatea pe care o conferă posesia acestui bun, de a permite cumpărarea altor bunuri. Primul sens conduce la **valoarea de întrebuințare**, celălalt, la **valoarea de schimb**. Din punctul lui de vedere, în valoarea de întrebuințare este vorba despre o utilitate abstractă, care vizează oamenii, în general, și nu o persoană. În ceea ce privește valoarea de schimb, aceasta este o valoare, determinată în mod normal printr-un cost de producție stabil și definită în contextual unei piețe stabile.

Relația valoare-cost are sensuri diferite, atunci când analiza este realizată din perspectiva contabilității.

Termenii de "contabil" și de "contabilitate" pot fi analizați sub două planuri. Ei corepund unei funcții (contabilul este cel care ține conturile) și se referă la relație (a fi contabil pentru ceva

¹ N.Felea, L.Malcu – *"Provocările contabilității internaționale la cumpăna dintre milenii. Modele de evaluare și investiții imateriale"*, Editura Economică, București, 2004

² Ibidem, p.29

³ Adam Smith – *"Recherches sur la nature et les causes de nations"*, Gallimard, Folio, 1991, p. 130

anume este echivalent cu a fi responsabil sau a da socoteală de ceva). Am putea crede că cele două planuri ale termenilor de contabili și contabilitate corespund senurilor date valorii.

În relația analizată, referința de bază este **costul** sau piața amonte. Confruntarea lui/ei cu valoarea de piață apare ca un proces ce ține cont de normele de conduită și de obligațiile profesionale din contabilitate. Consecințele acestei confruntări sunt diferite de la țară la țară.

În SUA de exemplu, standardele sunt adresate societăților cotate, care au ca principal obiectiv o informare fidelă a investitorilor. Principiul prudenței nu apare decât ca un ”ingredient” al fiabilității, deci o caracteristică a informațiilor cu rol secundar, deși prudența își găsește totuși locul ei într-o lume a incertitudinilor în afaceri.

Relația valoare-cost devine o comparații a valorii-cost cu valoarea de piață. Comparația se integrează în regula de prudență ”a celei mai mici valori între cost și valoare de piață”.

Influența pieței nu se pune în același mod pentru diferitele elemente de active și datorii. Este cazul, de exemplu, a imobilizărilor, care, prin definiție, sunt mai degrabă destinate menținerii în timp și utilizării decât vânzării pe o piață. În cazul lor, valoarea de piață nu este un element fundamental. Astfel, devine puțin operațională.

Pe un alt plan de reflecție, pentru elementele necurente (imobilizările) din bilanț, valoarea de întrebuintare devine un înlocuitor al valorii de piață.

O problemă distinctă a bazelor de evaluare, la ieșire, este dată de implicațiile aduse de caracterul identificabil al activelor. Această caracteristică, apare îndeosebi la stocuri și la titluri.

Caracterul confundabil al acestor active ridică probleme la valorile de ieșire sau de vânzare, cunoscând fiind faptul că diferitele bunuri au avut date diferite la intrare și, de aici, costuri inegale.,

Constatăm că la alegerea unei convenții de evaluare, în cazul activelor confundabile (primul intrat-primul ieșit FIFO; costul mediu ponderat CMP; sau ultimul intrat-primul ieșit LIFO) aduce după sine, influențe, uneori semnificative, asupra rezultatului și capitalurilor proprii.

În condiții de creștere a prețurilor, metoda FIFO conduce la întocmirea și prezentarea unui bilanț mai credibil și mai relevant (stocurile finale apar la costurile cele mai recente) și a unui cont de profit și pierdere mai puțin credibil și mai puțin relevant (consumurile sunt înregistrate la costuri decalate față de venituri).

În același context, efectele aplicării metodei LIFO sunt diametral opuse: un cont de profit și pierdere mai fiabil și mai relevant, un bilanț contabil mai puțin fiabil și mai puțin relevant.

Se poate deduce că, alegerea unei metode sau alta de evaluare ține cont de obiectivele pe care le formulăm și de o ierarhie a valorilor acordate.

2. *Principiile evaluării*

1. Principiul stabilirii obiectului evaluării

Obiectul evaluării reprezintă totalitatea elementelor supuse evaluării, delimitate în timp și spațiu.

2. Principiul valorii reale

Elementele patrimoniale se evaluează la valoarea reală în vederea asigurării unui bilanț real. Valoarea reală este valoarea de utilitate a bunului în momentul respectiv care se stabilește prin luarea în considerare a stării fizice, prețului de piață al bunurilor asemănătoare, amplasarea și utilitatea lor. În cazul creanțelor și datoriilor valoarea de utilitate se determină ținându-se seama de valoarea probabilă care se va încasa, respectiv care trebuie plătită.

3. Principiul alegerii formei de evaluare

Conform acestuia evaluarea operațiunilor din categoria curentă se face la costuri de producție efective.

4. Principiul prudenței

La evaluarea elementelor patrimoniale se ține seama de deprecieri, riscuri și pierderi posibile de înregistrare

5. Principiul permanentei metodelor

Acesta presupune continuitatea în aplicarea normelor și regulilor utilizate în tot cursul exercițiului financiar și de la un exercițiu la altul pentru asigurarea comparabilității informațiilor.

2.1. Prețurile și implicațiile lor în contabilitate

I. Costurile sunt formate din totalitatea cheltuielilor efectuate în vederea obținerii produselor, lucrărilor sau serviciilor. Costurile se folosesc atât pentru evaluarea bunurilor achiziționate din afara unității (cost de achiziție). Se mai utilizează și noțiunea de *COST COMPLET* sau *COMERCIAL* la care se evaluează bunurile obținute din producție proprie și vândute în afara unității.

Costul de achiziție (al materiei prime și materialelor) include:

- prețul de cumpărare, negociat și înscris în factura primită de la furnizor
- eventualele cheltuieli de transport, depozitare, manipulare suportate de cumpărători
- unele cheltuieli accesorii efectuate în vederea punerii în stare de funcționare a anumitor bunuri (mijloace fixe)
- eventuale taxe nedeductibile

Costul de producție se compune din:

- costul de achiziție al materiei prime și materialelor consemnate
- cheltuieli de prelucrare a materiei prime în vederea transformării în produs finit (salarii directe, adiționale la salarii directe, amortizarea capitalului fix și cota din cheltuielile indirecte ce revin produsului respectiv)
- cheltuieli generale ale secției

Costul complet (costul de desfacere sau comercial) cuprinde:

- costul de producție al bunurilor livrate beneficiarilor
- cheltuieli de desfacere pentru bunurile livrate și cheltuielile generale ale întreprinderii

II. Prețurile reprezintă suma sau valoarea care se încasează pentru bunurile vândute. Pentru furnizori ele sunt prețuri de vânzare, iar pentru cumpărători ele reprezintă prețuri de cumpărare sau achiziție.

Prețurile cu ridicata sunt prețuri la care se vând bunurile între agenții economici. Se compun din:

- prețul producătorului care include:
- costul complet al bunurilor vândute
- profitul producătorului
- prețul de livrare care include:
- ✓ accize pentru unele bunuri
- ✓ taxa pe valoarea adăugată (TVA deductibilă)
- ✓ comision

Prețurile cu amănuntul sunt prețurile la care se vând mărfurile către consumatorul final (populație) și se compun din:

- prețul cu ridicata
- adaosul comercial, care trebuie să acopere cheltuielile de circulație și profitul unității comerciale
- TVA colectată

Adaosul comercial declarat de unitatea care desface bunurile este destinat acoperirii cheltuielilor de circulație ale acestora și realizarea unei rate a profitului în condiții de concurență.

Bunurile se mai pot evalua la prețul pieței adică suma la care se poate procura bunul în ziua evaluării în funcție de formarea prețurilor pe baza cererii și ofertei. Mai întâlnim în practica

financiaro-contabilă prețul de facturare, livrare pentru furnizare sau de achiziție pentru cumpărători și preț efectiv sau antecalculat de producție.

III. Tarifele

Sunt elemente bănești asemănătoare prețurilor cu ajutorul cărora se evaluează lucrările executate și serviciile prestate, precum și munca depusă de salariați. Tarifele se formează asemanător cu prețurile dar se pornește de la costurile de producție și nu de la cel complet deoarece lucrările și serviciile nu necesită cheltuieli de desfacere.

IV. Valorile

Au același conținut și rol în evaluare ca și prețurile dar ele țin seama de prețul pieței la un moment dat. Principiul general de evaluare a elementelor patrimoniale în vederea evaluării în contabilitatea curentă constă în evaluarea la **cost istoric** denumit și valoare contabilă.

2.2. Momentele și formele de evaluare a elementelor patrimoniale

Evaluarea elementelor patrimoniale se face în diferite momente ale desfășurării activității economice:

- La intrarea bunurilor în patrimoniul
- La ieșirea lor din patrimoniu
- La inventarierea cu ocazia închiderea exercițiului economico-financiar

Evaluarea la intrarea în patrimoniu se realizează în funcție de modul de dobândire:

a) bunurile aduse ca aport în natură cu ocazia constituirii sau fuziunii unor unități patrimoniale, se evaluează la valoarea prevăzută în actul de evaluare, valoare determinată prin expertiza tehnică numită valoare de aport.

b) bunurile dobândite prin titlu gratuit sau prin donație se evaluează la valoarea de utilitate în funcție de prețul pieții, starea sau amplasarea bunurilor. Valoarea de utilitate reprezintă prețul presupus ca îl acceptă un client în funcție de utilitatea bunurilor pentru unitatea respectivă.

c) bunuri dobândite cu titlu oneros (contra plată se evaluează la costul de achiziție)

d) bunuri obținute din producție proprie se înregistrează la cost de producție efectiv

e) creanțele și datoriile sunt evaluate și înregistrate la valoarea nominală înscrisă în documentele justificative în care se consemnează dreptul de creanță sau datoriile. Aceste valori cu care se înregistrează bunurile la intrare în patrimoniu se numesc valori de intrare sau valori de înregistrare contabilă sau costul istoric.

Evaluarea la ieșirea din patrimoniu sau la trecerea în consum

Bunurile ieșite din unitate sau din depozite (vândute sau consumate) se evaluează și se înregistrează, se scad din gestiune, la valoare lor de intrare denumită și valoare de intrare. Deoarece prețurile unitare și implicit valoarea de intrare pentru același bun pot diferi de la o intrare la alta, apar dificultăți la stabilirea valorii de intrare pentru bunurile ieșite întrucât ordinea ieșirilor poate să difere de ordinea intrărilor și deci se pune problema alegerii prețurilor unitare care să fie utilizate pentru evaluarea acestora.

În acest scop se poate utiliza una din următoarele metode:

a) Metoda primei intrări - primei ieșiri (FIFO), potrivit careia costul unitar de achiziție al primei intrări se atribuie primei ieșiri. După epuizarea primului lot evaluarea se face la costul de achiziție al celui de-al doilea lot intrat, s.a.m.d. Metoda prezintă dezavantajul că în perioada de inflație apare un profit brut mai mare decât cel real și unitatea va plăti impozit pe profit mai mare.

b) Metoda ultimului intrat - primul ieșit (LIFO), adică pentru ieșiri se atribuie costurile de achiziție în ordine inversă intrărilor. Primele cantități ieșite se evaluează la prețul de achiziție al ultimei intrări și după epuizarea lotului se face la prețurile lotului achiziție înaintea acestuia, s.a.m.d. Dezavantaj al metodei: în perioade de inflație are loc micșorarea profitului brut al unității.

c) Metoda costului unitar mediu ponderat (CUMP) calculat după fiecare intrare cu formula:

$CUMP = \text{cantitatea din stocul inițial} + \text{cantitatea intrată}$

$CUMP \times \text{cantitatea ieșită} = \text{valoarea materialelor ieșite}$

d) Metoda costului- standard presupune stabilirea unui preț unic de înregistrare a ieșirilor, de obicei prețul ce corespunde sursei principale de aprovizionare.

Diferențele între prețul real și cel standard se înregistrează în contabilitate într-un cont separat. Pentru a calcula la valoarea reală se adaugă la costul standard diferențele aferente.

Evaluarea elementelor patrimoniale la inventariere

Cu ocazia inventarierii elementelor patrimoniale se evaluează la valoarea actuală de utilitate, denumită și valoare de inventar. Valoarea de intrare (valoarea contabilă sau costul istoric) se pune de acord cu rezultatele inventarierii. În acest scop valoarea de intrare se compară cu valoarea de utilitate stabilită. Din comparație pot rezulta plusuri sau minusuri de valoare. Aceste diferențe se soluționează diferit pentru active, respectiv pasive.

A. Cazul elementelor de activ

a) diferențele constatate în plus nu se înregistrează, iar activele se mențin înregistrate în contabilitatea curentă la valoarea lor de intrare sau cost istoric.

b) diferențele constatate în minus între valoarea de inventariere și cea de intrare reprezintă o depreciere care poate fi:

- ireversibilă și atunci se înregistrează ca amortizare, iar imobilizările depreciate se mențin la valoarea lor de intrare

- reversibilă (specifică stocurilor de active circulante în materiale). Pentru acestea se constituie provizioane, stocurile rămân înregistrate în contabilitate la valoarea lor de intrare.

B. Cazul elementelor de pasiv

a) diferențele constatate în plus se înregistrează prin constituirea unui provizion, iar pasivele respective se mențin în contabilitatea curentă la valoarea lor de intrare

b) diferențele constatate în minus nu se înregistrează.

Evaluarea la închiderea exercitiului economico-financiar

La sfârșitul perioadelor de gestiune, cu ocazia închiderii exercitiului financiar, evaluarea prin bilanț a elementelor patrimoniale se face astfel încât la valoarea de intrare nominală și valoarea contabilă pusă de acord cu rezultatul inventarierii:

a) diferențele constatate în plus sau minus pe teren fața de situația faptică se înregistrează în contabilitate pentru punerea de acord cu realitatea

b) diferențe valorice se înregistrează conform evaluării la inventariere

Reevaluarea patrimoniului economic

Reevaluarea elementelor de activ și pasiv se face pe baza unei dispoziții legale în acest sens, de regulă o hotărâre a guvernului. Cu acest prilej valoarea de intrare a bunurilor se modifică astfel: valoarea de intrare se înlocuiește cu valoarea actuală. Diferențele dintre aceste valori se înregistrează în contabilitate sub forma diferenței din reevaluare. Aceste diferențe influențează diferite surse economice în măsura și proporțiile prevăzute de actul normativ.

3. Noțiunea de cost istoric

Costul istoric este costul de origine evaluat, măsurat și înregistrat la intrarea activelor și crearea datoriilor. În cazul activelor, costul istoric constă în suma în numerar plătită sau de plătit în momentul cumpărării sau producției care face posibilă dobândirea unui bun economic.

În cazul datoriilor, costul istoric reprezintă valoarea echivalentelor obținute în schimbul obligației sau, în anumite împrejurări (cum este cazul impozitului pe profit), valoarea care se așteaptă

a fi plătită în numerar sau echivalente de numerar pentru a stinge datoriile, în cursul normal al afacerilor.

Trasaturile defnitorii ale costului istoric sunt **verificabilitatea și obiectivitatea** ce decurg din atestarea sa prin documente contabile. El este consecința aplicării unor principii contabile foarte utilizate în practica occidentală, respectiv nominalismul monetar și prudența. Odata stabilit, costul istoric rămâne fix, atât timp cât bunul rămâne în posesia întreprinderii. Pentru a se putea baza pe informațiile furnizate de producători, utilizatorii interni și externi trebuie să se asigure că informația este exactă și se întemeiază pe fapte. Și tocmai utilizarea costului istoric, ca bază de măsurare, permite producătorilor să furnizeze în situațiile financiare, informații obiective și verificabile.

Costul istoric poate fi definit ca acel “sacrificiu care a fost consimțit pentru a aduce bunul în întreprindere la data sa de intrare”. Considerând că orice cost sau sacrificiu acceptat este, în condițiile intrării în rol a costurilor alternative, o șansa nevalorificată, întrucât, pentru a-și asigura funcționarea, întreprinderea trebuie să renunțe (resursele sale nefiind disponibile pentru utilizări alternative) putem concluziona:

costul istoric folosit în măsurarea valorii reale se poate defini prin prisma sacrificiilor consimțite (costurile angajate) plus costul asociat sanselor nevalorificate (venituri pierdute).

Deoarece redă informații despre valoarea structurilor bilanțiere la data procurării lor, costul istoric orientează contabilitatea întreprinderii spre trecut. Profesioniștii contabili sunt de acord că obiectivul contabilității nu trebuie să se limiteze la a reda poziția financiară și performanțele trecute ale întreprinderii.

3.1. Principiul nominalismului sau costului istoric

Potrivit căruia costul istoric la care un activ sau un pasiv a intrat în patrimoniu și a fost înregistrat în contabilitate trebuie să fie menținut. Valoarea de înregistrare în contabilitate a fost reprezentată de costul istoric, respectiv valoarea înregistrată în contabilitate în momentul obținerii unui bun, a unei creanțe sau cea din momentul contractării unei datorii. Aceasta este o valoare verificabilă, consemnată în documentul care atestă dreptul de proprietate asupra unui bun, un drept de creanță sau o obligație.

Deoarece costul istoric este o valoare care vine din trecut, de la data procurării activelor și datoriilor unei entități, fiind o valoare verificabilă, este considerat un cost obiectiv. În plus, utilizarea unei valori care vine din trecut, de la data efectuării tranzacției, ca valoare de înregistrare contabilă, se face pe baza perenității întreprinderii, deci costul istoric este o valoare asociată cu principiul continuității activității.

Costul istoric este definit și verificabil. O dată stabilit, el rămâne la aceeași valoare atâta timp cât bunul rămâne în posesia băncii. Pentru a se putea baza pe informațiile furnizate de producători, utilizatorii interni și externi trebuie să se asigure că informația este exactă și bazată pe fapte. Or, tocmai utilizarea costului istoric, ca bază în măsurare, permite producătorilor să furnizeze, în situațiile financiare informații obiective și verificabile.

4. Bătălia între bazele de evaluare: cost istoric & valoare justă ?

Cea mai cunoscută modalitate de a conduce contabilitatea unei entități este contabilitatea la cost istoric.

Există o serie de avantaje și dezavantaje legate de aceasta metodă.

Avantaje :

- este cea mai veche și mai cunoscută metodă și este ușor de înțeles
- are un caracter obiectiv
- poate fi ușor verificată prin compararea cu documentele care stau la baza înregistrărilor

• există o corelație perfectă între sumele din bilanț și sumele din situația fluxurilor de trezorerie

Dezavantaje:

• activele pot fi înregistrate la valori mai mari decât valoarea lor normală (de exemplu, un teren achiziționat acum 10 ani nu va mai avea acum o valoare reală în contabilitate)

• de asemenea, în perioade cu inflație ridicată, în cazul unei entități care utilizează metoda FIFO stocurile care rămân în sold la final de an vor fi și cele cu valoarea cea mai mare. Stocurile descărcate din gestiune vor fi cele cu costul cel mai mic, prin urmare costul vânzărilor va fi subestimat în contul de profit și pierdere

• în perioade de inflație ridicată, vânzările și profitul vor fi “umflate”, datorită faptului că deprecierea activelor și costul vânzărilor vor fi subestimate.

Consecințe negative care rezultă din aceste dezavantaje:

Faptul că profiturile sunt artificial ridicate va antrena următoarele consecințe:

• acționarilor li se va repartiza sub forma de dividende o sumă mai mare decât ar trebui în mod real, lăsând sume insuficiente pentru investiții. Mai mult, acționarii vor avea așteptări de creștere a dividendelor pe viitor, iar angajații, vor avea și ei pretenția unor majorări salariale.

• profituri mai mari înseamnă și impozite mai mari.

• subevaluări ale imobilizărilor, stocurilor, subevaluarea costului materialelor precum și a amortismentelor

Contabilitatea în cost istoric presupune menținerea valorii activului sau a datoriei la valoarea inițială, iar eventualele fluctuații ale valorii acestora în raport cu valoarea actuală sunt reflectate prin aplicarea principiului prudenței, care presupune o tratare asimetrică a minusurilor și plusurilor potențiale de valoare, prin înregistrarea pierderilor probabile, dar nerecunoașterea plusurilor latente de valoare. În felul acesta, după opinia criticilor principiului prudenței, întreprinderile acumulează pierderi contabile care nu reflectă potențialul lor.

Unii analiști susțin că metoda costului istoric este depășită, ne mai furnizând informații reale, conform principiului valorii juste. Ca urmare a acestui fapt au apărut și metode alternative printre care amintim: puterea de cumpărare curentă și metoda costului curent.

5. Contabilitatea în valoare justă

Valoarea justă, în contabilitate reprezintă, suma pentru care un activ ar putea fi schimbat de bună voie între două părți, aflate în cunoștință de cauză, în cadrul unei tranzacții, cu prețul determinat obiectiv.

„Notiunea de valoare justă se regăsește în multe standarde internaționale de contabilitate (IAS 16, IAS 19, IAS 36, IAS 38, IAS 39, IAS 40, IAS 41), iar organismul de reglementare contabilă IASB nu renunță la acest concept nici cu ocazia elaborării standardelor internaționale de raportare financiară, utilizându-l și în cadrul IFRS-urilor nou emise (IFRS 2 și IFRS 3). Toate aceste standarde cer utilizarea valorilor juste pentru una sau mai multe clase de active sau datorii. „

5.1. Principiul valorii

Conf. OMFP 3055/2009, privind evaluarea la data intrării în entitate, sect. 8, pct. 50, alin. 2:

Prin valoare justă se înțelege suma pentru care activul ar putea fi schimbat de bună voie între părți aflate în cunoștință de cauză în cadrul unei tranzacții cu prețul determinat obiectiv. Valoarea justă a activelor se determină, în general, după datele de evidență de pe piață, printr-o evaluare efectuată, de regulă, de profesioniștii calificați în evaluare.

În situația în care nu există date pe piață privind valoarea justă, din cauza naturii specializate a activelor și a frecvenței reduse a tranzacțiilor, valoarea justă se poate determina prin alte metode utilizate, de regulă, de către profesioniști în evaluare.

Provizioane

„Valoarea recunoscută ca provizion trebuie să constituie cea mai bună estimare la data bilanțului a costurilor necesare stingerii obligației curente corespunzătoare acestuia.

Provizioanele trebuie revizuite la data fiecărui bilanț și ajustate pentru a reflecta cea mai bună estimare curentă. În cazul în care pentru stingerea unei obligații nu mai este probabilă o ieșire de resurse, provizionul trebuie redus sau anulat prin reluare la venituri.

Acolo unde efectul valorii-timp a banilor este semnificativ, valoarea provizionului reprezintă valoarea actualizată a cheltuielilor estimate a fi necesare pentru stingerea obligației. În acest caz,

actualizarea provizioanelor se face întrucât, datorită valorii-timp a banilor, provizioanele aferente

unor ieșiri de resurse care apar la scurt timp de la data bilanțului sunt mult mai oneroase decât cele aferente unor ieșiri de resurse de aceeași valoare, dar care apar mai târziu.

Actualizarea provizioanelor se efectuează, de regulă, de către persoane specializate. Rata de actualizare utilizată reflectă evaluările curente pe piață ale valorii-timp a banilor și ale riscurilor

specifice datoriei.”²

Conf. OMFP 3055/ 2009, privind imobilizarile necorporale, secțiunea 8. Cap. 2. 2 pct 83. alin. 1,2,3,4 :

1. Fondul comercial se recunoaște, de regulă, la consolidare și reprezintă diferența dintre costul de achiziție și valoarea justă la data tranzacției, a părții din activele nete achiziționate de către o entitate. (...)

Conf. Alin. 9. pct.123 sect. 8, dacă valoarea justă a unei imobilizări corporale nu mai poate fi determinată, valoarea activului prezentată în bilanț, trebuie să fie valoarea sa reevaluată la data ultimei reevalări, din care scad ajustările cumulate de valoare.

5.2. Principalele reguli de reevaluare

- Reevaluările trebuie făcute cu suficientă regularitate, astfel încât valoarea contabilă să nu difere substanțial de cea care ar fi determinată folosind valoarea justă de la data bilanțului.

Valoarea justă a imobilizărilor corporale este determinată, în general, plecând de la valoarea lor de piață;

- Elementele dintr-o grupă de imobilizări corporale se revaluează simultan pentru a se evita reevaluarea selectivă și raportarea în situațiile financiare anuale a unor valori care sunt o combinație de costuri și valori calculate la date diferite;

- Dacă un activ imobilizat este reevaluat, toate celelalte active din grupa din care face parte trebuie reevaluate;

- O grupă de imobilizări corporale cuprinde active de aceeași natură și utilizări similare, aflate în exploatarea unei entități.;

- Dacă un activ dintr-o grupă de active nu poate fi reevaluat, de exemplu, din cauză că nu există

o piață activă pentru acel activ, activul trebuie prezentat în bilanț la cost, minus ajustările cumulate de valoare;

- Dacă valoarea justă a unei imobilizări corporale nu mai poate fi determinată, valoarea activului prezentată în bilanț trebuie să fie valoarea sa reevaluată la data ultimei reevalări, din care se scad ajustările cumulate de valoare.

Conform IFRS 3, diferența rezultată dintre valoarea justă și valoarea contabilă a activului trebuie să fie prezentată ca un plus de valoare sau ca un minus de valoare. Surplusul din reevaluare trebuie să fie înregistrat:

- in creditul contului 105 „Rezerve din reevaluare”, daca anterior nu s-a constatat un minus de valoare;

- in contul 7813 „Venituri din ajustari pentru deprecierea imobilizarilor”, daca anterior s-a constatat un minus de valoare inregistrat in conturile din grupa 6813 „Cheltuieli de exploatare privind ajustarile pentru deprecierea imobilizarilor”, iar eventualul surplus va fi inregistrat in creditul contului 105 „Rezerve din reevaluare”.

Minusul din reevaluare va fi inregistrat:

- in contul 6813 „Cheltuieli de exploatare privind ajustarile pentru deprecierea imobilizarilor”, daca anterior nu s-a constatat niciun plus de valoare;

- in debitul contului 105 „Rezerve din reevaluare”, daca anterior s-a constatat un plus de valoare, iar eventuala diferenta negativa ramasa va fi inregistrata in contul 6813 „Cheltuieli de exploatare privind ajustarile pentru deprecierea imobilizarilor”.

Conf. OMFP nr 3055/2009 la secțiunea 8(Reguli de evaluare) capitolul 2 (Reguli de evaluare alternative)titlul 1 (Reevaluarea imobilizărilor corporale) punctul 123 alin. 6 : Reevaluările trebuie făcute cu suficientă regularitate, astfel încât valoarea contabilă să nu difere substanțial de cea care ar fi determinată folosind valoarea justă de la data bilanțului.Valoarea justă a imobilizărilor corporale este determinată, în general, plecând de la valoarea lor de piață.

Entitățile economice ce dețin cel puțin o imobilizare corporală (teren, clădire, utilaj șamd) , pot și au obligația ca la 3 ani sa își reevalueze imobilizările respective, ceea ce înseamna că în contabilitate va fi înregistrata la valoarea justă determinată de profesioniștii calificați în evaluare. Experții evaluatori sunt inregistrați la Asociația Nationala a Evaluatorilor din Romania (ANEVAR).

Exemplu :

Când dorim să reevaluăm o imobilizare corporală, de exemplu o clădire, trebuie să avem în vedere reevaluarea simultană a tuturor activelor corporale, ca să evităm reevaluarea selectivă.

- Diferenta rezultata dintre valoarea justa si valoarea contabila a activului trebuie sa fie prezentata ca un plus de valoare sau ca un minus de valoare. Surplusul din reevaluare trebuie sa fie inregistrat:

- in creditul contului 105 „Rezerve din reevaluare”, daca anterior nu s-a constatat un minus de valoare;

- in contul 7813 „Venituri din ajustari pentru deprecierea imobilizarilor”, daca anterior s-a constatat un minus de valoare inregistrat in conturile din grupa 6813 „Cheltuieli de exploatare privind ajustarile pentru deprecierea imobilizarilor”, iar eventualul surplus va fi inregistrat in creditul contului 105 „Rezerve din reevaluare”.

- Minusul din reevaluare va fi inregistrat:

- in contul 6813 „Cheltuieli de exploatare privind ajustarile pentru deprecierea imobilizarilor”, daca anterior nu s-a constatat niciun plus de valoare;

- in debitul contului 105 „Rezerve din reevaluare”, daca anterior s-a constatat un plus de valoare, iar eventuala diferenta negativa ramasa va fi inregistrata in contul 6813 „Cheltuieli de exploatare privind ajustarile pentru deprecierea imobilizarilor”.

Exemplu:

Societatea Leader a achiziționat la data de 12.09.2003 un teren, costul acestuia fiind de 60.000 lei. La o primă reevaluare a acestuia, s-a stabilit o valoare justă de 81.000 lei. La a doua reevaluare, valoarea justă a activului s-a situat la nivelul sumei de 52.000 lei. La a treia reevaluare, valoarea de pe piață a terenului a crescut până la 76.000 lei. La a patra reevaluare, valoarea justă a terenului a fost stabilită de evaluator la 63.000 lei.

Inregistrările contabile efectuate sunt:

Prima reevaluare:

Diferența pozitivă apărută la prima reevaluare va fi înregistrată la rezerve din reevaluare, având în vedere că anterior nu s-a constatat niciun minus de valoare.

21.000 lei	2111 „Terenuri”	=	105 „Rezerve din reevaluare”	21.000 lei
------------	--------------------	---	---------------------------------	------------

A II-a reevaluare:

Diferența negativă de 29.000 lei (81.000 lei – 52.000 lei) va anula rezervele din reevaluare existente, iar diferența rămasă neacoperită va fi înregistrată la cheltuieli.

21.000 lei	105 „Rezerve din reevaluare”	=	2111 „Terenuri”	29.000 lei
8.000 lei	6813 „Cheltuieli de exploatare privind ajustările pentru deprecierea imobilizărilor”			

A III-a reevaluare:

Diferența pozitivă de 24.000 lei (76.000 lei – 52.000 lei) va conduce la recunoașterea unui venit care să compenseze cheltuiala recunoscută anterior, iar diferență rămasă se va înregistra la rezerve din reevaluare.

24.000 lei	2111 „Terenuri”	=	7813 „Venituri din ajustări pentru deprecierea imobilizărilor”	8.000 lei
			105 „Rezerve din reevaluare”	16.000 lei

A IV-a reevaluare:

Diferența negativă de 13.000 lei (76.000 lei – 63.000 lei) va diminua rezervele din reevaluare existente.

13.000 lei	105 „Rezerve din reevaluare”	=	2111 „Terenuri”	13.000 lei
------------	---------------------------------	---	--------------------	------------

Exemplu 2 :

Elemente de calcul

			Inainte de reevaluare	Dupa reevaluare Varianta I	Varianta II
Valoarea de intrare	Amortizarea	2.000(4.000)	24.000(8.000)	16.000	
Valoarea contabila neta/Valoarea justa		8.000	16.000	16.000	

In varianta I, se determina un coeficient de reevaluare, raportand valoarea justa la valoarea neta contabila. In cazul nostru, coeficientul de reevaluare este $16.000/8.000 = 2$. Cu acest coeficient se inmultesc atat valoarea de intrare, cat si amortizarea.

Inregistrarea reevaluarii este:

2131	“Echipamente tehnologice”	=	%		12.000
			2813	“Amortizarea echipamentelor...”	4.000
			105	„Rezerva din reevaluare”	8.000

In varianta a II-a, se elimina amortizarea, astfel incat valoarea bruta devine egala cu valoarea reevaluată.

Inregistrarea reevaluarii este:

2813	“Amortizarea instalatiilor...”	=	2131	“Echipamente tehnologice”	4.000
si					
2131	“Echipamente tehnologice”	=	105	“Rezerva din reevaluare”	8.000

Evaluarea la valoarea justă a instrumentelor financiare. (OMFP 3055/2009)(IAS 39)

Conf. pct. 128.sec. 8, un instrument financiar reprezinta orice contract ce genereaza simultan un activ financiar pentru o entitate si o datorie financiara sau un instrument de capitaluri proprii pentru o alta entitate.

Entitatiile pot evalua in situatiile financiara anuale consolidate instrumentele financiare, inclusiv instrumentele financiare derivate, la valoarea justa.

Valoarea justa se determina prin referire la:

a) valoarea de piata, pentru acele instrumente financiare pentru care se poate identifica cu usurinta o piata credibila. Daca valoarea de piata nu se poate identifica cu usurinta pentru un instrument, dar poate fi identificata pentru componentele sale sau pentru un instrument similar, valoarea de piata poate fi derivata din cea a componentelor sale sau a instrumentului similar; sau

b) o valoare determinata cu ajutorul unor modele si tehnici de evaluare general acceptate, pentru instrumentele pentru care nu se poate identifica cu usurinta o piata credibila. Astfel de modele si tehnici asigura o aproximare rezonabila a valorii de piata.

Atunci cand un instrument financiar se evalueaza la valoarea justa, modificarea valorii se include in contul de profit si pierdere. Totusi, o astfel de modificare se include direct in capitalul propriu, intr-o rezerva de valoare justa, daca:

a) instrumentul contabilizat este un instrument de acoperire impotriva riscurilor conform unui sistem de contabilizare a acoperirii riscului care permite ca unele sau toate modificarile de valoare sa nu fie inregistrate in contul de profit si pierdere; sau

b) modificarea de valoare se refera la o diferenta de schimb valutar aparuta la un element monetar care face parte dintr-o investitie neta a entitatii intr-o entitate straina.

Modificarea valorii unui activ financiar disponibil pentru vanzare, altul decat un instrument financiar derivat, poate fi inclusa direct in capitalul propriu, in rezerva de valoare justa. Daca, in situatiile financiare consolidate a fost efectuata evaluarea la valoarea justa a instrumentelor financiare, notele explicative prezinta:

a) ipotezele semnificative care stau la baza modelelor si tehnicilor de evaluare;

b) pentru fiecare categorie de instrumente financiare, valoarea justă, modificările de valoare incluse direct în contul de profit și pierdere, precum și modificările incluse în rezerva de valoare justă;

c) pentru fiecare clasă de instrumente financiare derivate, informații privind aria și natura instrumentelor, inclusiv termenii și condițiile semnificative care pot afecta valoarea, momentul și certitudinea fluxurilor viitoare de trezorerie;

d) un tabel care să prezinte modificările rezervei de valoare justă în cursul exercitiului financiar.

5.3. Cerințe de prezentare a valorii juste în situații financiare anuale individuale

Deși evaluarea la valoarea justă a instrumentelor financiare nu se înregistrează în contabilitate, iar rezultatele acestora nu sunt cuprinse în bilanț și în contul de profit și pierdere, în notele explicative la situațiile financiare anuale individuale trebuie prezentate următoarele informații:

a) pentru fiecare clasă de instrumente financiare derivate:

- valoarea justă a instrumentelor, dacă o astfel de valoare poate fi determinată;

- informații privind aria și natura instrumentelor financiare; și

b) pentru imobilizările financiare înregistrate la o valoare mai mare decât valoarea lor justă și fără a se fi utilizat opțiunea de a face o ajustare de valoare:

- valoarea contabilă și valoarea justă ale fiecăruia dintre activele individuale sau ale grupurilor corespunzătoare ale acelor active individuale;

- motivele pentru care nu a fost redusă valoarea contabilă, inclusiv natura dovezilor pe care se întemeiază opinia că valoarea contabilă va fi recuperată.

Exemplu:

O întreprindere achiziționează, în anul 2008, un titlu de participare în valoare de 80 lei, care va fi clasificat ca instrument financiar detinut pe termen lung.

grupa 26 = 5121 80

Imobilizări financiare Conturi curente la bănci

NOTA

„Pentru înregistrarea instrumentului financiar, se folosește de obicei un cont din grupa 26 Imobilizări financiare, în funcție de natura acestuia și de gradul de participare (entitate afiliată sau întreprindere asociată). Dacă detinerea este pe termen scurt, atunci contabilizarea se face cu ajutorul conturilor din grupa 50. Investiții pe termen scurt. În situația în care acțiunile detinute pe termen scurt sunt și cotate, atunci evaluarea în situațiile financiare se face la valoarea justă.”³

Cât de credibile sunt valorile juste?

Credibilitatea și comparabilitatea valorilor juste aferente anumitor active sunt aspecte mult dezbătute. În condițiile unei piețe lichide, active, desemnarea valorii juste nu ridică probleme: cea mai bună estimare a valorii juste o reprezintă valoarea de piață. Pentru activele și datoriile lichide sau în cazul unei piețe inactive, trebuie utilizat un model pentru determinarea valorii acestora, cum ar fi cel bazat pe valoarea prezentă a fluxurilor viitoare de numerar. La baza acestui model se află rata de actualizare, care însă, poate varia semnificativ între întreprinderi și tipurile de active/datorii.

6. Concluzii

Timpul pare să fie singurul fenomen continuu pe care omul nu are posibilitatea să-l captureze. Omul-contabil se străduiește să realizeze ”imposibilul”. Situațiile financiare sunt prezentate anual, în unele cazuri, semestrial și trimestrial, fapt ce obligă la controlul valorilor înscrise în contabilitate.

Asistăm la principiul separării (independenței exercițiilor).

Operațiile de inventar constau în compararea valorilor inițiale de înregistrare (cost istoric) cu valori externe, de realizare (de piață).

Valoarea este un concept cu o multitudine de sensuri, omnipresent în științele de gestiune.

Se disting trei accepțiuni ale valorii: valoarea – în sens de măsurare, valoarea în sensul economic, și valoarea în sens filosofic.

Această distincție a valorilor, ne conduc la o serie de întrebări:

- Valoarea externă, de obicei, în caitatea ei de valoare de piață, poate sau nu să fie aplicată la toate elementele bilanțiere de active și datorii ?

- Care este sfera de cuprindere a elementelor pe care întreprinderea are intenția să le confrunte pe piață, față de cele pentru care ea are intenția să le conserve până la sfârșitul vieții?

- Creșterea valorii externe a unui active sau scăderea valorii externe a unei datorii este similară sau nu cu cea a elementelor efectiv realizate și concretizate printr-o tranzacție?

Evaluările în costuri istorice și cele bazate pe valori juste constituie clasicul și modernul.

Alegerea bazelor de evaluare va determina modelul contabil folosit pentru întocmirea situațiilor financiare.

Referințe bibliografice:

1. Adam Smith – *”Recherches sur la nature et les causes de nations”*, Gallimard, Folio, 1991;
2. D. Boussard – *”La modélisation comptable en question(s)”*, Economica, Paris, 1997;
3. Dumitru A.P. – *”Bazele contabilității. Teste grilă, Aplicații propuse spre rezolvare. Lucrare practică monografică”*, Editura Universitară, București, 2010;
4. N.Felea, L.Malcu – *”Provocările contabilității internaționale la cumpăna dintre milenii. Modele de evaluare și investiții imateriale”*, Editura Economică, București, 2004
5. www.ruban.com/dictionar
6. www.tribunaeconomica.ro
7. www.avocat.net
8. www.faracontabilitate.ro
9. www.contabilulmanager.ro
10. Ghid practic al studentului- M. Gurau

ANALIZA SI PROGNOZA CHELTUIELILOR BUGETULUI ASIGURARILOR SOCIALE DE STAT

Loredana Simona BERTA¹

Abstract

In this paperwork I will talk about the Expenditures of Romania's Social Security Budget.

I chose to analyze this subject because expenditures on social assistance in Romania is significant. Unfortunately, according to statistics in the field, budgetary outlays on pensions are unsustainable in relation to contribution collected.

Till now, in România operates a public pension system based on the solidarity between generation.

Further, I am gone try to make a expenditure forecast. It seems that the Social Security Budget is scheduled for 2013 with a surplus of £ 186.7 million which represents the financial results of the insurance system for work accidents and occupational diseases.

Moreover, I made this paperwork based on declaration of the Government, on the change in the number of unemployed. According to the statement of the executive, it is estimated a decrease in the number of unemployed on 2013, a decrease in the average rate of unemployment from 5.2% in 2013 against 5.6 estimated for 2012.

The social security contribution rates are approved by the state social insurance budget law.

In other words, the importance of Social Security Budget is supported by the fact that in Romania, all employers and employees, and other categories, are included in the category of contributors to the state social insurance system.

Cuvinte cheie: *Social Security Budget, expenditure, health insurance, contributors.*

Introducere

Subiectul pe care ni-l propunem sa-l abordam in aceasta lucrare este bugetul asigurarilor sociale de stat.

Ca și noțiune generală, conceptul de asigurări sociale face referire la sistemul de securitate socială, mai exact, se referă la acele compensații pe care asigurații le primesc sub forma bănească în anumite situații precum: incapacitate permanentă/temporară de muncă, șomaj, pensie etc.

Toate aceste compensații se acordă pe baza participării asiguratului la un fond.

Sistemul de asigurări sociale de sănătate a parcurs mai multe etape, începând cu perioada comunistă până în ziua de astăzi. Această perioadă de tranziție a cunoscut o serie de modificări ale actelor legislative, printre care:

➤ Decretul Lege nr. 70/08.02.1990 – prin care au fost aduse modificări privind regimul pensiilor de vârstă;

➤ Decretul Lege nr.118/1190 modificat și republicat – privind acordarea unor drepturi persoanelor persecutate din motive politice de dictatura instaurată cu începere de la 6 martie 1945, precum și celor deportate în străinătate ori constituite în prizonier;

➤ Legea 42/1990 – pentru cinstirea eroilor-martiri și acordarea unor drepturi urmașilor acestora, răniților, precum și luptătorilor pentru victoria Revoluției din decembrie 1989;

¹ Loredana Simona Berta, Universitatea "Nicolae Titulescu" din Bucuresti Master : Management Financiar Bancar si Bursier; (e-mail: berta.loredana@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. Univ. Dr. Jula Nicolae-Marius (mariusjula@univnt.ro).

- Legea 73/1991 – privind stabilirea unor drepturi de asigurări sociale, precum și de modificare și completare a unor reglementări din legislația de asigurări sociale și pensii;
- Legea 1/1991 modificată și republicată – privind protecția socială a șomerilor și reintegrarea lor profesională.

Mai multe decât atât, aceasta tranziție a fost identificată și prin eliminarea sistemelor private de asigurări sociale nepreformante. Datorită greutăților de ordin financiar, în perioada de tranziție se constată dispariția unor sisteme private de asigurări sociale, prin înglobarea lor în cadrul Sistemului Centralizat de Stat. Astfel:

- Legea nr. 52/1993 a desființat sistemul de asigurări sociale ale Personalului Bisericii Ortodoxe Române;
- Legea nr. 34/1993 a desființat sistemul asigurărilor sociale ale cooperăției meșteșugărești;
- H.G. nr. 650/1992 a desființat sistemele de asigurări sociale ale membrilor uniunilor de creație (scriitori, muzicieni, artiști plastici);

Singurul sistem de asigurări sociale independent care s-a dovedit a fi viabil și a continuat să funcționeze a fost cel al avocaților.

Reforma reală a sistemului asigurărilor sociale de stat a pornit odată cu apariția Legii nr. 19/2000. Legea a realizat modificarea de substanță a concepției asupra asigurărilor sociale, având puternice valențe împrumutate de la concepția distributivă asupra asigurărilor sociale, făcând posibil accesul la sistemul de asigurări sociale tuturor persoanelor producătoare de venituri, fără a se limita ca în trecut doar la titularii contractelor de muncă.

În România, toate persoanele active – angajați sau angajatori fac parte din sistemul de asigurări sociale de stat. În fapt, contribuția la asigurările sociale de stat, în prezent de 10.5% este reținută din venitul salarial al celor ce activează într-o unitate cu un contract de individual de muncă.

Analiza și prognoza cheltuielilor bugetului de stat

Asigurările sociale de stat acoperă pensiile, alocațiile pentru copii cu vârsta cuprinsă între 0-18 ani, incapacitate de muncă, boli profesionale etc. Cotele pe care un angajator/angajat trebuie să le plătească sunt aplicate unei baze de calcul prevăzute în Codul Fiscal. Cotele privind aceste contribuții pot fi modificate de Legea Bugetului Asigurărilor Sociale de stat sau de Legea Bugetului de Stat. Sustragerea de la plata acestor contribuții constituie infracționalitate și se sancționează potrivit legii.

În România, baza de calcul pentru contribuția lunară la BASS, identificată sub formă de CAS, este situată la nivelul a 5*câștigul salarial mediu brut.

În ceea ce privește previzionarea și execuția Bugetului Asigurărilor Sociale de Stat, în fiecare an este publicată Legea bugetului asigurărilor sociale de stat, lege ce prevede și autorizează pentru anul bugetar curent veniturile pe capitole și subcapitole și cheltuielile pe destinații.

În anul 2013, Legea 6/2013 a fost publicată în dată de 22 februarie 2013.

Proiectul legii bugetului asigurărilor sociale de stat a fost adoptat de Parlament cu 310 voturi "pentru" și 109 voturi "împotriva" la începutul lunii februarie. Conform Mediafax, la acest proiect de act normativ a fost adoptat un singur amendament, care propune eliminarea prevederii potrivit căreia ordonatorul principal de credite are obligația să transmită Ministerului Finanțelor Publice detalierea în structură, pe funcții, a numărului maxim de posturi finanțat prin prezența lege și salariul mediu de bază pe funcții, din anul 2013, în termen de 30 de zile de la intrarea în vigoare a prezenței legi¹.

În ceea ce privește contribuția angajatorilor la Bugetul de Stat, valorile procentuale sunt: 20,8%; 25,8%; 30,8% în funcție de condițiile de muncă (plafonata).

¹ www.mediafax.ro

Teoretic, baza lunară de calcul reprezintă suma câștigurilor brute realizate de persoanele fizice rezidente și nerezidente, în baza unui contract de muncă (sau a unui raport de serviciu său stătut special), precum și venituri asimilate salariilor (remunerațiile administratorilor / directorilor cu contract de mandat etc.).

Plafonul reprezintă baza de calcul pentru contribuția de asigurări sociale (CAS). Baza de calcul este plafonată la nivelul produsului dintre numărul asiguraților și valoarea a de cinci ori câștigul salarial mediu brut.

Contribuțiile de asigurări sociale de sănătate și de șomaj individuale, precum și cele datorate de angajator, rămân neplafonate, aplicându-se la bazele de calcul corespunzătoare, reglementate de Codul fiscal. Baza lunară pentru calculul contribuției pentru concedii și indemnizații datorate de angajatori este plafonată la nivelul a 12 salarii minime brute pe țara, garantate în plată, înmulțite cu numărul de asigurați din luna respectivă (salariul minim brut pe țara garantat în plată în anul 2012 este de 700 lei)¹.

Cota contribuției la asigurările pentru accidente de muncă variază între 0,15% și 0,85%, în funcție de categoria de risc. Criteriile de stabilire a categoriilor de risc au fost stabilite prin Hotărâre de Guvern.

Începând cu anul 2011 s-a introdus obligativitatea depunerii unei declarații unice, pentru persoanele fizice și juridice care au calitatea de angajator sau de entitate asimilată angajatorului, așa cum sunt definite de Codul fiscal.

Angajatorii calculează și rețin contribuțiile salariale la momentul plății salariilor. Contribuțiile la bugetul de stat și la bugetul asigurărilor sociale de stat se plătesc până la data de 25 a lunii următoare celei pentru care se datorează drepturile salariale. Sustragerea de la plata acestor contribuții reținute la sursă, în termen de 30 zile de la această dată, constituie infracțiune și se sancționează corespunzător.

Începând cu anul 2012, s-au înregistrat câteva modificări printre care:

„Agenția Națională de Administrare Fiscală preia competența de administrare a contribuțiilor sociale obligatorii datorate de persoanele fizice care realizează venituri din activități independente, activități agricole și asocieri fără personalitate juridică, precum și a celor datorate de persoanele fizice care realizează alte venituri, și de persoanele care nu realizează venituri”.

Mai departe, voi realiza prognoza cheltuielilor BASS pe anul 2013, pe baza indicatorilor economico-financiari din conturile de execuție publicate în fiecare din anii 2009, 2010, 2011 și 2012.

Referitor la procesul de prognoză, preocuparea majoră, fundamentală a omului în întreaga sa istorie a fost de a proiecta în viitor gândirea sa din prezent. Se poate afirma că progresele civilizației umane sunt strâns legate de posibilitățile de anticipare a desfășurării viitoare a evenimentelor. În acest sens ilustrul filozof I. Kant scria: “Această facultate de a nu gusta numai clipa prezenta, ci de a-și reprezenta timpul viitor, adeseori foarte îndepărtat, este semnul hotărâtor al superiorității omului...”²

Referindu-se la rolul previziunii în știință în general, J. Grauman sublinia, în anul 1965, că: “Previziunea este scopul științei...”

În societatea modernă, în toate domeniile vieții sociale și economice prognoza a devenit o necesitate. O primă problemă pe care și-o adresează orice cercetător asupra viitorului este stabilirea pe cale logică dacă este sau nu posibilă prognoza. Dacă situația unui fenomen s-ar prezenta astfel încât viitorul să fie în totalitate rupt, independent de trecut și prezent, să nu decurgă din ceea ce a fost și din ceea ce este, atunci prognoza nu ar fi posibilă. De aici rezultă că viitorul poate fi estimat întotdeauna atunci când există o legătură între trecut, prezent și viitor, când azi și ieri îl determină pe mâine, când toate schimbările se caracterizează prin aceea că nu sunt întâmplătoare, ci dimpotrivă, evoluează pe baza unei tendințe logice de dezvoltare. Altfel spus, cunoașterea viitorului se

¹ Casa de Comerț și Industrie a Municipiului București

² I. Kant, *Ideea unei istorii universale*, traducere de T. Brailianu, București 1950,

fundamentează pe modelul de evoluție a fenomenului studiat, iar prognoza este posibilă atunci când, în intervalul de timp cuprins între momentul prezent și perioadă la care se referă estimarea viitorului, modelul nu va fi supus unor modificări esențiale.

Previziunea poate fi considerată ca o determinație specific umană, și, în consecință, o componentă proprie oricărei activități.¹ Analizând evoluția, și în special, dinamismul proceselor economice și sociale se poate argumenta faptul că în perioada actuală se manifestă o reală nevoie de previziuni, de anticipare a situațiilor viitoare care par în prezent posibile și de evaluare a consecințelor de perspectivă ale diferitelor variante de acțiune.²

Prognoza este realizată după mai multe metode de modelare a datelor utilizate. Metoda modelării constituie cea mai utilizată aplicație în domeniul elaborării analizelor Prospective. În esență, procesul de modelare constă în obținerea unui sistem izomorf cu o imagine homomorfă

(simplificată, obținută prin selectarea proprietăților considerate esențiale din punctul de vedere al scopului urmărit) a obiectului cercetat.³

În ceea ce privește prognoza aceasta reprezintă o anticipare cantitativă a unor evenimente sau condiții viitoare, pornind de la un set de informații disponibile. De obicei, prognoza se realizează pe baza unui model.

Previziunea sau prognoza este instrumentul care pune în evidență evoluția probabilă, într-un domeniu, nu numai pentru intervalul de plan, ci pentru o perioadă mai lungă, definită de orizontul acesteia. Ea constituie cadrul informațional pentru planificare, evidențiază tendințele viitoare și orientează activitatea de planificare în stabilirea unui comportament de lungă durată (prin așa numitele strategii), putând arăta măsura în care deciziile de plan se vor înscrie într-o situație favorabilă de viitor.⁴

Ele reprezintă rezultatele unor studii și cercetări care urmăresc să stabilească stări posibile și probabile, într-un viitor determinat care reprezintă orizontul prognozei, ținând seama de ipotezele luate în considerare și de probabilitatea de atingere a acestor stări.

Predicția constituie evaluarea evoluției viitoare în domeniul studiat afectată de un grad de încredere absolut, deci bazată pe o cunoaștere sigură a dinamicii și comportamentului proceselor examinate.

Proiecția este o previziune sub formă cantitativă. Fondată pe ipoteza că aceasta se va desfășura ca o simplă prelungire a tendințelor din trecut. Ea constituie o extrapolare mecanică a evoluției trecute, care coincide rareori cu realitatea economică.

Prospectiva constituie studiul evoluției viitorului pornind de la premiza că aceasta poate fi orientat, ceea ce presupune că deciziile actuale să fie luate în funcție de ideea ce se formează despre viitor.

Până în prezent, se pare că pentru anticiparea și precizarea fenomenelor economice, științifice și tehnice este preferat termenul de prognoză. Spre deosebire de alte domenii sociologice, filozofice, etc. - unde se preferă termenul de perspectivă.

Planul reprezintă un ansamblu coerent de obiective, măsuri și mijloace adoptate pentru o perioadă de timp limitată, care se aprobă de forul decizional, în vederea traducerii în viață a unei politici economice și sociale stabilite.

Față de unitatea de acțiune și de scop a planului, este evident că deciziile conținute nu pot fi decât unice, dar se bazează pe o cantitate mare de informații.

¹ Jula D., Jula N., 1999, *Economie Sectoriala*, Editura Didactica si Pedagogica, Bucuresti

² Dorin Jula, Nicolae-Marius Jula, *Prognoza economica*, Editura Mustang, Bucuresti 2012

³ Jula N., Jula D, *Modelare economica. Modele econometrie si de optimizare*, Editura Mustang, Bucuresti 2010

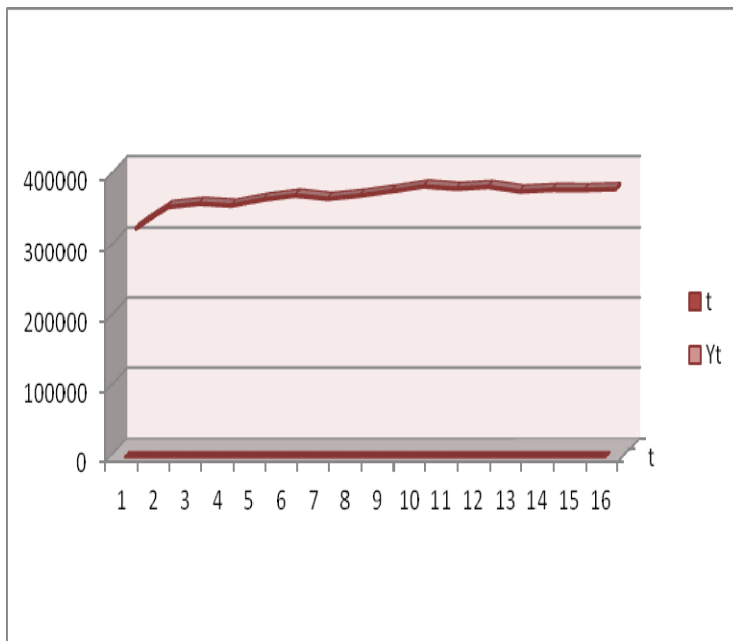
⁴ Delia Popescu. *Procesul decizional în întreprinderile mici și mijlocii*, Ed. Economica, Bucuresti, 2001, p.45-58; Nicolae Bebea, *Metode pentru rezolvarea problemelor de optimizare*, Ed. Didactica si pedagogica, Bucuresti, 1978, p.5-169.

Calculul prognozei:

Tabelul nr 1: Evoluția trimestrială a cheltuielilor BASS – mii lei-

	TRIM I	TRIM II	TRIM III	TRIM IV
2009	325157	340523	345185	342554
2010	351160	356651	352024	356567
2011	362687	369473	366097	368744
2012	362388	364581	364412	365624

t	Yt
1	325157
2	340523
3	345185
4	342554
5	351160
6	356651
7	352024
8	356567
9	362687
10	369473
11	366097
12	368744
13	362388
14	364581
15	364412
16	365624



Din graficul de mai sus se observă caracterul sezonier al datelor, fapt pentru care voi calcula mediile mobile de lungime 4, după relația:

$$y_{4TMM} = \frac{y_1 + y_2 + y_3 + y_4 + \frac{y_5}{2}}{4}$$

Tabelul nr. 4 Calculul mediilor mobile

Anul	Trimestrul	Perioada (t)	y _t	Y _{tTMM}
0	1	2	3	4
2009	I	1	325157	—
	II	2	340523	—
	III	3	345185	341605.125
	IV	4	342554	346871.500
2010	I	5	351160	393745.300
	II	6	356651	352348.875
	III	7	352024	355541.375

	IV	8	356567	358585.000
2011	I	9	362687	361946.875
	II	10	369473	365228.125
	III	11	366097	366712.875
	IV	12	368744	366069.000
2012	I	13	362388	365241.875
	II	14	364581	364641.25
	III	15	364412	—
	IV	16	365624	—

Media mobilă centrată este:

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{325157}{2} + 340523 + 345185 + 342554 + \frac{351160}{2}}{4} = 341605.125$$

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{340523}{2} + 345185 + 342554 + 351160 + \frac{356651}{2}}{4} = 346871.500$$

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{345185}{2} + 342554 + 351160 + 356651 + \frac{352024}{2}}{4} = 393745.300$$

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{342554}{2} + 351160 + 356651 + 352024 + \frac{356567}{2}}{4} = 352348.875$$

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{351160}{2} + 356651 + 3522024 + 356567 + \frac{362687}{2}}{4} = 355541.375$$

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{356651}{2} + 352024 + 356567 + 362687 + \frac{369473}{2}}{4} = 358585.000$$

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{352024}{2} + 356567 + 362687 + 369473 + \frac{366097}{2}}{4} = 361946.875$$

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{356567}{2} + 362687 + 369473 + 3660697 + \frac{368744}{2}}{4} = 365228.125$$

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{362687}{2} + 369473 + 366097 + 368744 + \frac{362388}{2}}{4} = 366712.875$$

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{369473}{2} + 3660697 + 368744 + 362388 + \frac{364581}{2}}{4} = 366069.000$$

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{3660697}{2} + 368744 + 362388 + 364581 + \frac{364412}{2}}{4} = 365241.875$$

$${}_{4TMM} = \frac{\frac{368744}{2} + 362388 + 364581 + 364412 + \frac{365624}{2}}{4} = 364641.250$$

Tabelul nr. 5 Tendinta

	TRIM I	TRIM II	TRIM III	TRIM IV
2009	—	—	341605.125	346871.500
2010	393745.300	352348.875	355541.375	358585.000
2011	361946.875	365228.125	366712.875	366069.000
2012	365241.875	364641.250	—	—

Tendinta lineara este de forma:

$$F_{ij} = a_0 + a_{1t}$$

unde $t = p(i-1) + j$, $i = 1, 2, \dots, N$; $j = 1, 2, \dots, p$

În situația pe care o prezint, $p = 4$ trimestre și $N = 4$ ani.

Așadar, pentru trimestrul I, anul 2, $j = 1$ și $i = 2$ (ca și exemplu de calcul)

$$t = 4 * (2 - 1) + 1 = 5$$

Creșterea medie, că tendința de la un semestru la altul este:

$$a_1 = (364\,641,250 - 341\,605,125) / 11 = 2094,19$$

Aceasta înseamnă că valoarea estimată a tendinței pentru anul 1 trimestrul 1 este:

$$f_{11,1} = f_{10,2} + 3 \cdot 1772 = 364\,641,250 + 3 \cdot 2094,19 = 370923,82$$

$$f_{11,2} = f_{11,1} + 1772 = 370923,82 + 2094,19 = 373018,01$$

$$f_{11,3} = f_{11,2} + 1772 = 373018,01 + 2094,19 = 375112,2$$

$$f_{11,4} = f_{11,3} + 1772 = 375112,2 + 2094,19 = 377206,39$$

Tabelul nr. 6 Tendința din anul 2012 prognoza tendinței – anul 2013

Anul	Trimestrul	Perioada (t)	Date inregistrate y_t	Prognoza tendinței f_t
0	1	2	3	4
2012	I	13	362388	365241.875
	II	14	364581	364641.25
	III	15	364412	365124.102
	IV	16	365624	365421.574
2013	I	17	-	370923,82
	II	18	-	373018,01
	III	19	-	375112,2
	IV	20	-	377206,39

Caracterizarea statistică a seriilor cronologice cu componentă sezonieră

O serie cronologică ce conține și efectul sezonier se prezintă:

$$y_t = y_{tT} + y_{tS} + y_{tR}$$

Variațiile sezoniere pot să apară în interiorul unui an sau chiar al unui interval mai scurt de timp, cum ar fi luna, săptămâna sau ziua.

Pentru a măsura efectul sezonier putem determina devieri sezoniere sau indici de sezonaliitate.

Indicii de sezonaliitate măsoară, în medie, de câte ori se abate variabila, în fiecare sezon, de la trend, iau valori supraunitare sau subunitare, astfel încât produsul lor este egal cu 1.

Tabelul nr. 7 Calculul mediilor mobile și a efectului sezonier

Anul	Trimes trul	Perioada (t)	y_t	Y_{tTMM}	$y_t - Y_{tT} = y_{tS} + y_{tR}$
0	1	2	3	4	
2009	I	1	325157	—	—
	II	2	340523	—	—
	III	3	345185	341605.125	3579.875
	IV	4	342554	346871.500	-4317.500
2010	I	5	351160	393745.300	-42585.3
	II	6	356651	352348.875	4302.125
	III	7	352024	355541.375	-3517.375
	IV	8	356567	358585.000	-2018
2011	I	9	362687	361946.875	740.125

	II	10	369473	365228.125	4244.875
	III	11	366097	366712.875	-615.875
	IV	12	368744	366069.000	2675
2012	I	13	362388	365241.875	-2853.875
	II	14	364581	364641.25	-60.25
	III	15	364412	—	—
	IV	16	365624	—	—

Tabelul nr. 8 Determinarea coeficientului de sezonaliitate

Anii	Trimestrul				Suma
	I	II	III	IV	
0	1	2	3	4	5
2009	—	—	3579.875	-4317.500	—
2010	-42585.3	4302.125	-3517.375	-2018	—
2011	740.125	4244.875	-615.875	2675	—
2012	-2853.875	-60.25	—	—	—
Media	-44699.05	8486.75	-553.375	-3660.5	-40426.175
Coeficientul de sezonaliitate	-41330	11856	2815	-292	

Pentru fiecare sezon vom determina media abaterilor:

$$\text{— pentru trimestrul I: } \frac{-42585.3 + 740.125 + (-2853.875)}{3} = -14899.683;$$

$$\text{— pentru trimestrul II: } \frac{4302.125 + 4244.875 + (-60.25)}{3} = 2828.9166;$$

$$\text{— pentru trimestrul III: } \frac{3579.875 + (-3517.375) + (-615.875)}{3} = -184.458;$$

$$\text{— pentru trimestrul IV: } \frac{-4317.500 + (-2018) + 2675}{3} = -1220.166.$$

Devierile sezoniere în trimestrele I și III și IV sunt negative (niveluri sub trend), iar trimestrul II este pozitiv (vârf de activitate).

Cum suma acestor medii ale abaterilor este diferită de zero

$$\sum_{k=1}^4 y_{Sk} = -14899.683 + 2828.9166 + (-184.458) + (-1220.166) = -13475.4$$

$$\text{vom ajusta me-diile calculate cu valoarea } \frac{-13475.4}{4} = -3368.85, \text{ obținând devieri}$$

sezoniere, astfel:

$$y_{S1} = -44699.05 - (-3368.85) = -41330.2 \approx -41330$$

$$y_{S2} = 8486.75 - (-3368.85) = 11855.6 \approx 11856$$

$$y_{S3} = -553.375 - (-3368.85) = 2815.475 \approx 2815$$

$$y_{s4} = -3660.5 - (-3368.85) = -291.65 \approx -292$$

Rezultatele ne arată că factorul sezonier deviază valoarea cheltuielilor în trimestrul I cu 41330 mii lei și în trimestrul IV cu 292 lei sub linia de trend, iar în trimestrele II și III cu 11856, respectiv, cu 2815 lei peste tendința de lungă durată.

Tabelul nr. 9 Coeficientul de sezonalitate pe trimestre

Trimestrul	Coeficientul de sezonalitate
I	-41330
II	11856
III	2815
IV	-292

Pentru prognoza, corectăm tendința cu sezonalitatea: $Y_{ij} = f_{ij} + S_j$

Pentru anul 2013, prognoza va fi:

Tabelul nr. 10 PROGNOZA

Anul	Trimestrul	Perioada (t)	Date inregistrate y_t	Prognoza tendinței f_t	Coeficientul de sezonalitate	Prognoza
0	1	2	3	4	5	6
2012	I	13	362388	365241.875	-41330	
	II	14	364581	364641.25	11856	
	III	15	364412	365124.102	2815	
	IV	16	365624	365421.574	-292	
2013	I	17	-	370923,82	-41330	329593,82
	II	18	-	373018,01	11856	384874,01
	III	19	-	375112,2	2815	377927,2
	IV	20	-	377206,39	-292	376914,39

După cum se poate observa din tabelul de mai sus, evoluția cheltuielilor este una fluctuantă.

Se prognozează o creștere a cheltuielilor bugetului asigurărilor sociale de stat, creștere ce poate fi determinată de indexarea anuală și de creșterea numărului beneficiarilor de indemnizații de asigurări sociale. Această creștere poate fi considerată un efect al recesiunii economice care continuă să afecteze economia României și nu numai. Am ales să fac aceasta specificație, bazându-mă pe rata șomajului din România, și pe creșterea numărului de disponibilizări. Această creștere este mai accentuată în trimestrele II și III ale anului 2013, și în trimestrul IV se așteaptă o scădere a acestor cheltuieli.

Un număr mai mare de șomeri înseamnă pe lângă alte aspecte negative și creșterea cheltuielilor cu indemnizațiile de șomaj. Totodată, s-a declarat că în anul 2013 nu se va acorda credite avantajoase, prevăzute de art 86 din Legea nr. 76/2002 (crearea de noi locuri de muncă prin înființarea sau dezvoltarea de întreprinderi mici și mijlocii, unități cooperatiste, asociații familiale, precum și activități independente desfășurate de persoane fizice autorizate), respectiv fonduri nerambursabile prevăzute la art 861 din Legea nr. 76/2002 (crearea de noi locuri de muncă pentru șomeri, pentru care se acorda, din bugetul asigurărilor pentru șomaj, de la capitolul "Împrumuturi", fonduri nerambursabile).

Referințe bibliografice:

- Jula D., Jula N., 1999, Economie Sectoriala, Editura Didactica si Pedagogica, Bucuresti
- Dorin Jula, Nicolae-Marius Jula, Prognoza economica, Editura Mustang, Bucuresti 2012
- I.Kant, Ideea unei istorii universale, traducere de T. Braileanu, Bucuresti 1950
- Jula N., Jula D, Modelare economica. Modele econometrie si de optimizare, Editura Mustang, Bucuresti 2010
- Delia Popescu. Procesul decizional în întreprinderile mici si mijlocii, Ed. Economica, Bucuresti, 2001, p.45-58;
- Nicolae Bebea, Metode pentru rezolvarea problemelor de optimizare, Ed. Didactica si pedagogica, Bucuresti, 1978, p.5-169.
- Casa de Comert si Industrie a Municipiului Bucuresti
- www.mediafax.ro

CRITERIILE DE CONVERGENȚĂ PENTRU ADERAREA LA ZONA EURO IN LUMINA TRATATULUI DE LA MAASTRICHT. CAZUL ROMÂNIEI

Mihaela Georgiana BĂDICĂ*

Abstract

Orice stat membru al Uniunii Europene care îndeplinește criteriile de convergență poate adera la zona Euro și nu există o limită prestabilită în ceea ce privește numărul de țări care pot fi integrate în această zonă. Criteriile monetare de convergență se referă la rata inflației, dobânda pe termen lung și rata de schimb. Cele trei criterii de convergență de natură monetară se sprijină, în primul rând, pe inflație, ceea ce denotă scopul principal al armonizării politicilor monetare, în scopul menținerii stabilității prețurilor. Criteriile bugetare de convergență se referă la deficite și datorie publică, dar și la dreptul seniorial. Principalele obiective vizate prin criteriile de convergență sunt asigurarea faptului că fiecare țară este responsabilă din punct de vedere fiscal și că țările participante vor aplica aceeași politică monetară.

Cuvinte cheie: *euro, convergență nominală, convergență reală.*

1. Introducere

Pregătirea oricărui stat membru al Uniunii Europene pentru a pătrunde în zona Euro presupune și un susținut efort de modificare și adaptare a cadrului normativ.

Orice stat membru al Uniunii Europene care îndeplinește criteriile de convergență poate adera la zona Euro și nu există o limită prestabilită în ceea ce privește numărul de țări care pot fi integrate în această zonă. Criteriile monetare de convergență se referă la rata inflației, dobânda pe termen lung și rata de schimb. Cele trei criterii de convergență de natură monetară se sprijină, în primul rând, pe inflație, ceea ce denotă scopul principal al armonizării politicilor monetare, în scopul menținerii stabilității prețurilor. Criteriile bugetare de convergență se referă la deficite și datorie publică, dar și la dreptul seniorial.

Principalele obiective vizate prin criteriile de convergență sunt asigurarea faptului că fiecare țară este responsabilă din punct de vedere fiscal și că țările participante sunt vor aplica aceeași politică monetară. Statele membre ale zonei euro au realizat eforturi impresionante pentru respectarea criteriilor de convergență, cum ar fi reducerea bugetului fiscal, inovarea în domeniul contabilității și utilizarea instrumentelor legislative pentru dezideratul monedei unice.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Pentru a se garanta faptul că numai statele care au atins stabilitatea monetară pot participa la euro, Tratatul de la Maastricht prevedea ca intrarea în etapa a III-a a UEM să poată fi făcută numai de state ale căror economii și politici economice vor converge în mod considerabil și durabil. Din acest punct de vedere se pot distinge convergența reală și convergența nominală.

* Masterand, Facultatea de Științe Economice, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: mihaelageorgianabadica@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. dr. Mihaela Sudacevschi (m.sudacevschi@yahoo.com).

Convergența reală

Desemnează apropierea nivelurilor de viață în materie de venit și productivitate în cadrul unei zone sau atenuarea diferențelor structurale care influențează competitivitatea țării. Conform Tratatului de la Maastricht, convergența reală ar desemna „procesul de lungă durată al reducerii disparităților între nivelurile de viață, care constituie un obiectiv fundamental al Comunității”, făcând trimitere la nivelurile de dezvoltare economică și socială.

Pe termen lung, nivelul PIB-urilor pe cap de locuitor în țările membre ale Uniunii s-au apropiat sensibil, țările mai puțin dezvoltate înregistrând o creștere mai rapidă decât „cele bogate”. Totuși, contribuția specifică a procesului de integrare europeană la această convergență e departe de a fi evidentă: în cea mai mare parte a cazurilor, de fapt, apropierea nivelurilor de trai a fost mai pronunțată înainte de aderare decât după. La fel, evoluțiile recente par să indice că o convergență nominală forțată e însoțită de o încetinire generală a creșterii, care nu favorizează recuperarea de către țările mai puțin dezvoltate, chiar dacă o creștere considerabilă a transferurilor cu titlu de fonduri structurale a putut avea efecte benefice.

Convergența nominală

Convergența nominală privește evoluția variabilelor de costuri și prețuri și a determinantilor lor profunzi (rata dobânzilor, cursul de schimb, deficitul bugetar, datoria publică).

Criteriile înscrise în tratatul de la Maastricht, vizează convergența nominală a țărilor UE, această convergență urmând a fi apreciată pentru fiecare țară de Consiliul European înainte de a se trece la etapa a treia a UEM:

1. Realizarea unui grad ridicat de stabilitate a prețurilor - înseamnă că un stat membru are o stabilitate durabilă a nivelului prețurilor și o rată medie a inflației, în cursul unei perioade de un an înaintea examinării, care nu poate depăși cu mai mult de 1,5 % rata inflației a cel mult trei state membre care au înregistrat cele mai bune rezultate în domeniul stabilității prețurilor. Inflația se calculează cu ajutorul indicelui prețurilor de consum pe o bază comparabilă, ținând seama de diferențele dintre definițiile naționale; inflația (evaluată pe baza evoluției prețurilor bunurilor de consum);

2. Caracterul suportabil al situației finanțelor publice; respectarea acestui criteriu este apreciată pornind de la două valori de referință; deficitul public prevăzut sau efectiv nu trebuie să fie mai mare de 3% din PIB al respectivei țări și datoria publică să nu fie mai mare de 60% din același indicator;

3. Respectarea marjelor normale de fluctuație prevăzute prin mecanismul ratelor de schimb al SME cel puțin timp de doi ani, fără devalorizarea monedei în raport cu aceea a unui alt stat membru. Aceasta înseamnă că un stat membru a respectat marjele normale de fluctuație prevăzute de mecanismul cursului de schimb al Sistemului Monetar European, fără să cunoască tensiuni grave cel puțin pe parcursul ultimilor doi ani dinaintea examinării. În special, statul membru nu a devalorizat din proprie inițiativă cursul de schimb central bilateral al monedei sale în raport cu euro pentru aceeași perioadă;

Moneda națională trebuie să participe pentru cel puțin doi ani în Mecanismul Cursului de Schimb II (MCS II), unde trebuie să aibă o fluctuație normală, fără să se devalorizeze în principal față de euro sau față de o altă monedă a unui stat membru al UE. În protocol se menționează că fluctuațiile monedei naționale trebuie să se încadreze într-un interval de oscilație impus, fără ca acest fapt să cauzeze tensiuni, pe o perioadă de minim doi ani înainte de evaluare. În plus, nu le este permis participanților să își devalorizeze intenționat moneda în perioada în care aceasta participă la MCS II.

4. Caracterul durabil al convergenței atinse de către respectiva țară membră în condițiile participării sale la mecanismul cursurilor de schimb ale SME, reflectate prin nivelurile ratei dobânzii pe termen lung. Astfel, în cursul unei perioade de un an înaintea examinării, înseamnă că un stat

membru a avut o rată a dobânzii nominală medie pe termen lung care nu poate depăși cu mai mult de 2 % pe aceea a cel mult trei state membre care au înregistrat cele mai bune rezultate în domeniul stabilității prețurilor. Ratele dobânzilor sunt calculate pe baza obligațiunilor de stat pe termen lung sau a unor titluri comparabile, ținând seama de diferențele dintre definițiile naționale.

Mecanismul Cursului de Schimb II (MCS II)

Conform raportului de presă emis de BCE în 24 iunie 2004, MCS II a fost introdus la 1 ianuarie 1999, având ca scop să realizeze o legătură între euro și monedele naționale ale statelor din afara zonei euro. Participarea la MCS II reprezintă unul dintre criteriile de convergență nominală pe care statele noi membre trebuie să le îndeplinească pentru a putea adopta euro.

Pentru fiecare țară participantă, în momentul intrării în MCS II, se stabilește o paritate oficială în raport cu euro pentru moneda sa națională și se definește un interval de fluctuație a cursului valutar (inițial de $\pm 15\%$) față de paritatea oficială.

În stabilirea parității, euro este moneda de referință, adică pentru fiecare monedă se stabilește cursul valutar al unui euro cu șase cifre semnificative. La fel, se calculează și limitele - inferioară și superioară - a intervalului de fluctuație ca fiind cursul valutar al unui euro $\pm 15\%$, rotunjit la șase cifre semnificative.

În alegerea parității de schimb se poate opta pentru mai multe valori, însă este foarte important să se aleagă „paritatea corectă”. Alegerea unei parități mai reduse (supraapreciere a monedei naționale) încetinește creșterea economică, datorită faptului că reduce competitivitatea produselor noilor membri față de cele ale vechilor membri. În plus, pot să apară situații de creștere a șomajului. Pe de altă parte, alegerea unei parități mai ridicate (subapreciere a monedei naționale) va determina o încălzire a economiei: creșterea cererii pentru moneda națională va determina un grad mai ridicat de lichiditate, costul importurilor va crește, situație în care pericolul creșterii inflației este iminent.

Referitor la rolul pe care-l îndeplinește MCS II există păreri diferite. UE îl consideră ca fiind un cadru de testare pentru economiile țărilor care doresc să adopte euro. Păstrarea cursului valutar în interiorul intervalului de oscilație demonstrează consistența politicilor economice implementate de noile state membre, precum și alegerea potrivită a parității de schimb folosite. În plus, MCS II ar ajuta unele țări în pregătirile lor pentru adoptarea euro, stimulând convergența reală și nominală dintre economiile lor și economia zonei euro. Acest regim de politică monetară caracterizat printr-un grad ridicat de disciplină, ghidează așteptările pieței către un curs valutar stabil, reducând riscul apariției fluctuațiilor. Libertatea de oscilație a cursului în cadrul unui anumit interval conferă acestei strategii și un grad acceptabil de flexibilitate.

Participarea la MCS II pentru o perioadă de cel puțin doi ani înainte de adoptarea euro este în cel mai bun caz irelevantă pentru succesul adoptării euro. Mai mult, acest sistem expune economiile noilor membri unor potențiale fluxuri speculative de capital, unei volatilități ridicate a cursului de schimb și unei instabilități financiare.

Adoptarea MCS II nu impune riscuri serioase țărilor candidate la adoptarea euro, riscurile la care sunt supuse ca nefiind atât de ridicate, însă nici nu le aduce beneficii deosebite.

Intrarea în MCS II fără existența unor politici economice corespunzătoare poate fi riscantă, în timp ce rămânerea în acest mecanism pentru mai mult timp decât este necesar întârzie obținerea beneficiilor calității de membru a zonei euro.

Cazul României

România a intrat în Europa cu un nivel de dezvoltare economică puțin peste o treime din media Europeană și cu circa 30% din populație angajată în agricultura de subsistență. Așteptările ca intrarea în Europa va vindeca miraculos toate înapoierile istorice și ale ingineriei impuse cu forța în

perioada comunistă sunt încă neîmplinite. Cu toate acestea aderarea la Uniune nu este „sfârșitul istoriei” ci deschiderea unei oportunități de dezvoltare fără precedent, a cărei valorificare depinde însă în mare măsură de autoritățile și de societatea românească.

Criteriile de aderare la zona euro sunt considerate ca reprezentând o constrângere suplimentară pentru conduita de politică monetară a noilor state membre UE, deoarece este imperios necesar ca îndeplinirea criteriilor de la Maastricht să se realizeze fără a se pune în pericol convergența reală. Din acest motiv consider o provocare pentru România cerința de a participa la ERM II¹ pe o perioadă de cel puțin doi.

Ținând seama de riscurile implicate, intrarea în ERM II trebuie pregătită minuțios, participarea la acest mecanism fiind obligatorie. Se are, astfel, în vedere o perioadă de ajustare dintre momentul aderării la UE și cel al începerii participării la ERM II, perioadă considerată necesară unei implementări fezabile a monedei unice. Sunt astfel vizate: consolidarea pieței financiare interne pe termen lung; stabilitatea relativă a cursului de schimb; finalizarea celei mai mari părți a reformelor structurale și flexibilizarea în continuare a pieței forței de muncă; atingerea unor rate sustenabile ale inflației compatibile cu criteriul specific de la Maastricht; sincronizarea în continuare a ciclului de afaceri al economiei naționale cu cel al zonei euro și menținerea progresului înregistrat în convergența reală.

În concluzie, spre deosebire de convergența reală, convergența nominală este definită de tratate și are în vedere următoarele variabile clare: deficitul bugetar (max. 3% din PIB), datoria publică (max. 60% din PIB), inflația (max. 1.5% mai mare față de media primelor 3 țări cu cea mai bună inflație), dobânda pe termen lung (max. 2% mai mare față de media primelor țări cu cea mai bună inflație) și stabilitatea cursului de schimb (dovedită pentru o perioadă de cel puțin 2 ani înainte de adoptarea monedei unice printr-un curs stabil față de Euro menținut într-o bandă de variație de +/- 15% fără intervenție din partea băncii centrale.

Convergența reală nu este definită de tratate și are în vedere gradul de dezvoltare și de apropiere a unei țări de performanțele economice ale zonei Euro.

Indicatori de Convergență

INDICATORI DE CONVERGENȚĂ	ROMÂNIA 2008	ROMÂNIA 2009	ROMÂNIA 2010
Rata inflației (IAPC) -medie anuală	7.9	5.6	5.0
Deficitul administrațiilor publice	-5.4	-8.3	-8.0
Datoria publică brută	13.3	23.7	30.5

¹ ERM II - Mecanismul Cursului de Schimb II (MCS II)

Cursul de schimb față de euro	-10.4	-15.1	2.9
Rata dobânzii pe termen lung (% pe an)	7.7	9.7	9.4

Sursa- Comisia Europeană (Eurostat) și BCE.

În perioada de referință aprilie 2009 – martie 2010, rata medie anuală a inflației IAPC înregistrată de România s-a situat la 5,0%, nivel net superior valorii de referință de 1,0% corespunzătoare criteriului privind stabilitatea prețurilor.

Analiza retrospectivă pe o perioadă mai îndelungată arată că, în România, inflația măsurată prin prețurile de consum s-a poziționat pe un trend clar descendent, dar a rămas totuși ridicată, la o valoare medie de aproximativ 5,6% în anul 2009. Evoluția inflației pe parcursul ultimului deceniu trebuie analizată în contextul unei creșteri robuste a PIB până la jumătatea anului 2008, urmată de un declin puternic al activității economice. Majorarea câștigurilor salariale a depășit dinamica productivității, ceea ce a alimentat creșterea costului unitar cu forța de muncă și presiunile de supraîncălzire, conducând la erodarea competitivității. În cursul

anului 2008 însă, tendința observată la nivelul inflației IAPC s-a inversat, în principal datorită scăderii prețurilor alimentelor și energiei, urmată de un declin puternic al activității economice începând cu finele anului 2008. Analizând evoluțiile recente, inflația IAPC s-a accelerat la finele anului 2009, urcând până la 5,2% în luna ianuarie 2010 și ulterior scăzând la 4,2% în luna martie 2010. Această creștere temporară s-a datorat îndeosebi majorării accizelor la produsele din tutun. În pofida declinului semnificativ al activității economice, inflația a avut un caracter deosebit de persistent, reflectând rigiditățile marcante pe piața bunurilor și serviciilor și pe cea a forței de muncă, precum și creșterea puternică, deși într-un ritm mai lent, a costului unitar cu forța de muncă.

În prezent, România face obiectul unei decizii a Consiliului UE privind existența deficitului excesiv. În anul de referință 2009, România a înregistrat un deficit bugetar de 8,3% din PIB, valoare mult superioară celei de referință de 3%. Ponderea datoriei publice brute în PIB s-a situat la 23,7%, fiind net inferioară valorii de referință de 60%. În privința altor indicatori fiscali, ponderea deficitului a depășit ponderea investițiilor publice în PIB în anul 2009. Conform documentului Sustainability Report 2009 publicat de Comisia Europeană, România confruntă riscuri majore în ceea ce privește sustenabilitatea finanțelor publice, fiind necesare măsuri suplimentare de consolidare fiscală pentru realizarea obiectivului bugetar pe termen mediu prevăzut în Pactul de stabilitate și creștere, care este cuantificat în programul de convergență ca deficit bugetar ajustat ciclic, excluzând măsurile temporare și conjuncturale, de 0,7% din PIB.

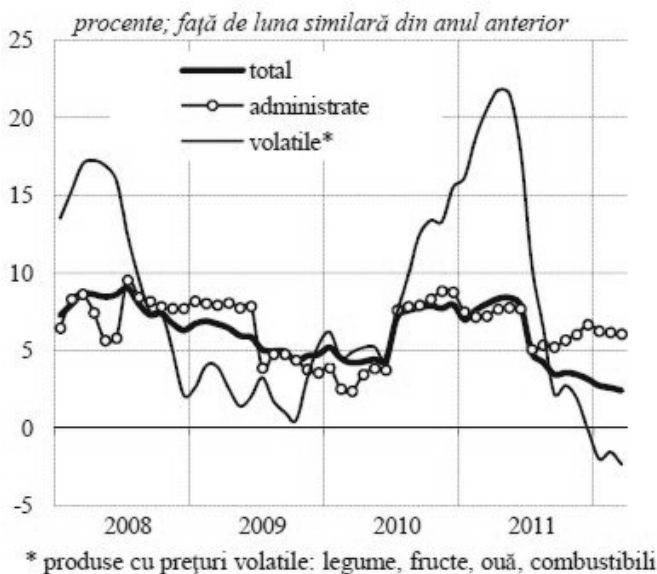
În perioada de referință de doi ani, leul românesc nu a participat la MCS II, fiind tranzacționat în condițiile unui regim de curs de schimb flexibil. Leul a consemnat o depreciere substanțială în raport cu euro în intervalul cuprins între jumătatea anului 2008 și primele luni ale anului 2009, pentru ca ulterior să se redreseze ușor.

Acordul multilateral de finanțare externă derulat sub coordonarea UE și FMI a contribuit, în ultima parte a lunii martie 2009, la atenuarea presiunilor de depreciere resimțite de moneda românească. Cursul de schimb al leului față de euro a cunoscut un grad înalt de volatilitate până în primele luni ale anului 2009, apoi aceasta s-a diminuat, iar diferențialele de dobândă pe termen scurt față de rata dobânzii EURIBOR la trei luni s-au menținut la un nivel ridicat (aproximativ 9,1 puncte procentuale) pe parcursul ultimilor doi ani. În luna martie 2010, cursul de schimb real al leului

românesc – atât cel bilateral față de euro efectiv, cât și cel efectiv – a depășit ușor mediile istorice corespunzătoare din ultimii zece ani. România a înregistrat o majorare treptată a deficitului contului curent și de capital al balanței de plăți, a cărui pondere în PIB a sporit de la 3,1% în anul 2002 până la niveluri foarte ridicate, de 12,8% din PIB, în anul 2007. Ca urmare a comprimării accentuate a cererii interne, ceea ce a condus la scăderea importurilor, deficitul contului curent și de capital s-a redus semnificativ, de la 11,1% din PIB în anul 2008 la 4,0% din PIB în anul 2009. Poziția investițională internațională netă a României s-a deteriorat considerabil, de la -26,9% din PIB în anul 2000 la -61,9% din PIB în anul 2009.

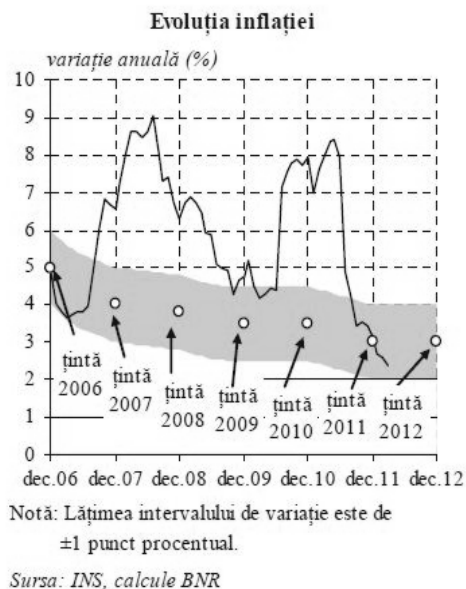
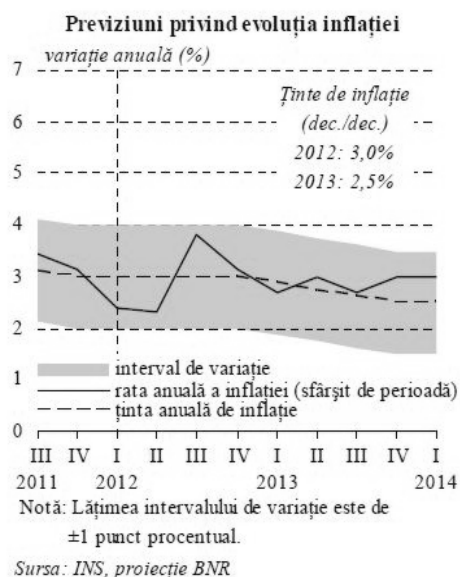
În perioada de referință aprilie 2009 – martie 2010, ratele dobânzilor pe termen lung s-au situat, în medie, la 9,4%, valoare net superioară celei de referință corespunzătoare criteriului de convergență privind ratele dobânzilor. În ultimii ani, ratele dobânzilor pe termen lung din România au cunoscut o creștere accentuată în contextul unor niveluri ridicate ale aversunii investitorilor față de risc și al incertitudinilor referitoare la perspectivele economiei. Recent, acești indicatori s-au înscris pe un trend descrescător, dar au continuat să se plaseze la niveluri relativ înalte, iar rata dobânzii pe termen lung asociată obligațiunilor emise de statul român a fost de 7,1% în luna martie 2010.

Prețurile de consum al populației



Sursa: INS, calcule BNR

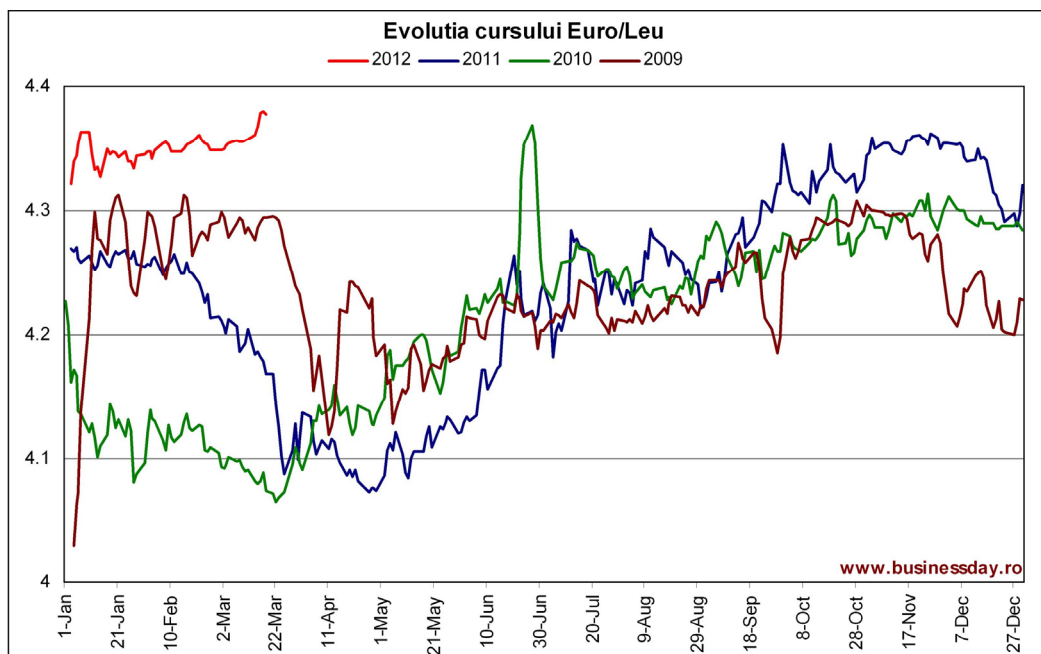
Rata anuală a inflației și-a menținut tendința descendentă și în luna martie 2010, coborând până la 2,4 la sută (-0,2 puncte procentuale), datorită în mare parte efectului de bază asociat șocurilor care s-au manifestat la nivelul prețurilor volatile în prima parte a anului trecut. Din perspectiva evoluțiilor curente însă, s-au consemnat presiuni în creștere atât pe componenta combustibililor (pe fondul traiectoriei ascendente a prețului țițeiului pe piețele externe), cât și pe cea a prețurilor volatile alimentare.



Pe parcursul trimestrului I 2012, rata anuală a inflației și-a continuat tendința pronunțată descendentă, atingând la sfârșitul lunii martie un nou minim istoric (2,40 la sută față de 3,14 la sută la finele lunii decembrie 2011). Scăderea ratei inflației sub punctul central al țintei stabilite pentru anul în curs (3 la sută ± 1 punct procentual) s-a datorat efectului de bază favorabil asociat șocurilor manifestate asupra prețurilor alimentelor și combustibililor în prima parte a anului trecut, dar și persistenței deficitului de cerere. Acesta a avut rolul de a atenua parțial presiunile inflaționiste din partea prețurilor de import sau a costurilor sporite antrenate de condițiile meteorologice nefavorabile.

Proiecția macroeconomică actualizată a prevăzut situarea ratei anuale a inflației la valoarea de 3,2 la sută la sfârșitul anului 2012 și la valoarea de 3,0 la sută la finele anului 2013. Valorile sunt proiectate pe o traiectorie plasată pe parcursul întregii perioade de referință în interiorul intervalului de variație de ± 1 punct procentual din jurul țintei centrale¹.

¹ Ținta de inflație a fost stabilită la valoarea de 3,0 la sută pentru sfârșitul anului 2012 și la 2,5 la sută pentru finele anului 2013.



Dupa cum se poate observa in grafic, in primele luni din 2009, 2010 si 2011, leul a avut o tendinta de apreciere, insa in 2012, trendul a fost exact invers.

De asemenea, in perioada 2009-2011 leul a avut o tendinta de depreciere in a doua parte a anului, iar daca istoria se repeta si in 2012, tendinta era ca pana in toamna anului 2012 leul sa mai piarda 2-3% si sa ajunga astfel aproape de 4,5 lei/euro, situatie care nu s-a intamplat, fiind 4.42 lei/euro.

Crearea unui mediu favorabil convergenței sustenabile în România necesită, printre altele, o politică monetară orientată către stabilitate și implementarea strictă a planurilor de consolidare fiscală.

România este stat membru cu derogare și, în consecință, trebuie să respecte toate cerințele de aliniere prevăzute în articolul 131 din Tratat.

Atâta timp cât România se află în afara Zonei Euro integrarea ei economică în Piața Unică nu este perfectă și produce costuri pentru noi. Convergența nominală este fundamentală și aceea trebuie îndeplinită cu precădere însă acest lucru nu se poate face fără o convergență reală clară (stabilitatea macroeconomică derivă din forța economiei private). Chiar dacă nici în momentul de față între diferitele regiuni de dezvoltare din România nu există o convergență reală dar există o monedă unică (ceea ce arată că nu ar fi o problemă neapărat dacă ne integrăm fără să fim și performanți economic), rigorile monetare impuse în Zona Euro (mult mai puțină inflație și discreționabilitate în utilizarea pârghiilor monetare) fac imposibilă rezistarea în această grupare fără a avea probleme (deficite mai mari, datoriile publice mari).

România îndeplinește la finalul anului 2012 două din cele trei criterii de convergență nominală. Responsabilitatea pentru aceste criterii revine Guvernului (pentru deficit și datorie publică) și Băncii Centrale (pentru inflație, dobândă pe termen lung și curs de schimb). Acest lucru nu stă însă chiar așa: banca centrală, stabilind faptul că singurele instrumente care sunt fără risc pentru băncile comerciale sunt titlurile de stat, obligă practic aceste instituții să participe în masă la emisiunile pe

care le face Guvernul prin Ministerul de Finanțe pe care apoi le acoperă indirect prin refinanțări cu dobândă scăzută. O bună parte din deficitul public și din datoria publică depinde de politica monetară a băncii centrale. Observăm că instituția cheie în procesul de convergență este Banca Centrală. De ea depinde în mare măsură atingerea sau ratarea acestor criterii.

3. Concluzii

Criteriile de convergență sunt legitime pentru că uniunea monetară nu poate funcționa fără o omogenitate inițială minimă. Intrarea în etapa a treia la sfârșitul anului 1997 ar fi însemnat un număr mai mic de participant la uniunea monetară, și, în consecință, state ale Uniunii Europene care nu făceau parte din uniunea monetară – este vorba de așa-zisa Europa cu două viteze.

Pentru a se garanta faptul că numai statele care au atins stabilitatea monetară pot participa la euro, Tratatul de la Maastricht prevedea ca intrarea în etapa a III-a a UEM să poată fi făcută numai de state ale căror economii și politici economice vor converge în mod considerabil și durabil. Din acest punct de vedere se pot distinge convergența reală și convergența nominală.

Conform Băncii Centrale Europene (BCE), criteriile de convergență nominală se referă la evoluția: prețurilor, a politicii fiscale, a cursului valutar și a ratelor dobânzii.

MCS II a fost introdus la 1 ianuarie 1999, având ca scop să realizeze o legătură între euro și monedele naționale ale statelor din afara zonei euro. Participarea la MCS II reprezintă unul dintre criteriile de convergență nominală pe care statele noi membre trebuie să le îndeplinească pentru a putea adopta euro.

În cazul în care cursul valutar a înregistrat un nivel acceptabil de stabilitate în momentul intrării în MCS II, iar rata inflației se află la o valoare apropiată de valoarea cerută de criteriul de convergență, probabilitatea ca cele două obiective să intre în conflict este cea mai redusă.

În cazul României primul pas în adoptarea monedei euro se referă la analiza criteriilor de convergență ce trebuie îndeplinite de România în vederea aderării la Uniunea Economică și Monetară. De altfel, „România ar putea adopta moneda euro mai târziu decât a programat, în anul 2015, dar că trebuie să își consolideze politicile monetare și financiare pentru a intra pe drumul cel bun.

Pe lângă atingerea obiectivelor de convergență nominală, realizarea într-un timp scurt a convergenței reale reprezintă obiectivul către care ar fi indicat să se îndrepte politicile fiecărei țări.

Deci, pentru indicatorii care nu se încadrează în limitele prevăzute de Uniunea Europeană trebuie elaborate politici economice de ajustare ținând cont pe de o parte, de evoluția indicatorilor într-o anumită perioadă, și pe de altă parte de măsurile luate de celelate țări ale Zonei Euro, în procesul de adoptare a monedei euro.

Perioada dintre momentul aderării la Uniunea Economică și momentul intrării în mecanismul ERM II va trebui folosită cu înțelepciune pentru restructurarea economică și pentru realizarea unor programe de investiții, adoptarea de politici optime, de natură să reducă în cel mai scurt timp, decalajele între principalii indicatori macroeconomici ai României, care țin departe țara noastră de standardele actuale ale Uniunii Europene.

România va rata adoptarea monedei euro în 2014, deoarece nu se va realiza convergența reală minimă, devansând astfel trecerea la ERM II, și prin aceasta, trecerea la euro.

Referințe bibliografice

- Banca Centrală Europeană : <http://www.ecb.int/ecb/html/index.ro.html>;
- Olteanu Alexandru, Rădoi Mădalina - "Politici și strategii naționale și comunitare în domeniul financiar bancar", Ed. Dareco, București, 2007
- Olteanu Alexandru - "Management Bancar", Ed. Dareco, București, 2003.
- Banca Națională a României : <http://www.bnro.ro/>;
- <http://businessday.ro>.

DISTRIBUȚIA PRODUSELOR ȘI SERVICIILOR FINANCIAR-BANCARE

Andreea CIOCĂRLIE¹

Abstract

In view of marketing, physical distribution is very important in business banking and financial institutions, and in this context, the distribution network through which the actual physical distribution of financial products and banking have the main role in making the meeting between provider and client. Distribution network brings together all the resources and where, by combining their services are produced and delivered to consumers.

Cuvinte cheie: marketing, produse și servicii financiar bancare, rețea de distribuție.

1. Introducere

Tipologia canalelor de distribuție este suficient de vastă, precum: rețelele de sucursale și agenții, corespondența directă prin intermediul poștei(tradiționale, electronice), telemarketingul, rețeaua de bancomate (ATM), rețeaua de POS (EFTPOS), rețele electronice. Sectorul financiar bancar se remarcă prin specificitatea serviciilor. Caracteristicile serviciilor generează o multitudine de particularități privind distribuția în domeniul financiar-bancar.

Pentru vânzarea produselor bancare este necesară întâlnirea angajatului băncii respective cu clientul, iar aceasta presupune fie deplasarea clientului la locația fizică unde se află banca, fie prin utilizarea anumitor mijloace electronice care permit dialogul sau controlul de la distanță. Prin urmare, nu se poate vorbi de o distribuție fizică, ci de o distribuție în circuitul economic al serviciilor.

În domeniul financiar-bancar, canalul de distribuție poate fi tratat ca fiind itinerariul sau traseul pe care îl parcurge produsul/serviciul bancar până la client, utilizând mijloace fizice sau electronice. Dacă pentru bunurile materiale lungimea canalului este destul de variată (însă, de regulă, are două verigi intermediare), în cazul domeniului financiar-bancar, canalul de distribuție este unul scurt. Această lipsă a intermediarilor este explicabilă în principal datorită caracterului de inseparabilitate atribuit serviciilor.

2. Tipologia canalelor de distribuție în sfera serviciilor financiar-bancare

2.1 Canale de distribuție clasice

Serviciile bancare tradiționale, bazate pe atragerea depozitelor și acordarea de credite, reprezintă azi doar o parte din activitatea băncilor. Există mai multe modalități prin care clientul poate intra în contact cu banca și acestea pot contribui, individual sau combinate, la crearea mai multor canale de distribuție: față în față, cu ajutorul telefonului sau al internetului etc. Cele mai importante canale de distribuție tradiționale din sfera serviciilor financiar-bancare sunt:

a) *Centrala.* Deși majoritatea cercetătorilor de marketing nu o iau în considerare, Centrala este unul dintre cele mai importante canale de distribuție. Practic, de aici pornesc toate produsele și serviciile către subunități, inclusiv softurile de instalare a noilor programe informatice ce facilitează desfășurarea unor tranzacții (valutare, spre exemplu); tot aici sunt primiți și serviți marii clienți, în speță reprezentanții marilor corporații precum și partenerii de afaceri, pe baza colaborării lor realizându-se noi servicii sau produse bancare (cărți de credit personalizate, produse mixte și pachete de servicii). La nivelul Centralei se aprobă creditele de valori foarte mari și se desfășoară unele

¹ Student, Facultatea de Științe economice, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: bocelina1@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Mihaela Sudacevschi.

activități valutare speciale (operațiuni derivative, cele de acoperire a riscului valutar, cumpărări/vânzări de valută în volum mare de pe piețele financiare internaționale, etc.).

b) *Rețeaua de sucursale* presupune ca procesul de distribuție să se desfășoare prin tradiționalul ghîșeu bancar, având loc un contact direct între client și personalul de contact. Filialele și sucursalele tradiționale se adresează tuturor segmentelor de clienți, produsele distribuite fiind puțin diferențiate, gama de produse și servicii bancare oferită este însă completă: depozite, credite, carduri, schimb valutar, operațiuni de încasări și plăți.

c) *Rețeaua de centre corporate* reprezintă o creație relativ recentă în sistemul bancar românesc; ele au apărut ca urmare a faptului că, este mai rentabil, câteodată, de a se lucra doar cu clienții corporativi; personalul este mai eficient folosit.

d) *Agențiile* sunt amplasate, de obicei, în cartierele periferice și pot trimite clienții la sucursalele din centru sau chiar la sucursala județeană dacă este vorba de credite mai mari sau operațiuni speciale, dar se evită acest lucru, prin faptul că agenția trimite lucrarea mai departe, la un canal de distribuție superior, urmând ca, după o zi sau două, clientul să revină la unitățile băncii.

e) *Agențiile specializate* au în vedere acele unități de dimensiuni mai mici, care au fost deschise în interiorul unor clădiri guvernamentale sau parlamentare, în incinta universităților și facultăților ori în interiorul marilor supermarketuri sau hypermarketuri cu care fac afaceri.

f) *Unitățile selfbanking* constau în unități care dețin echipamente unde clienții își pot administra conturile oricând doresc. În cazul ING, în fiecare sediu ING Self Bank există echipamente de la care clienții pot retrage și depune numerar, dar și realizează alte tranzacții (plata facturilor). BRD Groupe Sociétés Générale a instalat în unitățile sale echipamentele ROBO, prevăzute cu cititoare de coduri de bare pentru plata facturilor sau rambursarea ratelor și cu funcția de alimentare a contului curent. Volksbank România a instalat bancomate multifuncționale, numite VB Cash-in. Clienții băncii pot face operațiuni de retragere numerar din contul curent, de depuneri în contul curent de lei sau euro în timp real și pot rambursa ratele lunare pentru creditele derulate prin Volksbank prin depuneri de lei sau euro, indiferent de valută în care a fost contractat creditul. Millennium Bank a îmbunătățit conceptul lansat de ING, lansând un singur terminal (ATM), de la care se pot efectua toate operațiunile: retragere și depunere de numerar, extrase de cont sau plăți de facturi.

g) *Centre specializate în credite ipotecare*. Scopul acestor centre este de a facilita legătura clienților băncii care contractează un credit ipotecar cu reprezentanții agențiilor imobiliare și a dezvoltatorilor imobiliari. Centrul de creditare pentru investiții imobiliare are două componente anume dedicate pe două categorii de activități: creditarea persoanelor fizice, respectiv administrarea relației de parteneriat cu companiile implicate în proiecte rezidențiale. Partea “vizibilă” a acestor Centre Imobiliare o constituie consilierii pentru investiții imobiliare dedicați servirii persoanelor fizice. Aceștia lucrează în anumite unități, în spații special delimitate și marcate distinct cu “Centrum imobiliar”. Consilierii acordă asistență specializată și sunt abilitați să administreze relația cu clientul în vederea acordării unui credit imobiliar sau ipotecar și a serviciilor asociate acestora.

h) *Cafeneaua bancară* este rezultatul parteneriatului dintre o cafenea (sau un lanț de cafenele) și o bancă, în sensul că, în incinta cafenelei respective își desfășoară activitatea un mini punct de informare bancară care oferă infomații, pliante și broșuri cu produsele și serviciile băncii respective și care pune la dispoziția clienților potențiali și reviste sau ziare de profil financiar – bancar (inclusiv asigurări). În prezent, la noi în țară mai funcționează o singură cafenea bancară - BT Café, în București, în incinta Băncii Transilvania, unde este și centrul regional al instituției.

i) *Poșta* reprezintă o altă modalitate de distribuție a produselor bancare și a instrumentelor de publicitate/promovare. În ultimii ani, una dintre băncile mari din România, Bancpost, a încheiat un acord de parteneriat prin care desfășoară unele activități bancare (de atragere de disponibilități, de plată a pensiilor și a alocațiilor și chiar de microcreditare) prin unitățile Poștei Române, reușind, în acest fel, să-și dubleze rețeaua națională de unități.

2.2 Canale de distribuție moderne

Ca răspuns la cerințele consumatorilor și pentru a fi cât mai flexibile, majoritatea companiilor prestatoare de servicii au în oferta lor modalități de distribuție variate, cum ar fi: livrarea serviciului la sediul companiei sau al consumatorului, prin intermediari sau prin canale de distribuție electronice

a) *Automatul bancar sau ATM-ul.* Este un depozit electromagnetic care permite utilizatorului autorizat, retragerea de numerar, solicitarea de informații privind situația contului personal, transferul de fonduri, formarea de dispoziții, acceptarea de depozite. Aceste mașini automate stradale apar pe perețele exterior al băncii (centrale, sucursalei), în supermarketuri sau aeroporturi sau la intersecția unor importante bulevarde, pe arterele comerciale și în campusurile universitare.

Pentru a avea acces la serviciile bancare, se inserează cardul în bancomat, după care se introduce Codul Personal de Identificare (PIN). Serviciile oferite de aceste automate includ:

- retrageri bănești — cash (inclusiv în alte valute decât cea în care este deschis contul în funcție de țara unde este amplasat automatul);
- soldul contului;
- solicitarea unei declarații (situația conturilor din bancă);
- cererea unui formular de cec;
- informații despre alte servicii oferite de bancă;
- plata creditelor și plata unor facturi;
- depuneri bancare;
- listarea câtorva din ultimile tranzacții din cont.

Retragerile sau depunerile bănești se pot face prin mai multe tipuri de conturi (curente, de economii, de depozite, etc). De obicei retragerile la un astfel de automat pot fi de 3-4000 de dolari pe zi, sau echivalentul lor în alte valute convertibile. Avantajul acestor automate a dus la micșorarea semnificativă atât a costurilor de procesare a operațiunilor bancare cât și a cheltuielilor cu personalul. Nu trebuie uitat rolul benefic asupra comportamentului clienților care nu mai au de așteptat la coadă la ghișeu ci operează imediat ei însăși (păstrându-și deci totalmente secretul operațiunilor) sau oricum după ce termină operațiunea o altă persoană.

b) *Terminale la punctele de vânzare (EFTPOS - Electronic Fund Transfer at Point of Sale).* Terminalul de plată POS este cel mai răspândit terminal de carduri. El este prezent de regulă la comercianți (magazine, hoteluri, restaurante) și permite plata cu card a mărfurilor sau serviciilor cumpărate de la aceștia.

Cea mai frecventă operațiune pentru care se utilizează POS-urile o reprezintă decontarea unor vânzări de bunuri sau servicii. Comerciantul are posibilitatea să încaseze direct în contul său deschis la o bancă comercială contravaloarea bunurilor sau serviciilor vândute, fără să aibă probleme cu manipularea numerarului. POS-urile montate la casierile băncilor permit retrageri de numerar. Aceste POS-uri joacă rolul unor bancomate, costul acestora fiind mult mai mică decât a unui automat bancar.

Retragerea de numerar utilizând POS-urile montate la casierie se consideră a fi mult mai sigure deoarece casiera are posibilitatea să verifice identitatea posesorului de card. În plus, majoritatea POS-urilor montate la casierii cer introducerea de PIN.

Terminalele de plată sunt de trei tipuri mari:

- de pus pe masă (countertop), la care legătura de telecomunicații cu banca se face de regulă prin telefonie fixă (dial-up, formează numărul) sau prin alte legături fixe (de exemplu cablu de rețea). Sunt terminalele obișnuite din magazine sau din agențiile bancare;
- portabile, la care legătura se face prin radio de la terminalul propriu-zis la o ”bază” fixă care, la rândul, ei este conectată la bancă în mod fix. Se folosesc în restaurante și în locurile care reclamă o mobilitate de mică distanță, în gama de 30-50 de metri;
- mobile, care au o legătură cu banca asigurată printr-o funcție de telefon mobil încorporat. Se folosesc în general pe mijloace de transport (camioane de livrat marfă – pentru a permite

comercianților să plătească pe loc, trenuri, avion) și oriunde (de exemplu pe o plajă, întrun stadion sau în chioșcuri) există acces la o rețea de telefonie mobilă. Sunt cele mai scumpe din cele trei tipuri.

c) *Automatele de schimb valutar (ASV)*. Au fost introduse în România de către Banca Comercială Română și Raiffeisen Bank. Prin ele, clientul poate schimba direct, la aparat, dolari americani, euro, lire sterline și franci elvețieni, în lei. Automatul afișează instrucțiuni în limbile română, engleză, franceză, germană și italiană și arată cursul de schimb, astfel încât clientul să cunoască suma exactă pe care o are de primit.

d) *Telephone Banking (telefonul ca terminal de plată cu carduri)*. Comenzile de cumpărături plătite cu card se pot da comerciantului și prin telefon. Deținătorul de card transmite prin telefon comerciantului comanda și datele de card (banca emitentă, tip de card, nume, număr card, dată de expirare). Comerciantul la rândul său telefonează băncii sale, care ia legătura electronic cu banca emitentă a cardului, pentru a verifica dacă plata se poate face (obține autorizarea). Această operație o poate face și de la un calculator personal al comerciantului, cuplat la Internet.

Facturile sau chitanțele se întocmesc de mână de către comerciant pe formulare pe care se înscrie și numărul de autorizare a tranzacției primit prin telefon de la banca comerciantului. Astfel de comenzi de produse plătite cu card poartă denumirea prescurtată de TO (Telephone Order), comenzi prin telefon.

e) *Internet Banking (servicii bancare accesate prin internet)*. Serviciul Internet Banking este un instrument comod de administrare a conturilor în maximă siguranță evitând deplasarea la sediile Băncii. Acesta permite accesarea de către clienți a conturilor curente 24 de ore din 24, 7 zile din 7, de pe orice computer conectat la internet. Serviciile bancare prin Internet pot fi accesate și prin dispozitivele de telefonie mobilă și cu ajutorul WAP (Wireless Application Protocol).

Serviciul Internet Banking permite clienților să acceseze de la distanța servicii bancare în baza unor elemente de securitate personalizate (user, parola, Digipass, cod PIN).

Pe baza drepturilor de utilizare prin serviciul Internet Banking pot fi efectuate următoarele tipuri de operațiuni: vizualizarea soldurilor conturilor curente, a depozitelor și a creditelor; soldul și tranzacțiile efectuate prin cardurile de debit/credit; listarea extraselor de cont; listarea rapoartelor privind operațiunile efectuate la zi și la date anterioare; efectuarea de plăți în lei și valută, interbancare și intrabancare; efectuarea de schimburi valutare; constituirea de depozite la termen; vizualizarea cursurilor valutare; listarea ordinelor de plată și a dispozițiilor de plată valutare efectuate prin Internet Banking; realizarea de interogări în CIP; vizualizarea mesajelor din partea Băncii.

De curând, Milenium Bank oferă și serviciul SmartPhone Banking, disponibil gratuit pentru terminalele mobile Apple și pentru cele care folosesc sistemul de operare Android. Lansată în anul 2011, aplicația „MillenniumRO” poate fi descărcată din AppStore sau Android Market și permite clienților să-și vizualizeze conturile curente și de economii, depozitele la termen, creditele și cardurile de credit, precum și să efectueze tranzacții direct pe telefoanele mobile.

f) *Forțele de vânzare specializate*. Agenții de vânzări (brokerii bancari, „mobile bankers”) constituie o forță mobilă de vânzări a băncilor, care poate obține rezultate bune la costuri reduse.

Întocmirea dosarelor de credit se realizează de către brokeri, reducându-se astfel cozile de la ghișeele băncilor. Banca plătește brokerii din profitul obținut, fără a percepe comisioane suplimentare clienților. Astfel, pentru client costurile sunt aceleași ca și în cazul în care s-ar fi adresat direct unei sucursale a băncii. În plus, serviciul bancar este personalizat și se obține o economie de timp apreciabilă (brokerul poate veni la locul de muncă sau la domiciliul clientului). Brokerii bancari pot încheia contracte de colaborare cu mai multe bănci, fără a fi obligați să vândă exclusiv serviciile uneia dintre ele.

Apelarea la brokeri bancari independenți sau firme specializate pe servicii de brokeraj bancar conduce la reducerea costurilor băncilor. Astfel, banca plătește o sumă fixă și un comision direct proporțional cu eficiența brokerilor și își reduce costurile aferente salarizării personalului și asigurării condițiilor necesare la locul de muncă.

g) *Call center*-ul a fost introdus în România de către Raiffeisen Bank în 2003. Până atunci existase posibilitatea contactării telefonice directe a băncilor, dar contra cost, iar informațiile centralizate către un singur număr de telefon se refereau doar la problemele cu carduri. În rest, băncile ofereau numere de telefon ale sucursalelor unde se transfera problema către specialistul din unitatea bancară, clientul pierzând de multe ori timp prețios și achitând costul conversației la finele lunii prin clasică factură Romtelecom.

Odată cu introducerea *call-center*-elor, aceste informații se obțin gratis (prin TelVerde), iar la începutul convorbirii, clientul este direcționat către gama de servicii care îl interesează (credite, carduri, plăți de facturi, produse noi, campanii promoționale, etc.). În plus, angajații *call-centre*-ului pot iniția scurte cercetări de marketing sau pot prezenta clientului, telefonic, elemente noi ale unui produs relansat sau ale unui produs nou. În prezent, toate băncile oferă acest serviciu prin numere gratuite.

h) *Sistem automat de decontare între bănci* este folosit, în special, pentru efectuarea transferurilor de fonduri dintre băncile membre ale sistemului și operează ordine de plată, debitări directe, plăți de salarii, chirii. Sistemul automat de decontare între bănci este dotat cu o bandă magnetică care conține detalii cu privire la conturile care urmează a fi debitate sau creditate. Acestea le sortează în ordine bancare și, apoi transmite băncii plătitoare detaliile relevante.

În România, acest sistem a fost dezvoltat și implementat din anul 2005 și este administrat de către BNR. În această calitate, BNR gestionează și controlează funcționarea sistemului, autorizează participarea la sistem, stabilește și modifică regulile de sistem, urmărește respectarea acestora de către participanți și aplică sancțiuni în cazul încălcării lor.

2.3 Alegerea canalului de distribuție

Distribuția se referă la traseul parcurs de produsele/serviciile financiar-bancare pe piața până ajung la consumatori/clienti. Participanții la circuitul de distribuție care conduc produsul de la producător la consumator formează canale de distribuție.

Alegerea canalului de distribuție este una din cele mai importante decizii pe care trebuie să o adopte echipa managerială, întrucât acesta are implicații imense atât asupra vânzărilor cât și a costurilor pe o perioadă îndelungată. Odată ales, canalul de distribuție va funcționa o lungă perioadă, influențând celelalte variabile de marketing, care la rândul lor îl influențează.

Canalul de distribuție este unul din principalele elemente ale mixului de marketing și este foarte important pentru poziționarea produselor/serviciilor financiar-bancare pe piață. Canalele de distribuție sunt definite de succesiunea de procese prin care are loc întâlnirea prestatorului cu consumatorul. Inseparabilitatea serviciilor face ca în cele mai multe situații tipul de canal întâlnit să fie unul scurt (producător-consumator), caz în care toate fluxurile și activitățile incluse în distribuție se desfășoară la locul de prestație.

În situația în care se apelează la intermediari, care pot prelua fie funcția de prestație, fie pe cea de vânzare, ne aflăm în situația unui canal mediu (producător - intermediar - consumator). De regulă, intermediarul este un distribuitor de tipul agent (de vânzare sau de cumpărare), broker, comisionar ori chiar un „canal electronic” (de tipul Internet) cu care firma apare în relații de vânzare-cumpărare clasice. În practică, unele produse și servicii financiar-bancare pot fi livrate prin mai mulți intermediari. În acest caz avem de-a face cu un canal lung sau foarte lung (producător - intermediar - intermediar - intermediar - consumator) prin multiplicarea agenților de vânzare. Coordonarea acțiunilor firmei din domeniul distribuției ca și integrarea lor în politica de ansamblu a acesteia se realizează prin intermediul obiectivelor și strategiilor.

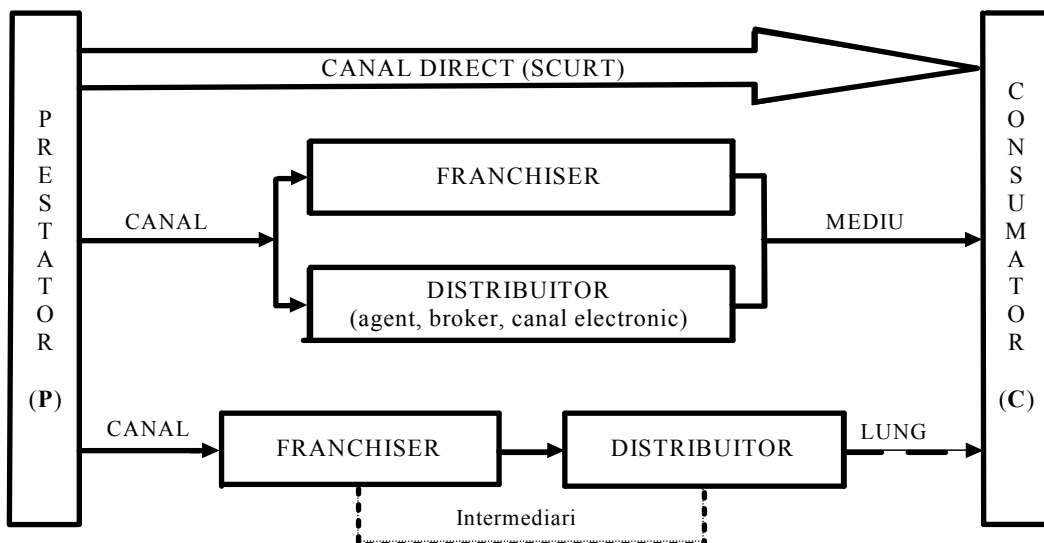


Figura 3.1 Tipologia canalelor de distribuție

V. Olteanu, *Marketingul serviciilor – o abordare managerială*, Ed. Ecomar, București, 2005,

p. 230

Cu toate acestea în alegerea canalelor de distribuție trebuie avute în vedere mai multe considerente:

- piața – în sensul ca o organizație financiară trebuie să ia în considerare nivelurile de pătrundere a pieței pe care dorește să le atingă și în consecință, să decidă ce canal poate satisface acele cerințe;
- costurile - în funcție de situația sa financiară, o organizație financiară poate alege un canal sau altul de distribuție. Considerentele financiare care influențează alegerea canalelor de distribuție sunt costul modelelor de distribuție și eficiența fluxului de numerar în canalele analizate;
- beneficiul - este vital ca un canal selectat să fie capabil să aducă beneficiu cât mai repede posibil. Firma trebuie să compare obiectivul marjei de profit dorite cu nevoile de numerar, pentru a alege un acord de distribuție pe un canal „scurt” sau „lung”;
- mixul de canale;
- tehnologia disponibilă;
- strategiile privind distribuția.

Oricare ar fi alegerea pe care o fac instituțiile financiare, procesul de selecție a canalului de distribuție se finalizează doar după ce canalele de distribuție utilizate au fost evaluate.

Ca urmare, procesul de evaluare și gestionare a canalelor de distribuție presupune:

- instruirea și motivarea personalului pentru prezentarea și utilizarea eficientă a canalului;
- conștientizarea managementului de folosire a canalului de distribuție de către clienți, despre mișcările concurenților și evoluțiile tehnologice;
- analiza ciclului de viață a produsului și folosirea corespunzătoare a canalelor de distribuție.

Alternativele strategice în politica de distribuție sunt structurate pe baza unor criterii reieșite din analiza condițiilor adoptării politicii de distribuție:

a) *Strategiile rețelei* definesc atitudinea firmei față de evoluția acesteia în raport cu gama de servicii prestate și aracteristicile cererii. La rândul lor sunt structurate în funcție de:

- gradul de dezvoltare a rețelei (atitudinea firmei față de raportul cerere-ofertă), alternativele strategice fiind: dezvoltarea rețelei, limitarea voluntară a rețelei, restrângerea rețelei.

– gradul de concentrare (densitatea rețelei într-o anumită zonă geografică), alternativele strategice sunt: rețea densă, rețea moderată și rețea rară.

– tipul prestației realizate (atitudinea firmei față de rețeaua de prestație sau de vânzare), alternativele strategice prezentate anterior (gradul de dezvoltare a rețelei) vor viza: numai rețeaua de prestație, numai rețeaua de vânzare sau ambele.

– gradul de diferențiere a rețelei (obligă banca la definirea unei conduite față de caracteristicile de bază ale rețelei), alternativele strategice fiind: rețea relativ uniformă sau rețea diversificată.

b) *Canalele de distribuție* obligă banca la definirea unei atitudini față de utilizarea intermediarilor putând fi avute în vedere următoarele alternative: canale scurte (fără intermediari), canale medii sau lungi (cu intermediari de tipul franchisă, broker, agent) și canale mixte (cu și fără intermediari). Mix-ul distribuției se realizează prin corelarea tipului de canal ales cu rețeaua de distribuție folosită.

Cea mai mare parte a tranzacțiilor în domeniul financiar-bancar se desfășoară prin canale directe, intermediarii fiind utilizați doar în livrarea anumitor produse (încasări și plăți în domeniul bancar) ori numai pentru anumite situații (asigurări).

Dacă banca utilizează canale cu intermediari sunt avute în vedere o serie de acțiuni prin care să fie atinse obiectivele strategice menționate. Din acest punct de vedere strategiile se clasifică în:

– strategii de control, urmăresc asigurarea uniformității serviciilor livrate. Se realizează prin măsurarea rezultatelor obținute de intermediari și prin revizia acțiunilor acestora;

– strategii de delegare, pornesc de la constatarea că intermediarii au capacitatea de a realiza singuri activitățile de distribuție la nivelul proiectat. În consecință, acțiunile avute în vedere sunt: sprijinirea clienților în dezvoltarea unor procese orientate spre client, dotarea acestora cu echipamente de înaltă performanță, perfecționarea intermediarilor în livrarea unor servicii de calitate, etc.

– strategii de parteneriat, urmăresc eliminarea diferențelor dintre obiectivele participanților la distribuție. Alternativele strategice sunt: alinierea obiectivelor, consultarea și cooperarea.

c) *Sistemul de livrare* reprezintă practic o completare a rețelei și canalelor de distribuție cu activități care definesc conduita firmei la locul de întâlnire prestator-client exprimată prin formele de vânzare utilizate și a modalităților de plată practicate. Apare mai mult în domeniul asigurărilor, a finanțelor publice, leasing etc.

3. Concluzii

În domeniul financiar-bancar, canalul de distribuție poate fi tratat ca fiind itinerariul sau traseul pe care îl parcurge produsul/serviciul bancar până la client, utilizând mijloace fizice sau electronice.

Canalele de distribuție din sfera serviciilor financiar-bancare se clasifică în canale de distribuție clasice și canale de distribuție moderne. Cele mai cunoscute canale de distribuție clasice sunt: Centrala, rețeaua de sucursale, rețeaua de centre corporative, agențiile, agențiile specializate, unitățile selfbanking, centrele specializate în credite ipotecare, cafeneaua bancară și Poșta.

Cele mai cunoscute canale de distribuție moderne sunt: automatul bancar, terminale la punctele de vânzare, automatele de schimb valutar, telephone banking, Internet banking, forțele de vânzare specializate, call center-ul și sistemul automat de decontare între bănci.

În alegerea canalului de distribuție se apelează la anumite alternative strategice. Acestea sunt structurate pe baza unor criterii reieșite din analiza condițiilor adoptării politicii de distribuție.

În concluzie, decizia de alegere a canalelor de distribuție are o deosebită importanță în strategia firmei, întrucât are efecte considerabile asupra fiecărui element al marketingului mixt și a libertății firmei de a controla în mod eficient o anumită piață.

Referințe bibliografice

- Adam, C.**, (2011), *Marketing financiar-bancar*, Ed. A 2-a, Editura Eurobit, Timișoara, p.235.
- Basno C., Dardac N.**, (2002), *Management bancar*, Editura Economică, București, p.85.
- Bordeianu, G.**, (2009) *Marketing bancar*, Editura Universității “George Bacovia”, Bacău, p.60.
- Cetină I., Brandabur R.**, (2004), *Marketingul serviciilor, abordare teoretică și studii de caz*, Editura Uranus, București, p.178.
- Dumitrescu, L., Apostu, C.**, (2007), *Marketing financiar-bancar*, Editura Universității “Lucian Blaga”, Sibiu, p.64-65.
- Olteanu, V.**, (2003), *Marketing financiar-bancar*, Editura ECOMAR, București, p.154-156.
- Pițigoi, M.**, (2007), *Distribuția serviciilor bancare*, Revista de Marketing Online, Vol. 1, nr. 4, p.72.
- Popescu, M.**, (2007), *Produse și servicii bancare*, Editura Universității „Ștefan cel Mare”, Suceava, p.56-57.
- Zamfir, A.**, (2007), *Abordări moderne ale serviciilor bancare în economia bazată pe cunoștințe*, Revista Economia, nr. 2, 2007, p. 152.

EVAZIUNEA FISCALA! CONCURENȚĂ NELOIALA SAU MONOPOL?

Alexandru ANDREESCU¹

Abstract

In 23 years, as a result of a long yearned and suddenly acquired democracy, the Romanian state evolved from a centralized economic system, as if it were an experimental subject which has undergone countless financial and economic transformations, being decomposed and recomposed like in a puzzle game: piece by piece, in a great number of shapes, unconsciously and sometimes hastily and unwisely. Thus, due to a set of 'favorable' conditions, tax evasion emerged under various disguises, to later produce alarming second effects, such as unlawful competition and illegally monopolized markets. For this reason, it is necessary not only to thoroughly study tax evasion, but also the effects that originated in it and simultaneously developed with it, i.e. unlawful competition and illegally monopolized markets

Keywords: *company, tax evasion, unlawful competition, turnover, profit.*

1. Introducere

România, ca orice stat fost comunist cu o predominantă gândire Balcanică, investește anual sume enorme de la bugetul de stat pentru a combate evaziunea fiscală, o practică foarte des întâlnită, care numai în anul 2012 a atins cota alarmantă de aproximativ 14% din PIB, cu 3,8 procente față de valoarea de 10,3% din 2010². Deși în fiecare an guvernarea anunță public că investesc sume mai mari decât anul precedent, autoritățile competente dau dovadă de o lipsă clară de eficiență în domeniul combaterii evaziunii fiscale. Această problemă poate fi ușor înțeleasă din simpla privire a celor două perspective, angajații instituțiilor competente au o temere în ce privește amploarea de tip “caracatiță”, în stil mafiot, a acestui tip de infracțiune, nu se autosesizează și dau doar curs cerințelor de tip “target” impuse de superiorii lor, pe când evaziioniștii dau dovadă de o creativitate ieșită din comun în ce privește derularea evaziunii și o mare lejeritate în acțiunile lor, știind dinainte că nu vor întâmpina piedici majore, tocmai datorită gândirii pur românești “Fă doar ce ți se zice!”.

În prezenta lucrare doresc să exemplific modalitatea în care evaziioniștii acționează, formele sub care aceștia își ascund infracțiunile, precum și urmările acțiunilor, descrise pe parcursul lucrării sub forma concurenței ilicite și a monopolizării piețelor. Deși formele evaziunii fiscale sunt ușor de depistat, instituțiile abilitate, așa cum am amintit mai sus, nu pot, nu au timp și nici nu vor să observe toate aceste acțiuni. Astfel se observă o imensă necesitate de reamintire a acestor forme ale evaziunii fiscale, tocmai din cauza faptului că aceasta își schimbă modalitatea de abordare după cum autoritățile iau măsuri, putându-se observa uneori o schimbare radicală în gândirea evaziionistului în numai câteva zile de la adoptarea unei noi măsuri anti-evaziioniste.

2. Conținutul lucrării

Evaziunea fiscală, în temeiul art. 1 al legii 87/1994³ (combaterea evaziunii fiscale), republicată în M.Of. 545/29.07.2003, poate fi definită ca **sustragere prin orice mijloace de la**

¹ Student, Facultatea de Științe Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: alexandru_andreescu@ymail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Conf. Univ. dr. Brăgaru Constantin (costin_bragaru@yahoo.com).

² <http://www.consiliulfiscal.ro/Raport2011.pdf>, Subcapitolul V.5 Evaziunea Fiscală, pag. 73

³ Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 545 din 29 Iulie 2003

impunerea sau de la plata impozitelor, taxelor, contribuțiilor și a altor sume datorate bugetului de stat, bugetelor locale, bugetului asigurărilor sociale de stat și bugetelor fondurilor speciale, de către persoanele fizice și persoanele juridice, române sau străine, denumite în cuprinsul legii, contribuabili.

Astfel, putem defini evaziunea fiscală ca o acțiune comercială care constă în nedeclararea veniturilor reale de către contribuabili, de obicei persoane juridice, ceea ce conduce la neplata taxelor și impozitelor reale către stat. Totodată, în practică, sunt întâlnite situații în care sumele sunt administrate nelegal, conducând astfel la plata unor taxe și impozite infime față de cele reale.

În economia română sunt des întâlnite situațiile în care firmele, de obicei cele mari, declară corect cifra de afaceri, însă practică anumite activități, prin care profitul rezultat devine mult mai mic.

Astfel se poate evidenția un mod des întâlnit de evaziune fiscală, prezentat de majoritatea autorilor de specialitate:

Putem considera o societate comercială "A" de tip S.R.L., cu 3 asociați, cu cifra de afaceri de aproximativ 2 milioane de euro. Desigur că la asemenea sumă, impozitele și taxele sunt extrem de mari, astfel că asociații "A", "B" și "C" vor purcede la formarea unor noi S.R.L.-uri de tip paravan. Astfel se vor forma 7 noi firme (A,B,C, A+B, A+C, B+C, A+B+C), prin care se trece la evaziune fiscală. Totodată, se pot constitui și firme-paravan, la care asociați sunt una sau mai multe din cele 7 noi firme mai sus menționate, spre exemplu: "asociatul A + firma(A+B) = D". Ulterior, "D" poate face la rândul său multiple combinații, dezvoltându-se astfel o întreagă rețea de zeci de firme-paravan, având ca și componentă inițială doar 3 oameni, dezvoltându-se unele din altele.

Toate materiile prime ale societății "A" trec prin minimum una dintre acele societăți-paravan, costul materiilor crescând de la o firmă la alta. În final, când ajung la firma-mamă, în speță "A", ele au un preț extrem de ridicat, ca în final costul materiilor prime declarate să fie aproape egal cu cifra de afaceri.

Totodată, pentru a nu câștiga războiul pe un front și a-l pierde pe celălalt, același procedeu evaziunii îl fac și pentru firmele-paravan, astfel că acestea, spre deosebire de firma "A", pot declara costuri de întreținere și cheltuieli aproape de valoarea cifrei de afaceri. Această practică este posibilă fiindcă firmele-paravan au o cifră de afaceri mult mai mică decât firma "A", netrezind la fel de multe suspiciuni ca în cazul firmei-mamă.

În final, după toată această mișcare de bani, firma "A" ajunge să poată obține un profit real mai mare la fiecare tranzacție, datorită neplății taxelor și impozitelor corecte.

Nu în ultimul rând, dacă firma "A" primește încă un asociat, în speță un cetățean străin, aceasta beneficiază din partea statului de anumite facilități fiscale, care conduc la un profit real (nu cel declarat) și mai mare decât înainte.

După toată această activitate de tip infracțională, firma are de ales între două căi: **Să se extindă, ori să continue neîntrerupt, fără modificări, activitatea sa.** Dacă firma va decide să se extindă, abordează o altă metodă.

Noua metodă constă în extinderea cât mai profitabilă (prin orice mijloace) și în cadrul altor segmente de piață. Astfel firma "A" depune toată capacitatea sa financiară și cunoștințele sale în domeniu pentru această cauză.

Atacând un nou segment de piață, pentru majoritatea întreprinzătorilor poate însemna un vis frumos, pentru alții un coșmar. Însă după cum mulți autori de specialitate afirmă, evaziunea fiscală nu are cum să nu conducă și la concurența ilicită, datorită posibilității vinderii unui produs la preț mai mic decât concurența, tocmai datorită faptului că nu a plătit taxe și impozite.

În fapt, concurența ilicită poate fi denumită și concurență neloială.

În temeiul **art. 2 al legii 11/1991¹** (combaterea concurenței neloiale) constituie **concurență neloială, orice act sau fapt contrar uzanțelor cinstite în activitatea industrială și de**

¹ http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/ajutordestat/L11_1991actualizata.pdf

comercializare a produselor, de execuție a lucrărilor, precum și de efectuare a prestațiilor de servicii.

În economia actuală, concurența neloială este atât de des întâlnită, încât de foarte multe ori nici nu se știe că este ilegală.

În cazul nostru, firma “A”, pentru a avea succes în cadrul noului segment de piață a procedat în următorul fel. Datorită faptului că firma “A” a salvat un venit considerabil în urma evaziunii fiscale, a putut scoate la vânzare produse sub prețul pieței, adică sub prețurile concurenței, asigurându-și astfel succesul.

Totodată a trecut la o campanie de publicitate agresivă, campanie pe care concurenții săi nu și-o permit tocmai din cauza faptului că funcționează legal, asigurându-și din nou succesul în atragerea într-un mod ilicit a consumatorilor fideli ai concurenței.

În temeiul acestui subiect au existat, există și se pot dezvolta nenumărate discuții despre metodele concurenței ilicite. Astfel autorii de specialitate constată faptul că este inevitabil ca ardoarea cu care se face concurența ilicită să nu conducă la încercarea și poate reușita de a monopoliza un anumit segment de piață.

În temeiul **legii 21/1996¹** (legea concurenței), **în cazul existenței unor activități cu caracter de monopol natural, prețurile se stabilesc cu avizul Ministerului Finanțelor.** Însă nu despre acestea este vorba, ele fiind, de exemplu, rețelele de distribuție electrică, de gaze, de apă, care necesită un cost foarte mare de inițiere, nerentabil unei îmbogățiri injuste și cât mai rapide.

Însă în cazul de față, este vorba de piețe concurențiale, dar care în urma anumitor practici, concurența este aproape distrusă. În exemplul de față, firma “A” prin activitatea continuă de vindere la sub-preț a produselor precum și prin publicitatea agresivă, determină concurența să se retragă încetul cu încetul.

Totodată din cauza ardoarei cu care firma “A” a reușit să facă evaziunea fiscală și să aibă succes și în alte segmente de piață, are dorința de a monopoliza și acest segment de piață, prin diverse procedee.

În primul rând, firma s-a putut folosi de banii obținuți din evaziune, la vinderea la sub-preț și a reclamei agresive, dar în situația de față, acestea două se concentrează nu pe profit, ci pe anihilarea concurenței. Mai exact, pe atragerea consumatorilor și pe falimentarea concurenței, tocmai din lipsa cumpărătorilor. Această activitate, fiind una continuă va determina concurenții să renunțe la activitatea în acel segment de piață atacat foarte agresiv de firma “A”.

În al doilea rând, firma “A” a recurs la cunoscuta sabotare a concurenței, însă aceasta depășește aria concurenței ilicite, tocmai din faptul că firma “A” nu folosește numai concurența ilicită pentru a le sabota, precum și anumite practici cu înclinație mai mult penală, decât contravențională.

În final, după atacul îndelung survenit către concurență, aceasta a renunțat fie voit, fie prin faliment, și firma “A” este aproape unicul furnizor de servicii și bunuri din cadrul respectivului segment de piață.

Astfel, se pot evidenția ușor segmentele de piață care au suferit astfel de activități de tip infrațional, evaziunea fiscală, concurența ilicită și încercarea de monopolizare a acelei piețe:

Afacerile forestiere, mai exact activitățile de obținere și prelucrare a lemnului, care la prima vedere au o multitudine de societăți comerciale, însă la o analiză mai amănunțită se poate remarca faptul că în spatele acestora stau de fapt doar un număr unitar de patroni.

Afacerile agricole, care tot la fel, par să nu aibă cum să fie subiectul acestei discuții, însă observăm că este la fel, un număr foarte mic de patroni (fermieri), care practică acest domeniu.

Tot aceeași discuție o putem dezbate și în cazul **comerțului de tip en-gross**, în speță cel legume-fructe, cel floral, al transportului de persoane și mărfuri, care urmează același model, o

¹ Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 742 din 16 August 2005

mulțime aproape infinită de comercianți, însă în realitate este de fapt contrariul, sunt foarte puțini comercianți reali (nu paravan).

La finalul activității sale, firma “A”, ca să mențină ce a clădit, a trebuit să creeze impresia consumatorului, statului și posibililor concurenți că nu este singur în acel segment. Astfel, ea a purces la crearea unor noi minim două firme, prin care să dea impresia de piață unde cererile consumatorului dictează, din cauza unei concurențe acerbe.

Dat fiind exemplul întâlnit în practica de specialitate, se pot evidenția anumite aspecte definitorii pentru propagarea și desfășurarea activității de evaziune fiscală:

I. Problematika formării unui întreg lanț de societăți comerciale, având la bază minim doi sau trei asociați.

II. Problematika aplicării legii de către organele abilitate din cauza factorului de timp și complexității foarte mari a întregului sistem de tip “caracatiță”.

III. Problematika formării și aplicării unor noi legislații în realitatea în care evazioniștii au “înnegrit” orice normă economică folositoare.

IV. Problematika concurenței ilicite, ca efect al evaziunii fiscale și al neputinței organelor de control.

V. Problematika încercării de a monopoliza un segment de piață de un anumit agent economic.

I Problematika formării unui întreg lanț de societăți comerciale, având la bază minim doi sau trei asociați.

Având în vedere exemplul de mai sus, legea română, din considerente de bună-credință pentru binele mediului de afaceri, dă posibilitatea formării unei societăți comerciale, chiar și cu alte firme drept asociați. Legislația română în vigoare este permisivă pe sectorul economic, comparativ cu alte țări mult mai rigide și mai stricte, pornindu-se de la ideea de a se atrage și investitori străini, și interesul cetățenilor în acest domeniu, deoarece dezvoltarea și creșterea mediului de afaceri conduce la creșterea și dezvoltarea bugetului de stat.

Însă, cum orice zid are și câte o breșă, și mediul român de afaceri are în componență oameni care se folosesc de orice tertip și lejeritate, din punct de vedere financiar-economică, pentru dezvoltarea economiei subterane. Astfel, ușurința cu care statul a impulsionat mediul de afaceri, s-a întors împotriva lui precum un boomerang economic, dezvoltând economia subterană a României.

În cazul prezentat anterior, se exemplifică doar o acțiune a unor trei persoane, fără cunoștințe de specialitate, fără cunoștințe în organele centrale, dar cu multă istețime și abilitate în a înțelege acest fenomen fiscal, încă încadrat ca un tabuu de mulți autori de specialitate, pentru a nu trezi interesul mai multora pentru neplata taxelor și economia subterană.

Am prezentat doar un mic rezumat al uneia din numeroasele metode care s-au folosit și se folosesc în continuare, tocmai din convingerea evazioniștilor care consideră orice lucru economic imposibil, ca posibil și al căror graniță este doar gândirea umană.

Astfel, dintr-un simplu joc de cifre, firme și asociați, din trei asociați, s-au dezvoltat, mai întâi, firma-mamă și trei firme, având ca unic asociat unul din cele trei personaje. Apoi, au făcut o multitudine de combinații între asociați, asociați și firme-asociate, firme-asociate cu firme, firme cu firme și asociat, sau chiar firmă unic-asociat, dezvoltându-se astfel o întregă rețea de tip “caracatiță”, care trebuie să se dezvolte în mod continuu din cauza creșterii numărului și a complexității activității sale.

II Problematika aplicării legii de către organele abilitate, din cauza factorului de timp și a complexității foarte mari a întregului sistem de tip “caracatiță”.

Pentru a putea fi prezentată cel mai bine ideea acestei problematice, trebuie avut în vedere cumulul de dosare pe rol care se află la organele abilitate, timpul alocat fiecărui dosar, precum și a

numărului mic de personal. Totodată, trebuie prezentat și faptul că din cauza surescitării organelor abilitate, acestea nu mai pot avea abilitatea de autosesizare, trebuind mereu să existe o sesizare de la cineva, ca măcar un angajat al unei asemenea direcții să-și îndrepte atenția înspre rețeaua în cauză.

Luându-se în considerare faptul că rețeaua este deja cercetată de organele abilitate, trebuie avute în vedere aspectele care demască întreaga rețea, aspecte care par de multe ori chiar prea nesemnificative.

Un punct slab al evaziioniștilor, inevitabil, este faptul că toată rețeaua iese la suprafață doar după simpla verificare a unui singur asociat, a unei adrese de sediu sau a unui telefon de contact. Acest mic inconvenient, poate deveni o mare reușită pentru organele abilitate sau pentru cei care-i anchetează personal sau oficial pe evaziioniști, din cauza faptului că odată ce a fost căutat acel asociat, se descoperă minim 10% din acele firme, care conduc la firmele în care cele 10% sunt asociate, care ulterior conduc la ceilalți asociați, în cele din urmă ieșind la iveală întreaga rețea.

Un alt punct slab al evaziunii fiscale este proasta coordonare, faptul că sunt făcute câte 5-10 firme cu un număr de înregistrare la Registrul Comerțului sau Cod Unic de Înregistrare (CUI) cu număr consecutiv, spre exemplu: J40/9854/2008; J40/9855/2008; J40/9856/2008 sau CUI: 2895478, 2895479, 2895480¹. Astfel se evidențiază faptul că, din cauza extinderii rețelei a mai fost nevoie de câteva firme, dar care toate s-au format în aceeași zi, pentru a fi evitată pierderea de timp esențial pentru evaziioniști. Această supoziție este una pertinentă, dacă firmele cu un Număr de Înmatriculare sau CUI consecutiv împart și aceiași asociați, adresă, administrator sau telefon de contact. În acest caz, investigatorii pot fi siguri că au dat de urma rețelei.

Un alt punct slab al acestui tip de infracțiune o prevede lipsa de imaginație și de inspirație în momentul alegerii numelui firmei. Spre exemplu: Total Construct Srl, Construct Total Srl, Construction Total Srl, Auto Construct Srl. De obicei, numele este ales de aceștia în funcție de domeniul de activitate. Dacă este vorba de construcții, abia după ce epuizează alfabetul se va renunța la ideea de “Construct”, dacă este vorba de o firmă care se ocupă de IT, se vor găsi multe expresii de genul Soft, Intel, Tehno, Graphic. Trebuie avut, însă, în vedere faptul că după ce aceștia au format deja o întreagă rețea, au cam epuizat posibilele variante de denumiri ale firmelor, găsindu-se astfel multe firme care în proporție de 70% au numele identic: Graphic Job Design; Graphic Design; Super Graphic Design; Super Job Design; Graphic Job-Design. Totodată, ca și în cazurile de mai sus, ca această supoziție să fie pertinentă trebuie avută în vedere și o corelație de CUI, Număr de Înregistrare, sediu de firmă, administrator, asociați.

Un alt factor de depistare a acestor firme-paravan este cifra de afaceri uriașă în comparație cu numărul infim de angajați. De obicei pentru a nu se plăti taxele aferente angajaților, se trec 0, 1 sau chiar 2 angajați, dar totodată, figurează și o cifră de afaceri enormă.

Acestea fiind majoritatea punctelor slabe, dar care nu prea pot să fie evitate de către evaziioniști, tocmai din cauza complexității rețelei de tip “caracatiță”, care dezvoltându-se în mod constant, necesită un cumul tot mai mare de timp acordat, pierzându-se astfel din vedere, de către cei implicați, prezența acestor puncte slabe mai sus menționate.

Deși la început poate părea un beneficiu faptul că se pot forma cât mai multe firme, având la bază aceiași trei asociați, astfel că secretul acestei rețele netrebuind divulgat, vor fi nevoiți doar ei să se ocupe în continuare de rețea. Însă, din cauza faptului că pe parcursul timpului, cei trei asociați vor trebui să se implice și în cadrul familiilor personale, rețeaua va rămâne cât mai necontrolată, singurele opțiuni fiind desființarea multora dintre aceste firme, un lucru complet neprofitabil, lăsarea în paragină a unor firme sau divulgarea rețelei către diverse persoane, care să-i ajute să continue activitatea ca și până în prezent.

Toate aceste ipoteze nu au ca rezultat decât faptul că prin desființare, autorităților le este atrasă atenția înspre rețea. Prin lăsarea în paragină a unor firme, rămân taxe și impozite care vor

¹ Ipoteză verificată prin intermediul platformei <https://portal.onrc.ro/ONRCPortalWeb/ONRCPortal.portal>

atrage și ele la rândul lor autoritățile, iar nu în ultimul rând, angajarea unor persoane pentru continuarea activității poate fi un lucru foarte rău pentru că aceștia fiind tineri și, probabil nechibzuiți, vor atrage fără să vrea și ei atenția înspre rețea.

Astfel, deși poate părea o muncă titanică descoperirea unei asemenea rețele de tip “caracatiță”, dacă se au în vedere de către investigatori, personali sau oficiali, ipotezele expuse mai sus, investigația nu va fi fără folos dacă există un punct de pornire, în speță, un asociat, o adresă, un CUI, un număr de telefon, o adresă de e-mail sau un administrator.

III. Problematika formării și aplicării unor noi legislații în realitatea în care evazioniștii au “înnegrit” orice normă economică folositoare.

Această idee poate fi considerată una pe cât de dificilă, pe atât de delicată, deoarece unii autori de specialitate compară tehnica de combatere a evaziunii fiscale cu tehnica de pe câmpul de luptă. Astfel, statul este comparat cu diviziile armate lente și greu manevrabile, iar evazioniștii cu diviziile armate de commando, foarte rapide și silențioase.

În conformitate cu ideea de “înnegrire” a oricăror norme economice folositoare, se pot evidenția cu ușurință câteva cazuri în legislația românească, unde abia fusesse publicată ideea de bază a proiectului de lege, că anumiți indivizi deja au croit metode de ocolire și “înnegrire” a acestora. Printre aceste norme se poate număra și proiectul de lege care prevedea plata TVA-ului la încasarea facturii și nu la emiterea acesteia, lege care încă din stadiul de proiect “a aprins călcâiele” multor evazioniști, în dorința sporirii cât mai mult a propriei averi.

Astfel, se poate evidenția faptul expus de nenumărate ori că orice normă va fi aplicată, evaziunea fiscală tot nu va putea fi combătută cu succes, tocmai din considerentul că aceștia evită, prin orice mijloace, plata taxelor și impozitelor, oricât de mici ar fi acestea. Din acest temei, deseori se afirmă de către politicieni că cea mai bună combatere acestor rețele infracționale este tocmai scăderea taxelor și impozitelor, care ar determina pe mulți dintre evazioniști să renunțe la acest tip de infracțiune, tocmai din cauza raportului mic de bani care sunt plătiți către stat.

Tocmai de aceea, au existat și există discuții în privința reducerii taxelor, pentru ca organele abilitate să aibă ocazia să cerceteze mai în amănunțit adevăratele rețele de tip “caracatiță”, nefiind deranjați în cercetare de numeroase societăți comerciale, care prin astfel de practici doresc să mai salveze și ele o anumită sumă de bani. Însă, ca acest proiect să aibă succes, trebuie avut în vedere ca, după scăderea taxelor, suma acestora să nu fie tot atât de mare încât să îi tenteze pe majoritatea, supoziție confirmată și de diverse comparații din literatura de specialitate, în care evazionistul cu experiență este comparat cu jucătorul de poker, care “oricât de mică este miza sau oricât de mult pierde, el tot nu va renunța la a mai juca”. Iar în acest caz, se va putea asigura buna desfășurare a cercetărilor organelor competente.

Date fiind mai sus ipotezele unei legislații de combatere a evaziunii, nu se poate vorbi despre o legislație imbatabilă în fața impulsivității și a imaginației evazioniștilor.

IV. Problematika concurenței ilicite, ca efect al evaziunii fiscale și al nepuținței organelor de control.

În primul rând, ar trebui să evidențiem modul în care evaziunea fiscală nu își are efectele numai în domeniul fiscalității și al contabilității, ci cum se poate evidenția modul de operare fiscal al unei societăți comerciale chiar și după modul de promovare al acesteia.

De obicei, o rețea de firme, odată cu venitul suplimentar dobândit din evaziunea fiscală, dorește să acapareze și cât mai multă clientelă. Astfel, majoritatea firmelor evazioniste abordează o campanie mai agresivă de promovare. Un exemplu cules din realitatea cotidiană ar putea fi:

Un lanț de hypermarket-uri anunță promoții la diverse produse de uz general și cu mare căutare. Acest exemplu până acum poate fi unul banal, însă acesta poate deveni componenta unui studiu de caz în momentul în care se observă faptul că acele produse, în majoritatea timpului (excluse

lichidările de stoc), au un nivel de plecare de la furnizor mai mare decât cel de ieșire de la hypermarket.

În acest caz există două posibilități, ori produsele respective erau în lichidare de stoc, ceea ce nu este cazul, ori acele produse au fost aduse în mod ilicit. Astfel, aceste promoții atât de atractive vor atrage diverși clienți fideli ai celorlalte branduri, ai concurenței, lucru care evidențiază ideea conform căreia concurența ilicită este una din multele efecte ale evaziunii fiscale.

Un alt exemplu ar putea fi: Un lanț de hypermarket-uri, fără să facă scumpiri mai înainte, anunță rambursarea TVA-ului la cumpărături mai mari de 50 de lei, rambursarea fiind sub forma unor tichete valorice valabile numai în același lanț de hypermarket-uri, în valoare de 10 lei la fiecare 50 lei cumpărați. Situația evidențiată, deși multora le ridică suspiciuni, este acceptată foarte rapid de clienți în speranța obținerii unor produse cât mai ieftine.

În acest caz, evaziunea fiscală este evidențiată încă din formularea reclamei prezentată mai sus. Fără ca să fi fost scumpiri înainte, compania adoptă politica de a returna 24 % clientului, în schimbul cumpărării unor alte bunuri cu acele tichete, asta în condițiile în care costul de cumpărare și costul de vânzare ale lanțului de magazine sunt destul de apropiate. Acest fapt, deși poate părea doar o altă reclamă agresivă, semnifică de fapt două infracțiuni, cea de evaziune fiscală și cea de concurență ilicită.

În cazul evaziunii fiscale, se observă cu ușurință faptul că cei 24% returnați clientului sub forma unor alte produse sunt de fapt taxele și impozitele neachitate de lanțul de magazine, prin achiziționarea produselor la un preț foarte mic prin diverse metode. În plus este faptul că aceste lanțuri de magazine își permit să treacă o mare parte din cifra de afaceri pe pierderi, precum și a faptului că au capital străin. În cazul acesta, evaziunea fiscală poate fi foarte ușor evidențiată de pierderile foarte mari în raport cu cifra de afaceri, de raporturile prețurilor de ieșire ale produselor și prețurile de intrare.

În cazul concurenței ilicite, se observă cu o foarte mare ușurință faptul că această campanie de promovare are ca scop atracția clienților fideli ai concurenței prin folosirea unor practici care sunt împotriva bunelor moravuri ale domeniului, precum sunt vinderea la sub-preț sau reclama prin diverse tertipuri, ca în cazul de față, rambursarea TVA-ului, care de fapt este sub forma unor tichete valorice.

În cazul de față, este vorba de o reclamă agresivă, care ascunde concurența ilicită și evaziunea fiscală, dar care se bazează pe impasibilitatea consumatorilor și pe neputința organelor abilitate de a se autosesiza. Însă, cele două infracțiuni expuse mai sus sunt cu ușurință sesizabile tocmai datorită modului în care este efectuată strategia de marketing și de promovare.

Astfel, conform celor două exemple, expuse de literatura de specialitate, concurența ilicită este un efect al evaziunii fiscale. Astfel, autorii de specialitate apreciază faptul că această infracțiune, concurența ilicită, denumită și concurență neloială, este atât de des întâlnită în practică, tocmai din necunoștința economică și financiară. Este expus de nenumărate ori că aceasta, concurența ilicită este atât de des întâlnită în viața cotidiană, încât agenții economici fiind anchetați pentru această practică nici nu știu că au savârșit o infracțiune, tocmai din cauza frecvenței cu care firmele se atacă unele pe altele folosind această metodă.

Totodată, concurența ilicită, pe lângă strategiile de vânzare sau publicitate, poate fi aplicată și în nenumărate cazuri care, deși ar părea legale, constrâng în mod imens dreptul la libera circulație, dreptul de a alege de unde și de la cine să cumperi.

VI. Problematika încercării de a monopoliza un segment de piață de un anumit agent economic.

Această problemă, deși foarte greu sesizabilă, este des întâlnită mai ales în cazul importurilor. După cum este explicat și în lege, monopolizarea unui segment de piață, prin diverse procedee ilicite, poate atrage numeroase capete de acuzare, dar ea este un efect al concurenței ilicite,

fără de care nu ar fi putut lua ființă. Însă în unele cazuri, se întâmplă ca un agent economic să reușească să monopolizeze un segment de piață, fără vreo tentativă de concurență ilicită, ci doar prin practici evazioniste, care au reușit să-i ofere profitul necesar rămânerii în acea branșă.

Ca un prim pas în dezvoltarea acestei cercetări, trebuie observată gândirea organelor de control abilitate, precum și legislația în vigoare. Specific acest lucru, deoarece organele abilitate se limitează în a controla și ancheta, în majoritatea timpului, dosare despre evaziune fiscală, lăsând deoparte monopolizarea pieței și concurența ilicită din cauza legislației foarte interpretabile. Acest fapt este evidențiat de exemplul dat de marea majoritate a autorilor de specialitate:

În cazul unui agent economic care practică fraudele fiscale mai sus expuse, autoritățile, în genere, nu iau nicio măsură în privința concurenței neloiale, ci se plafonează în a-l ancheta doar pentru evaziunea fiscală. Acest fapt, dovedit de multe segmente ale jurisprudenței române, arată cum evaziunea fiscală este mult mai ușor de demonstrat decât concurența ilicită, dintr-un simplu motiv. Acesta este că evaziunea fiscală este ușor de depistat doar urmărind intrările și ieșirile din evidențele contabile, profiturile declarate și impozitele calculate, rezultând astfel din legea evaziunii fiscale, nr. 87/1994, republicată în M.Of 545/2003¹:

art. 9 – “Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă refuzul de a prezenta organelor de control, împuternicite conform legii, documentele justificative și actele de evidență contabilă[...”]

art. 10 – “Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani și interzicerea unor drepturi sau cu amendă neîntocmirea, întocmirea incompletă sau necorespunzătoare a documentelor primare ori acceptarea de astfel de documente în scopul împiedicării verificărilor financiar-contabile, dacă fapta a avut drept consecință diminuarea veniturilor sau surselor impozabile”.

art. 11 – “Constituie infracțiuni și se pedepsesc cu închisoare de la 2 la 8 ani și interzicerea unor drepturi următoarele fapte:

a) sustragerea de la plata obligațiilor fiscale prin neînregistrarea unor activități pentru care legea prevede obligația înregistrării sau prin exercitarea de activități neautorizate, în scopul obținerii de venituri;

b) sustragerea în întregime sau în parte de la plata obligațiilor fiscale, în scopul obținerii de venituri, prin nedeclararea veniturilor impozabile, ascunderea obiectului ori a sursei impozabile sau taxabile ori prin diminuarea veniturilor ca urmare a unor operațiuni fictive;

c) omisiunea, în tot sau în parte, a evidențierii, în acte contabile sau în alte documente legale, a operațiunilor comerciale efectuate sau a veniturilor realizate, ori înregistrarea de operațiuni sau cheltuieli nerezale, în scopul de a nu plăti ori a diminua impozitul, taxa sau contribuția;

d) organizarea și conducerea de evidențe contabile duble, alterarea sau distrugerea de acte contabile, memorii ale aparatelor de taxat ori de marcat electronice fiscale sau alte mijloace de stocare a datelor, în scopul diminuării veniturilor sau surselor impozabile;

e) emiterea, distribuirea, cumpararea, completarea, ori acceptarea cu știință, de documente fiscale false.

f) tentativa se pedepsește.”

Pe când, concurența ilicită, potrivit legii 11/1991²:

art. 5 – “Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă de la 2.500 lei la 5.000 lei:

a) folosirea unei firme, invenții, mărci, indicații geografice, unui desen sau model industrial, unei embleme sau unui ambalaj de natură să producă confuzie cu cele folosite legitim de alt comerciant;

¹ Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 545 din 29 Iulie 2003

² http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/ajutordestat/L11_1991actualizata.pdf

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 [...];

d) divulgarea unor informații prevăzute la lit. c), cu excepția situațiilor în care dezvăluirea acestor informații este necesară pentru protecția publicului [...];

e) divulgarea, achiziționarea sau utilizarea secretului comercial de către terți, fără consimțământul deținătorului său legitim, ca rezultat al unei acțiuni de spionaj comercial sau industrial;

Astfel, potrivit legii, numai refuzul de a prezenta organelor de control actele de evidență contabilă se pedepsește cu amendă sau cu închisoare de la 6 luni la 3 ani, iar neînregistrarea unor activități, având ca scop neimpozitarea acestora, organizarea și conducerea de evidențe contabile duble se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 8 ani. Pe când, folosirea ilicită a unei mărci înregistrate, a secretului comercial sau denigrarea imaginii concurentului se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau, în genere, cu simpla amendă de la 2.500 la 5.000 de lei.

Într-o concluzie a celor două legi, putem observa cu o mare ușurință de ce organele de control acreditate preferă să întocmească dosare pentru evaziune fiscală, având ca probe un singur act doveditor, precum o simplă factură nedeclarată. Pe când, în cazul concurenței ilicite, este vorba de multă implicare și cercetare, având în final o mulțime de probe care conduc la o sancțiune mult mai ușoară decât în cazul unei singure hârtii A4 de la evaziunea fiscală.

În cadrul acestui subiect se pot dezbate ample discuții, însă ne rezumăm la exemplificarea procedeele de monopolizare folosite de agenții economici în unele din următoarele cazuri:

1) În cazul importurilor, s-au evidențiat anumite probleme speciale, din cauza faptului că multe societăți comerciale încheie acorduri cu diverși producători din Uniunea Europeană, potrivit cărora ei vor fi singurii care vor avea drept de comercializare a acestora în România. Însă această practică este una infracțională, deoarece acest acord este înscris și la Poliția de Frontieră și, în urma unor înțelegeri personale, punctele de trecere a frontierei iau inițiativa să verifice dacă acele produse au fost cumpărate pentru folos propriu sau comercializare. Astfel, dacă este vorba de comercializarea unor produse asupra cărora există acel acord, ele sunt oprite sau chiar confiscate la vamă.

Acesta este un caz destul de rar întâlnit, în care prin concurența ilicită, un agent economic încearcă să-și asigure bunul mers al afacerii prin monopolizarea segmentului de piață în care activează. Acest fapt este împotriva legii deoarece, în exemplul evidențiat, este vorba de dreptul la libera circulație și comercializare a bunurilor care pot fi vândute (în afara celor restricționate).

O ramură a acestui exemplu, monopolul pe piața importurilor prin diverse procedee și cu ajutorul anumitor organe abilitate, ar putea fi cea a pieței de legume-fructe, flori, semințe pentru agricultură, utilaje agricole, de echipament IT, unde distribuția este una foarte ramificată și complexă, și unde firmele importatoare sunt puține la număr, de obicei deținând monopol și descurajând eventuala concurență.

2) Într-un al doilea caz, putem evidenția metoda prin care un agent economic, cu profitul obținut de pe urma evaziunii fiscale, pornește o amplă strategie de concurență neloyală și foarte agresivă, prin care încearcă să oblige concurența să renunțe, prin încercarea de a le falimenta pe acestea prin atragerea clientelei. Acest lucru deși ar părea fără nicio problemă, fiindcă după cum mulți autori spun “Economia este o junglă”, însă de fapt ea aduce prejudicii concurenței, fără ca firma care a dorit asta să castige ceva. Un lucru cert în marketing este faptul că atunci când o firmă câștigă, alta din același segment pierde. Însă dacă una pierde, și cealaltă pierde intenționat, în dorința ca apoi să monopolizeze piața, este cazul aplicării legislației în vigoare.

Astfel, firmele care practică acest fel de strategie sunt detectabile cu o oarecare ușurință datorită concurenților. Sunt diverse segmente de piață unde, după ce au reușit să monopolizeze o întreagă piață, agentul economic rămas formează alte firme, ca în procedeul evaziunii fiscale, prin care va crea impresia de concurență, pentru ca statul să nu se implice în cadrul aceluia segment, ca

alți competitori să nu apară și pentru ca toți clienții să fie mulțumiți de faptul că au din ce gamă variată alege. Însă ele sunt ușor detectabile tocmai din cauza faptului că niciodată aceste firme nu se vor război unele cu altele, din punct de vedere economic, și dacă o vor face, efectele devastatoare nu vor exista de nicio parte, poate doar o simulare a acestor efecte, dar ele de fapt nu există și se poate observa asta tocmai din numărul de angajați, cifra de afaceri, precum și din patrimoniul firmei.

În al doilea rând, ele pot fi ușor detectate, ca și în cazul evaziunii fiscale, din cauza faptului că firmele-paravan și firma-mamă împart de obicei minim un asociat, administratorul, sediul sau chiar telefonul de contact al contabilului, al șoferului etc. Totodată, firmele-paravan nu vor reuși niciodată să aibă un produs mai bun sau mai bine vândut decât firma-mamă, tocmai din motivul lesne de înțeles, că adevăratul brand care trebuie protejat este tocmai firma-mamă, iar celelalte firme, cele paravan, sunt acolo doar ca să preaslăvească economic firma-mamă, în ochii clienților și ai statului.

Câteva exemple sunt evidențiate de doctrina de specialitate:

În cazul producției de mașini, presa internațională exemplifică modul în care grupul de afaceri **Volkswagen Group** are o intensă programă de monopolizare a pieței internaționale de construcții de mașini, deoarece aceasta ori deține, ori are relații de parteneriat cu firme precum Volkswagen, Audi, Bentley, Bugatti, Lamborghini, Porsche, Seat, Skoda, companii constructoare de mașini civile, dar și cu MAN, Scania, ori Vehiculele Comerciale Volkswagen, unele dintre puținele firme constructoare de vehicule comerciale europene.

O scurtă privire asupra relațiilor de tip cartel și a pachetelor de acțiuni ale companiilor constructoare de mașini, care își desfășoară activitatea în Europa ar arăta astfel:

1. General Motors deține Cadillac, Chevrolet, Opel, Daewoo și alianța comercială cu PSA Peugeot-Citroen.
2. Volkswagen Group deține Audi, Bentley, Bugatti, Lamborghini, Porsche, Seat, Skoda, Volkswagen, MAN, Scania.
3. Fiat deține Alfa Romeo, Chrysler, Dodge, Ferrari, Fiat, Jeep, Lancia, Maserati și Fiat Industrial (Iveco, Irisbus și Zastava).
4. Daimler AG deține Mercedes-Benz, Mercedes-AMG, Mitsubishi Fuso (camioane și autobuze), Setra (autobuze) și Smart.
5. TATA Motors deține Jaguar, Land Rover, TATA și TATA Daewoo (alianța comercială cu General Motors) și Range Rover (deținut de Land Rover).
6. Toyota Motor Corporation deține Daihatsu, Lexus și Toyota.
7. Renault deține Renault, Dacia și alianțe comerciale cu Nissan și AvtoVAZ (Lada).
8. Ford Motor Company deține Ford și alianța comercială cu Mazda.
9. BMW AG deține BMW, MINI și Rolls-Royce.

Totodată, pentru a evidenția și mai bine metoda de monopolizare, trebuie observat cazul Porsche-Volkswagen, unde Porsche Company deține Porsche Automobil Holding, care deține Volkswagen Group, care la rândul său deține Porsche Company, formând astfel un mare "cerc vicios".

Apoi, o atentă analizare a pieței române de automobile evidențiază acest fapt, deoarece:

1. Țiriac Auto deține un portofoliu de șapte mărci: Mercedes-Benz, Jaguar, Land Rover, Range Rover, Mitsubishi, Ford și Hyundai.
2. AutoItalia Group deține un portofoliu de șapte mărci: Fiat (mașini civile și comerciale), Alfa Romeo, Abarth, Lancia, Maserati, Infiniti (care, pe piața mondială este deținută de Nissan) și Jeep.
3. Automobile Bavaria deține un portofoliu de trei mărci: BMW, MINI și Rolls-Royce.
4. Rețeaua Renault România deține un portofoliu de două mărci și alianțe de distribuție cu încă două: Renault și Dacia sunt deținute, iar alianța este făcută cu Nissan și Lada.

Un alt exemplu al monopolizării unei piețe prin producerea de concurență falsă, doar de fațadă, este segmentul de piață al conservelor din România. În cadrul acestui segment de piață se evidențiază două companii cu un portofoliu de cinci mărci consacrate:

1. Scandia Food care deține mărcile Scandia Sibiu, Bucegi și Sadu.
2. Hame care deține Hame și Antrefrig (cumpărat în anul 2008)

O altă direcție pe care evaziioniștii au fost nevoiți să o urmărească este cea a fundațiilor, mai exact cea a organizațiilor fără scop lucrativ. Acest mod de evaziune fiscală este într-o măsură de 20% ajutat și de către stat, datorită **Codului Fiscal, titlul 2, Cap. II, art. 21, alin. (4), lit. p) :“Contribuabilii care efectuează sponsorizări și/sau acte de mecenat, potrivit prevederilor Legii nr. 32/1994 privind sponsorizarea, cu modificările ulterioare, și ale Legii bibliotecilor nr. 334/2002, republicată, cu modificările și completările ulterioare, precum și cei care acordă burse private, potrivit legii, scad din impozitul pe profit datorat sumele aferente în limita minimă precizată mai jos:**

- 1. 3 la mie din cifra de afaceri;**
- 2. 20% din impozitul pe profit datorat.”¹**

Datorită acestei legi care are menirea de a promova întrajutorarea, evaziioniștii pot sustrage suma aferentă procentului de 20% din impozitul pe profit. Astfel este des întâlnită în practica de specialitate modalitatea cum evaziioniștii formează noi fundații cu domenii de activitate precum ajutorarea comunităților defavorizate, împăduriri, conservarea anumitor locații, etc. Depinzând de sumele alocate și de oamenii implicați, aceste fundații pot avea ca țintă anumite domenii naționale sau internaționale. Implicarea unei sume imense și a unor nume sonore, poate provoca o atență urmărire de către mass-media asupra eficacității și desfășurării fundației pe plan național. Însă pe plan internațional, pentru ca aceste fundații să fie urmărite de terțe persoane este nevoie ca investigatorii să aibă suport material și profesional destul de mare, fapt care va conduce la o întreagă rețea de evaziune fiscală internațională a fundațiilor pentru spălarea banilor obținuți din evaziunea fiscală organizată de cei implicați în fundație pe plan național. Din acest motiv, cercetarea în cadrul acestui subiect, cel al fundațiilor internaționale, este unul foarte delicat și greu de obținut, deoarece aceste fundații sunt anchetate de organizații sonore precum ”**Financial Action Task Force**” (TAFT), organizație formată de către statele membre reuniunii G7.

3. Concluzii

Acestea fiind prezentate și detaliate, fenomenul în sine al evaziunii fiscale nu poate fi considerat o adevărată atracție pentru cercetare, cât o prezintă multitudinea de efecte și de forme pe care aceasta o îmbracă, și sper că am putut prezenta cu succes într-un mod restrâns cele mai importante două efecte ale evaziunii fiscale, anume, concurența ilicită și monopolizarea piețelor.

Într-un final, aș dori să evidențiez faptul că deși în cadrul unei cercetări de specialitate, cum sunt cele ale marilor profesori de economie sau marketing, aceste fenomene infracționale pot părea ușoare, însă ele în realitate sunt un amalgam de hârtii, frică și chibzuință apăsătoare a fiecărui pas, lucru care trebuie să impună o anumită creștere în domeniul combaterii evaziunii fiscale.

Sper cu toată convingerea că am arătat numeroasele forme sub care poate fi întâlnită această practică, sub egida “Ca să o poți combate, trebuie să o poți vedea, mai întâi” și mai ales a ideii care va demasca întotdeauna asemenea strategii, anume lipsa de imaginație în aplicarea acestora în practică. Deoarece odată pornit sistemul, cei implicați, evaziioniștii, nu se mai pot opri, continuă să practice până aceasta își va arăta efectele legale și tocmai din acest motiv, de multe ori, aceștia dau dovada unei lipse acute de imaginație și perspicacitate, din cauza faptului că tot timpul și toată priceperea sunt centrate pe infracțiunea fiscală și se uită de celelalte aspecte economice ale pieței, fapt care, împreună cu dezvoltarea necontrolată a rețelei, duc la autodemascarea și la propria pierzanie.

Din păcate, în realitatea autohtonă contemporană, instituțiile abilitate în loc să se ocupe de aceia care chiar prejudiciază țara cu sume imense, de tipul afacerilor “caracatiță”, cu profituri reale

¹ http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Legislatie_R/Cod_fiscal_norme_2013.htm

imense, ele anchetează micii întreprinzători, de genul kiosk-urilor, piețarilor sau a micilor afaceri de familie, care provoacă, uneori, cumulat un prejudiciu de 0,001% în raport cu cei mai sus amintiți. Această practică se rezumă doar la numărul impus de amenzi, tocmai din teama personală asupra postului ocupat, a siguranței și libertății proprii persoane și a familiei, neștiind în spatele evazioniștilor mari și influenți, în realitate, cine îi îndrumă, ajută sau conduce din aparatul politic sau administrativ al statului.

În concluzie, am marea speranță că cei care practică evaziunea fiscală doar din plăcerea jocului și din simplul obicei de a nu da statului bani, s-ar putea gândi și la oamenii a căror viață depinde doar de câțiva bani, bătrânii, spitalele prost dotate care mai mult omoară decât să vindece, donând 20% din impozitul care a mai rămas în urma evaziunii, către cei care au adevărata nevoie. Este o modalitate prin care aceștia pot fi liniștiți, venindu-le în ajutor tocmai statul, fără a mai avea conștiința încărcată, putând spune duhovnicului că, deși au prejudiciat statul, au ajutat și salvat vieți omenești, intrând astfel într-o semi-legalitate, din perspectiva firii umane.

Referințe bibliografice:

- “Evaziunea Fiscală”, Conf. Univ. Dr. Dan Drosu Șaguna, Asist. Univ. Mihaela Eugenia Tutungiu, editura Oscar Print, București, 1995
- <http://www.consiliulfiscal.ro/Raport2011.pdf>
- http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/ajutordestat/L11_1991actualizata.pdf (Legea concurenței ilicite)
- http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Cod_fiscal_norme_2012.htm (Codul Fiscal)
- Monitorul Oficial al României, Partea I nr.742, din data 16 August 2005 (Republicarea Legii concurenței nr. 21/1996)
- Monitorul Oficial al României, Partea I nr.545, din data 29 Iulie 2003 (Republicarea Legii pentru combaterea evaziunii fiscale nr. 87/1994)
- Informații de interes public furnizate prin interfețele publice ale General Motors Company, Fiat, Volkswagen Group, Daimler, TATA Motors, Auto Țiriac, AutoItalia Group, Automobile Bavaria, Renault sau Trust Motors.
- Statisticile companiei O.I.C.A. privind relațiile contractuale ale companiilor de automobile din lume.

ANALIZA ECHILIBRULUI FINANCIAR AL SOCIETĂȚII SMARTREE ROMÂNIA

Cătălin Alexandru ANDREI *

Abstract

Aspectele prezentate în această lucrare sunt menite să evidențieze modalitățile de realizare a echilibrului financiar la “SC Smartree România SRL”, folosind ca sursă de date documentele contabile de sinteza pe parcursul a 3 ani (2009-2011). Obiectul acestei lucrări este punerea în evidență a punctelor tari și slabe ale poziției financiare pentru societatea” Smartree România SRL”, oferirea de elemente de explicare a cauzelor, dificultăților existente, și evaluarea capacității întreprinderii de a-și asigura finanțarea activității.

Cuvinte cheie: echilibru financiar, fond de rulment, nevoie de fond de rulment, trezorerie netă, lichiditate, solvabilitate, rate de îndatorare

1. Introducere

Schimbările ce au loc în economia românească impun cunoașterea și aplicarea tehnicilor și metodelor de acțiune practică financiară pentru căutarea surselor de capital și alocarea lor eficientă în scopul realizării obiectivului fundamental al întreprinderii, acela de maximizare a valorii acesteia.

În această lucrare voi evidenția modalitățile de realizare a echilibrului financiar la “SC Smartree România SRL”, folosind ca sursă de date documentele contabile de sinteză pe parcursul a 3 ani (2009-2011).

În acest scop am considerat necesar să prezint serviciile oferite de societatea Smartree România SRL și să evidențiez modul în care această societate a reușit să devină partenerul preferat al companiilor de succes cu acoperire națională din domeniul serviciilor de personal (secțiunea 2).

În secțiunea 3, intitulată “Analiza patrimonială a societății Smartree România”, voi calcula și analiza indicatorii și ratele de echilibru financiar ale acestei societăți.

Analiza pe baza bilanțului funcțional al societății va fi prezentată în secțiunea 4.

2. Prezentarea generală a societății Smartree România

Smartree România este persoană juridică română, înființată în anul 2000 ca și societate cu răspundere limitată. Serviciile oferite de societate sunt:

a) Salarizare și administrare de personal

Serviciile de salarizare (calcul salarial, generarea ștatelor de salarii și a declarațiilor fiscale către autorități, fluturași de salarii, generare note contabile de salarii, gestionarea pontajelor, întocmirea diverselor rapoarte etc.) vor fi furnizate de echipa Smartree formată din 80 specialiști, cea mai mare parte cu experiență în livrarea directă a serviciilor de salarizare și administrare către client;

Platforma software proprie – MyStaff – care prin dezvoltări, îmbunătățiri continue asigură productivitatea necesară acestor servicii, iar prin customizări permite adaptarea serviciilor la specificul activității fiecărui client.

Serviciile de administrare de personal sunt constituite dintr-un set de activități care pot implica un contact direct, regulat cu angajații clientului (front office) sau stabilirea unui punct de

* Student, Facultatea de Științe Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: cata2home@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Maria Grigore (mgrigore@univnt.ro)

contact, fie cu un unic reprezentant al departamentului de resurse umane, fie cu mai mulți reprezentanți (back office).

b) Muncă temporară

În cazul creșterii activității, pe perioada concediilor de odihnă sau medicale sau oricând situația nu permite angajarea permanentă, Smartree Romania poate oferi soluții de muncă temporară adaptate nevoilor clientului, pentru un plus de reactivitate și adaptabilitate în gestiunea resurselor umane. În funcție de specificul fiecărui post, serviciile de muncă temporară pot include sau nu recrutarea angajaților, programarea și efectuarea vizitelor medicale și gestionarea instructajului de protecție și securitate în muncă. De asemenea, întregul ciclu al angajării este gestionat de către Smartree astfel încât responsabilitățile clientului sunt limitate la direcționare și control în activitatea profesională.

c) Recrutare și strategii de retenție

Datorită tehnologiilor folosite, a bazei de date cu specific pe industria oil&gas și a personalului specializat în recrutări de masă, dar și de specialiști în management, Smartree România poate acoperi volumul de recrutare preconizat de 1200-1500 poziții/an.

d) Training și dezvoltarea managementului

Smartree Romania oferă programe de training personalizate, adaptate specificului activității clientului și care urmăresc îndeplinirea unor obiective clare de afaceri. Programele de training sunt interactive, practice și orientate către îmbunătățirea performanțelor participanților.

Pornind de la experiența vastă în domeniul administrării și salarizării de personal, Smartree Romania a adoptat în ultimii ani o strategie de diversificare a serviciilor, răspunzând astfel solicitărilor clienților și punând în valoare competențele membrilor echipei sale. Prezentăm mai jos, pe scurt, portofoliul de servicii de externalizare a proceselor de HR care se pot adapta pe nevoile clientului pentru desfășurarea operațiunilor în România.



3. Analiza patrimonială a societății Smartree România

3.1 Transformarea bilanțului contabil în bilanț financiar

“Bilanțul constituie documentul principal care stă la baza evaluării patrimoniale a întreprinderii”¹. Printr-o definiție simplă bilanțul reprezintă constatarea la o dată **t** a ceea ce întreprinderea posedă (activ) și a ceea ce datorează (pasiv).

Bilanțul contabil al societății Smartree Romania pentru perioada 2009-2011 se prezintă astfel:

	Denumirea elementului	Nr. rd.	2009	2010	2011
A.	ACTIVE IMOBILIZATE				
	I. IMOBILIZĂRI NECORPORALE	1	41,159	2,833,941	3,716,324
	II. IMOBILIZĂRI CORPORALE	2	2,051,985	1,327,115	871,113
	III. IMOBILIZĂRI FINANCIARE	3		381,922	381,922
	ACTIVE IMOBILIZATE TOTAL (rd. 1+2+3))	4	2,093,144	4,542,978	4,969,359
B.	ACTIVE CIRCULANTE				
	I. STOCURI	5	2,717	7,626	10,110
	II. CREANȚE	6	5,334,441	2,812,566	2,790,694
	III. ÎNVEȘTIȚII PE TERMEN SCURT	7			
	IV. CASĂ ȘI CONTURI LA BĂNCI (ct. 5112 + 512 + 531 + 532 + 541 + 542)	8	431,226	2,519,973	551,854
	ACTIVE CIRCULANTE - TOTAL (rd. 5+6+7+8)	9	5,768,384	5,340,165	3,352,658
C.	CHELTUIELI ÎN AVANS (ct. 471)	10	229,041	157,432	62,290
D.	DATORII: SUMELE CARE TREBUIE PLĂTITE ÎNTR-O PERIOADĂ DE PÂNĂ LA UN AN	11	3,460,266	2,487,500	2,287,888
E.	DATORII: SUMELE CARE TREBUIE PLĂTITE ÎNTR-O PERIOADĂ MAI MARE DE UN AN	12	506,421	363,092	178,203
F.	PROVIZIOANE	13	-	-	-
G.	VENITURI ÎN AVANS	14	-	-	-
H.	CAPITAL ȘI REZERVE	15	200	8,219,040	8,219,040
	I. Capital subscris vărsat (ct. 1012)	16	200	320	320
	II. PRIME DE CAPITAL (ct. 104)	17	-	8,218,680	8,218,680
	III. REZERVE DIN REEVALUARE (ct. 105)	18			

¹ Georgeta Vintilă, Gestiunea financiară a întreprinderii, Editura didactică și pedagogică, Bucuresti 2010, pag

	IV. REZERVE	19	40	40	40
I	V. PROFITUL SAU PIERDEREA REPORTAT(Ă)	20			
	SOLD C (ct. 117)	21	2,698,911	4,119,672	
	SOLD D (ct. 117)	22			1,058,424
J	VI. PROFITUL SAU PIERDEREA EXERCITIULUI FINANCIAR	23			
	SOLD C (ct. 121)	24	1,424,731	-	
	SOLD D (ct. 121)	25		5,148,729	1,242,400
	CAPITALURI PROPRII - TOTAL (rd. 15+21+24-25)	27	4,123,882	7,189,983	5,918,216

Pentru calcularea indicatorilor de echilibru financiar este necesară prelucrarea prealabilă a bilanțului contabil și transformarea lui într-un bilanț financiar, în care activele sunt grupate după criteriul lichidității crescătoare, iar pasivele după cel al exigibilității crescătoare.”¹

Transformarea bilanțului contabil în bilanț financiar presupune efectuarea unor corecții atât în posturile din activul bilanțier cât și în posturile din pasivul bilanțier; în cazul societății Smartree România am realizat următoarele corecții:

La active:

- am împărțit activele circulante din bilanțul contabil în active circulante propriu zise (cuprind stocuri, creanțe, cheltuieli înregistrate în avans) și active de trezorerie (casă și conturi la bănci).

- categoria creanțelor cu termen de încasare mai mic de un an cuprind: clienți, debitori diverși, creanțe în legătură cu personalul, etc.

- Creanțele imobilizate reprezintă garanții în lei depuse la terți în valoare de 388.528 lei în an 2009 (la întocmirea bilanțului contabil an 2009 aceste creanțe mai mare de un an au fost încadrate greșit la creanțe și nu la imobilizări financiare) și de 381.922 lei în an 2010 și an 2011, ce urmează a fi încasate într-o perioadă mai mare de un an, acestea au fost prinse la imobilizări financiare ;

La pasive:

- Datoriile pe termen mai mare de un an cuprind partea din datoria către companiile de leasing financiar scadentă într-o perioadă mai mare de un an, conform scadențelor de leasing financiar atașate contractelor semnate de compania SMARTTREE ROMÂNIA cu societățile de leasing financiar.

- Datoriile pe termen scurt cuprind datoriile care se vor plăti într-o perioadă mai mică de un an și cuprind: datorii către furnizori, datorii față de salariați, datorii către stat cu impozite și taxe, partea din datoria către companiile de leasing financiar scadența într-o perioadă mai mică de un an, creditorii diverși; pe baza bilanțelor de verificare pentru anii 2009- 2011 s-au împărțit datoriile pe termen scurt în:

CONT	DATORII PE TERMEN SCURT	2009	2010	2011
401	Furnizori	2,012,853	594,393	124,813
404	Furnizori de imobilizări	8,890	22,236	4,056
408	Furnizori-facturi nesosite	216,097	171,683	177,357
	Datorii față de furnizori	2,237,840	788,312	306,226

¹ Maria Grigore, Gestiunea financiară a întreprinderii, Cartea Studențească, București 2009, pag 10

421	Personal-remunerații datorate	171,120	215,858	327,630
423	Personal-ajutoare materiale datorate	2,851	4,862	12,279
426	Drepturi de personal neridicate	177	260	260
427	Rețineri din remunerații datorate terților	100		604
428	Alte datorii și creanțe în legătură cu pers.		46,814.00	27,651
	Datorii față de salariați	174,248	267,794	368,424
431	Asigurări sociale	81,729	380,807	457,305
437	Ajutor de șomaj	3,118	11,170	13,706
441	Impozitul pe profit	131,485	2,751	
4423	TVA de plată	221,740	279,120	344,376
4428	TVA neexigibilă	18,959	254,950	372,049
444	Impozitul pe salarii	32,401	119,187	144,890
446	Alte imp., taxe și vărsăminte asimilate		13,116	7,679
447	Fonduri speciale-taxe și vărsăminte asimilate	1,360	6,511	2,667
448	Alte datorii și creanțe cu bugetul statului	234	20	20
	Datorii față de stat	491,026	1,067,632	1,342,692
455	Sume datorate asociațiilor	269,970		
457	Dividende de plată	44,833		
462	Creditori diverși	16,159	13,318	13,323
167	Alte împrumuturi și datorii asimilate-Leasing financiar	226,191	350,444	257,223
	Alte datorii	557,152	363,762	270,546
	TOTAL	3,460,266	2,487,500	2,287,888

Bilanțul financiar se prezintă astfel:

BILANȚ FINANCIAR (lei)							
ACTIV (NEVOI)	Valoare			PASIV (RESURSE)	Valoare		
	2009	2010	2011		2009	2010	2011
1. Active pe termen lung (ATL)	2,481,672	4,542,978	4,969,359	1.Pasive pe termen lung (PTL)	4,630,303	7,553,075	6,096,419
- imobilizări necorporale	41,159	2,833,941	3,716,324	1.1 Capital propriu (CPR)	4,123,882	7,189,983	5,918,216
-imobilizări corporale	2,051,985	1,327,115	871,113	-capital social	200	320	320
-imobilizări financiare > un an	388,528	381,922	381,922	-prime de capital	-	8,218,680	8,218,680
				-rezerve	40	40	40
				-rezultat reportat	2,698,911	4,119,672	-1,058,4

							24
				-rezultatul exercițiului	1,424,731	-5,148,729	-1,242,400
				1.2.Datorii termen mediu și lung (DTL)	506,421	363,092	178,203
				- imprumuturi bancare (leasing)> un an	506,421	363,092	178,203
2. Active pe termen scurt (ATS)	5,608,897	5,497,597	3,414,948	2.Pasive pe termen scurt (PTS)	3,460,266	2,487,500	2,287,888
2.1.Active circulante (ACR)	5,177,671	2,977,624	2,863,094	2.1. Datorii pe termen scurt (DTS)	3,460,266	2,487,500	2,287,888
-stocuri	2,717	7,626	10,110	-datorii față de furnizori	2,237,840	788,312	306,226
-creanțe< un an	4,945,913	2,812,566	2,790,694	-datorii față de salariați	174,248	267,794	368,424
-cheltuieli în avans <un an	229,041	157,432	62,290	-datorii față de stat	491,026	1.067.632	1.342.692
				-datorii leasing < un an	226,191	350,444	257,223
				- alte datorii pe termen scurt	330.961	13.318	13,323
2.2. Active de trezorerie	431,226	2,519,973	551,854	2.2 Pasive de trezorerie (PTZ)	-	-	-
-casa și conturi la bănci	431,226	2,519,973	551,854				
-investitii financiare pe termen scurt							
TOTAL ACTIVE	8,090,569	10,040,575	8,384,307	TOTAL PASIVE	8,090,569	10,040,575	8,384,307

3.2. Indicatorii de echilibru financiar

Pe baza bilanțului financiar prezentat mai sus se vor calcula trei indicatori care exprimă echilibrul dintre nevoi și resurse: fondul de rulment financiar, nevoia de fond de rulment și trezoreria netă pentru anii 2009, 2010 cât și pentru anul 2011.

I.FONDUL DE RULMENT PERMANENT (FINANCIAR sau PATRIMONIAL)

Acest indicator se poate calcula în două moduri:

a) $FR = PTL - ATL$

FR 2009 = 4.630.303 - 2.481.672 = 2.148.631 LEI

FR 2010 = 7.553.075 - 4.542.978 = 3.010.097 LEI

FR 2011 = 6.096.419 - 4.969.359 = 1.127.060 LEI

Fondul de rulment astfel calculat exprimă surplusul de resurse permanente rezultat din finanțarea investițiilor, care poate fi rulat pentru finanțarea activelor circulante.

În cazul societății Smartree România fondul de rulment pozitiv și cu o valoare mai mare în 2010 față de 2009 arată echilibrul financiar pe termen lung și a contribuției acestuia la realizarea echilibrului de finanțare pe termen scurt. În 2011 valoarea fondului de rulment scade semnificativ (cu 62,56%) față de 2010.

b) $FR = ATS - PTS$

FR 2009 = 5.608.897 - 3.460.266 = 2.148.631 LEI

FR 2010 = 5.497.597 - 2.487.500 = 3.010.097 LEI

FR 2011 = 3.414.948 - 2.287.888 = 1.127.060 LEI

În aceasta variantă, fondul de rulment reprezintă partea din activele pe termen scurt care nu este finanțată de datoriile pe termen scurt.

Fondul de rulment se poate descompune în fond de rulment propriu (FRP) și fond de rulment împrumutat (FRI)

FRP = CPR - ATL

FRI = DTL

FR = FRP + FRI

Pentru an **2009**:

FRP = 4.123.882 - 2.481.672 = 1.642.210 lei

FRI = 506.421

FR = 1.642.210 + 506.421 = 2.148.631 LEI

Pentru an **2010**:

FRP = 7.189.983 - 4.542.978 = 2.647.005 lei

FRI = 363.092

FR = 2.647.005 + 363.092 = 3.010.097 LEI

Pentru an **2011**:

FRP = 5.918.216 - 4.969.359 = 948.857 LEI

FRI = 178.203 LEI

FR = 948.857 + 178.203 = 1.127.060 LEI

Fondul de rulment propriu reprezintă excedentul capitalurilor proprii în raport cu imobilizările relevând gradul de autonomie financiară a întreprinderii, iar fondul de rulment împrumutat reflectă mărirea îndatorării pe termen lung. În cazul societății Smartree fondul de rulment propriu este pozitiv în cei trei ani și în creștere în 2010/2009, asigurând întreprinderii libertate în luarea deciziilor de investiții; după cum se poate observa în bilanțul societății imobilizările necorporale au crescut considerabil în 2010 față de 2009 și în 2011 față de 2010 datorită politicii de investiții a managementului societății prin achiziționarea unui software de salarizare MYSTAFF, necesar desfășurării activității și oferirea unor servicii de calitate.

Societatea dispune de resurse pentru dezvoltarea softwar-ului existent precum și de achiziționarea de noi investiții pe viitor, cu atât mai mult cu cât gradul de îndatorare pe termen lung nu este mare. De asemenea capitalul propriu are o creștere semnificativă în anul 2010/2009, datorită primelor de capital înregistrate în urma vanzării societății către un nou acționar și prin înfuzia de capital adusă de acesta din urmă, scăzând în anul 2011 datorită pierderii raportate din an 2010 cât și a pierderii înregistrate în exercițiul financiar 2011 de -1.242.400 lei

II. NEVOIA DE FOND DE RULMENT (NFR)

$NFR = ACR - DTS$

$NFR_{2009} = 5.177.671 - 3.460.266 = 1.717.405 \text{ LEI}$

$NFR_{2010} = 2.977.624 - 2.487.500 = 490.124 \text{ LEI}$

$NFR_{2011} = 2.863.094 - 2.287.888 = 575.206 \text{ LEI}$

Acest indicator exprimă partea din activele circulante (stocuri, creanțe) care nu este finanțată din datoriile pe termen scurt (furnizori, datorii salariale, fiscale etc.).

În cazul societății Smartree NFR are valori pozitive în cei trei ani supuși analizei, acest lucru semnificând un surplus de nevoi temporare față de resursele temporare. Situația este nefavorabilă în anul 2009 deoarece valoarea pozitivă este datorată creșterii creanțelor clienți (încetării încasărilor) și reducerii datoriilor ca urmare a urgentării plăților; în anul 2010 valoarea NFR a scăzut datorită creșterii gradului de încasare a creanțelor concomitent cu angajarea unor datorii salariale mai mari datorită politicii de dezvoltare a activității.

III. TREZORERIA NETĂ (TN)

$TN = FR - NFR$

$TN_{2009} = 2.148.631 - 1.717.405 = 431.226 \text{ LEI}$

$TN_{2010} = 3.010.097 - 470.124 = 2.519.973 \text{ LEI}$

$TN_{2011} = 1.127.060 - 575.206 = 551.854 \text{ LEI}$

Acest indicator exprimă rezultatul întregului echilibru financiar al societății (pe termen lung și scurt).

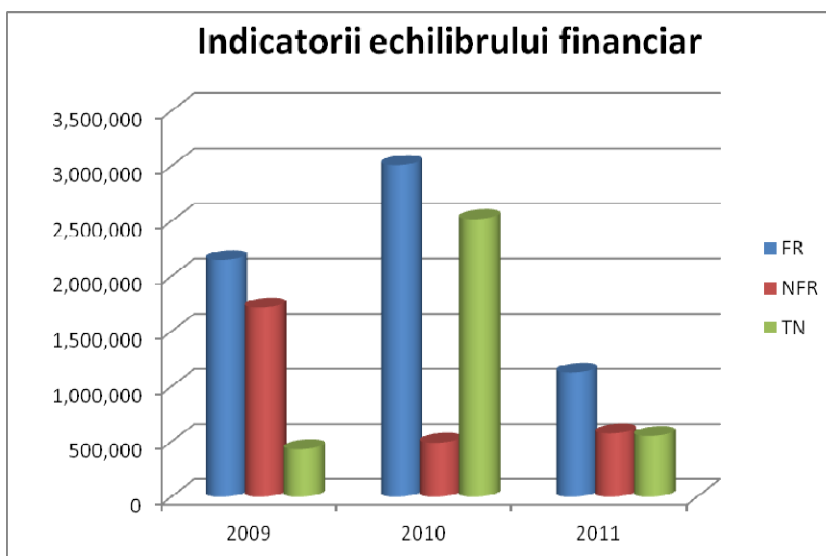
În cazul societății Smartree trezoreria netă este pozitivă în cei trei ani analizați reprezentând un excedent de finanțare, concretizat în Disponibilități în casă și în conturi bancare. Această valoare pozitivă reprezintă suma rămasă după ce fondul de rulment finanțează în totalitate nevoia de fond de rulment.

Evoluția trezoreriei nete reprezintă cash-flowul (CF) ce revine acționarilor sub formă de dividende de încasat sau de profit reînvădit.

$CF = TN_{2010} - TN_{2009} = 2.519.973 - 431.226 = 2.088.747 \text{ LEI}$

$CF = TN_{2011} - TN_{2010} = 551.854 - 2.519.973 = -1.968.119 \text{ LEI}$

Cash-flow-ul este pozitiv în anul 2010 reflectând o majorarea a activului real, a averii proprietarilor; situația devine nefavorabilă în anul 2011.



3.3. Ratele de echilibru financiar și de îndatorare

RATELE DE LICHIDITATE

a) Rata lichidității generale:

$$RLG = \text{ATS} / \text{PTS}$$

$$\text{Pentru an } 2009: RLG = 5.608.897 / 3.460.266 = 1.62$$

$$\text{Pentru an } 2010: RLG = 5.497.597 / 2.487.500 = 2.21$$

$$\text{Pentru an } 2011: RLG = 3.414.948 / 2.287.888 = 1.49$$

Rata lichidității generale exprimă fondul de rulment financiar în mărime relativă. Această rată compară lichiditățile potențiale cu exigibilitățile potențiale. Mărima optimă a acestei rate este cuprinsă între 2 și 2,5. În cazul societății Smartree valoarea optimă o regăsim în anul 2010, în anii 2009 și 2011 această valoare era sub 2 ceea ce arată că activele transformabile în monedă pe termen scurt nu puteau acoperi datoriile rambursabile pe termen scurt.

b) Rata lichidității parțiale:

$$RLP = \text{ATS} - \text{Stoc} / \text{PTS}$$

$$\text{Pentru an } 2009: RLP = (5.608.897 - 2.717) / 3.460.266 = 1.62$$

$$\text{Pentru an } 2010: RLP = (5.497.597 - 7.626) / 2.487.500 = 2.21$$

$$\text{Pentru an } 2011: RLP = (3.414.948 - 10.110) / 2.287.888 = 1.48$$

Rata lichidității parțiale exprimă capacitatea firmei de a-și plăti datoriile pe termen scurt din creanțe și disponibilități. Valoarea optimă a ratei este cuprinsă între 0,8 și 1.

Societatea poate achita datoriile pe termen scurt pe baza creanțelor și a disponibilităților bănești. În anul 2010 valoarea mai mare a acestei rate se datorează infuziei de capital adusă de noii acționari necesară proiectelor de investiții viitoare și de dezvoltare a afacerii, precum și unei politici de încasare a creanțelor mai eficientă.

c) Rata lichidității imediate:

$$RLI = \text{Active de trezorerie} / \text{PTS}$$

$$\text{Pentru an } 2009: RLI = 431.226 / 3.460.266 = 0.12$$

$$\text{Pentru an } 2010: RLI = 2.519.973 / 2.487.500 = 1.01$$

$$\text{Pentru an } 2011: RLI = 551.854 / 2.287.888 = 0.24$$

Rata lichidității imediate exprimă capacitatea societății de a-și rambursa instantaneu datoriile pe termen scurt din disponibilul existent. Rata ar trebui să aibe o valoare mai mare de 0.3. Societatea în anul 2009 nu putea să își achite din disponibilitățile existente datoriile pe termen scurt, în anul 2010 situația s-a îmbunătățit considerabil, având în anul 2011 un trend descrescător.

RATA SOLVABILITĂȚII

$$\text{Rata solvabilității} = \text{Activ total} / \text{Datorii totale}$$

$$\text{Pentru an } 2009: RS = 8.090.569 / 3.966.687 = 2.04$$

$$\text{Pentru an } 2010: RS = 10.040.575 / 2.850.592 = 3.52$$

$$\text{Pentru an } 2011: RS = 8.384.307 / 2.466.091 = 3.39$$

Această rată exprimă gradul în care întreprinderea face față datoriilor totale. Rata solvabilității exprimă situația netă a întreprinderii în marime relative.

Ratele de solvabilitate în cei trei ani analizați au o valoare mai mare de 1,5 ceea ce dovedește ca societatea este solvabilă adică are capacitatea de a-și achita datoriile totale (pe termen scurt, mediu, lung).

RATELE DE ÎNDATORARE

a) Rata îndatorării globale

$$RIG = \text{Datorii totale} / \text{Pasiv total} < 2/3$$

$$\text{Pentru an } 2009: RIG = 3.966.687 / 8.090.569 = 0.49$$

$$\text{Pentru an } 2010: RIG = 2.850.592 / 10.040.575 = 0.28$$

$$\text{Pentru an } 2011: RIG = 2.466.091 / 8.384.307 = 0.29$$

Rata îndatorării globale se situează sub limita maximă impuse de bănci, acest lucru arătând faptul că societatea mai poate contracta credite.

a) Rata îndatorării la termen

$$\text{RIT} = \text{DTL} / \text{PTL} < 1/2$$

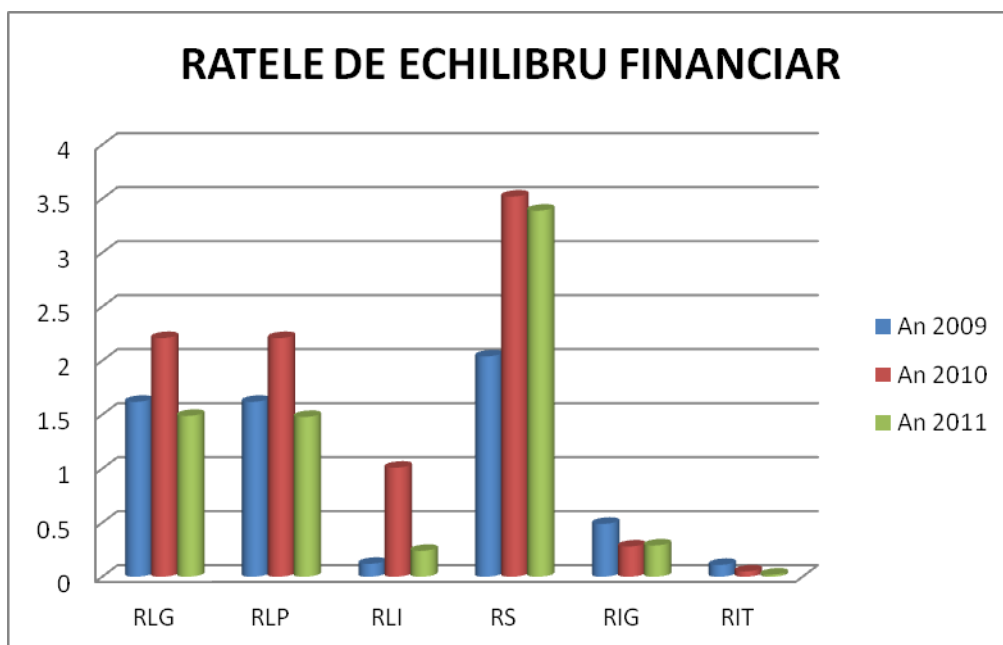
Pentru an **2009**: $\text{RIT} = 506.421 / 4.630.303 = 0.11$

Pentru an **2010**: $\text{RIT} = 363.092 / 7.553.075 = 0.05$

Pentru an **2011**: $\text{RIT} = 178.203 / 6.096.419 = 0.02$

Limita menționată nu a fost atinsă, capacitatea de îndatorare nu a fost saturată, societății i se pot acorda credite pe termen lung.

Situația grafică a ratelor de echilibru financiar și de îndatorare pentru anii 2009, 2010 și 2011 la societatea Smartree România se prezintă astfel:



4. Analiza funcțională

4.1. Transformarea bilanțului contabil în bilanț funcțional

Analiza funcțională implică o nouă concepție a întreprinderii și un nou conținut pentru analiza financiară.

În acest context întreprinderea este definită ca o entitate economică și financiară având trei funcții principale:

“ 1. **Funcția de investiție** asigură o regrupare a imobilizărilor ele constituind nevoi sau alocări stabile ce sunt finanțate din resurse durabile existente în pasivul bilanțului

2. **Funcția de finanțare** regrupează posturile privind capitalurile proprii, datoriile financiare și amortizările și provizioanele.

3. **Funcția de exploatare** corespunde fluxurile de aprovizionare producție, vânzări generatoare de stocuri reale și financiare ce se reînnoiesc cu o anumită regularitate”¹.

¹ Georgeta Vintilă, Gestiunea financiară a întreprinderii, Editura Didactica și pedagogică, București 2010 pag

În analiza funcțională se pune problema strategiei de finanțare a nevoii de fond de rulment, finanțare integrală cu fonduri permanente sau parțială și în completare cu resurse de scurtă durată. O structură optimă de finanțare este aceea care asigură cel mai scăzut cost al procurării capitalurilor.

Bilanțul funcțional al societății Smartree România se prezintă astfel:

Ciclul	Utilizări	VALOARE			Resurse	VALOARE		
		2009	2010	2011		2009	2010	2011
Investire	Nevoi stabile (NS)	2,481,672	4,542,978	4,969,359	Resurse durabile (RD)	4,630,303	7,553,075	6,096,419
Op. de investiție și dezinvestiții	Imobilizări de exploatare	2,093,144	4,161,056	4,587,437	Resurse proprii	4,123,882	7,189,983	5,918,216
Op. de finanțare a investițiilor	Imobilizări în afara exploatare	388,528	381,922	381,922	Datorii provenind din împrumuturi contractate pe termen lung	506,421	363,092	178,203
Operatii curente	Nevoi curente (NC)	5,177,671	2,977,624	2,863,094	Resurse curente (RC)	3,460,266	2,487,500	2,287,888
Op. de aprovizionare, producție și comercializare	Stocuri	2,717	7,626	10,110	Datorii curente de exploatare	3,129.305	2.474.182	2,274,565
	Creanțe de exploatare	4,945,913	2,812,566	2,790,694	Datorii curente în af. exploatare	330.961	13.318	13,323
	Creanțe în afara exploatare	229,041	157,432	62,290				
Operații de trezorerie	ATZ	431,226	2,519,973	551,854	PTZ			
Op. de gestionare a excedentului	Disponibil	431,226	2,519,973	551,854	credite bancare curente			

ui/deficitul ui de								
	TOTAL	8,090,5 69	10,040 ,575	8,384, 307	TOTAL	8,090,5 69	10,040, 575	8,384, 307

4.2. Indicatorii de echilibru funcțional

Pe baza bilanțului funcțional se pot calcula următorii indicatori:

a) FONDUL DE RULMENT FUNCȚIONAL (NET GLOBAL)

Fondul de rulment funcțional exprimă incidența ciclului de investiție asupra echilibrului financiar global.

FRNG = Resurse durabile – Nevoi stabile

FRNG 2009 = 4.630.303-2.481.672= 2.148.631 lei

FRNG 2010 = 7.553.075-4.542.978= 3.010.097 lei

FRNG2011=6.096.419-4.969.359=1.127.060 lei

Resursele durabile sunt cele care, încă de la crearea (resurse interne) sau achiziționarea lor (resurse externe) au fost neexigibile sau puțin exigibile și care au fost destinate finanțării investițiilor; în categoria imobilizărilor în afara exploatații am introdus garanțiile recunoscute ca și imobilizări financiare în bilanțul contabil.

Nevoile stabile sunt cele aferente ciclului de investiție și corespund imobilizărilor.

FRNG este pozitiv în cei trei ani analizați, rezultă că o parte din resursele durabile rămân disponibile pentru finanțarea activității curente.

b) NEVOIA DE FOND DE RULMENT FUNCȚIONAL

Nevoia de fond de rulment net global reflectă echilibrul dintre nevoile și resursele aferente operațiilor curente.

NFRNG = Nevoi curente – Resurse curente

NFRNG 2009= 5.177.671-3.460.266 = 1.717.405 lei

NFRNG 2010= 2.977.624-2.487.500 = 490.124 lei

NFRNG 2011=2.863.094-2.287.888 = 575.206 lei

Nevoile curente cuprind stocurile, creanțele de exploatare și din afara exploatații, acestea din urmă sunt reprezentate prin cheltuielile înregistrate în avans.

Resursele curente sunt datoriile destinate finanțării operațiilor curente de exploatare și din afara exploatații.

NFRNG având valori pozitive în cei trei ani analizați, acest lucru semnifică faptul că resursele curente nu acoperă în totalitate nevoile curente, diferența urmând să fie finanțată din FRNG sau din credite de trezorerie, situația se îmbunătățește începând cu anul 2010, observându-se o diminuarea a NFRNG.

Nevoia de fond de rulment net global se descompune în:

- nevoie de fond de rulment de exploatare:

NFRE = Nevoi curente de exploatare – Resurse curente de exploatare

NFRE 2009= 4.948.630-3.129.305 = 1.819.325 lei

NFRE 2010= 2.820.192-2.474.182 = 346.010 lei

NFRE 2011=2.800.804-2.274.565 = 526.239 lei

- nevoie de fond de rulment în afara exploatații:

NFRAE = Nevoi curente în afara exploatații – Resurse curente în afara exploatații

NFRAE 2009 = 229.041-330.961 = -101.920 lei

NFRAE 2010 = 157.432-13.318 = 144.114 lei

NFRAE 2011=62.290-13.323 = 48.967 lei

NFRNG = NFRE + NFRAE

NFRNG 2009 = 1.717.405 lei

NFRNG 2010 = 490.124 lei

NFRNG 2011 = 575.206 lei

c) TREZORERIA NETĂ

Trezoreria netă exprimă excedentul activelor de trezorerie (ATZ), formate din disponibil și investiții financiare pe termen scurt, în raport cu pasivele de trezorerie (PTZ), reprezentate de creditele bancare curente și alte credite contractate pe termen scurt.

TN = ATZ – PTZ sau TN = FRNG – NFRNG

TN 2009= 431.226 lei

TN 2010= 2.519.973 lei

TN 2011=551.854 lei

Trezoreria netă este pozitivă în toți cei trei ani analizați, reflectând un excedent monetar, reflectat de disponibilul în casă și în conturile bancare.

Nivelul foarte ridicat al trezoreriei în anul 2010 se datorează faptului că societatea a avut o infuzie de capital datorită schimbării acționariatului principal prin cumpărarea pachetului de acțiuni; infuzia de capital este destinată dezvoltării activității prin îmbunătățirea soft-ului cumpărat în anul 2010 și prin politicile de atragere de noi clienți pentru serviciile de payroll și muncă temporară.

5. Concluzii

Societatea Smartree România SRL activează pe piața serviciilor outsourcing din România din anul 2000, acumulând până în prezent o vastă experiență în furnizarea serviciilor de salarizare, muncă temporară, recrutare, training etc.

În urma calculelor efectuate pe baza situațiilor financiare ale societății în anii 2009-2011 situația societății se prezintă astfel:

Indicatorii de echilibru patrimonial relevă o situație favorabilă a societății. Fondul de rulment are valori pozitive în toți cei trei ani supuși analizei ceea ce arată îmbrățișarea unei politici precaute a managementului companiei, arătând realizarea echilibrului financiar pe termen lung și a contribuției acestuia la realizarea echilibrului pe termen scurt. Valorile acestui indicator sunt mai mari în 2010 față de 2009, acest lucru datorându-se și primelor de capital înregistrate în urma vânzării societății către un nou acționar și infuziei de capital aduse de acesta; tendința de creștere nu se păstrează și pentru 2011, în acest an înregistrându-se o scădere cu aproape 37,44% față de anul 2010, datorată pierderii reportate din anul 2010, cât și pierderii înregistrate în exercițiul financiar 2011.

Nevoia de fond de rulment are deasemenea valori pozitive atât în 2009, cât și în 2010 și 2011, semnificând un surplus de nevoi temporare față de resursele temporare. Situația era un nefavorabilă în anul 2009 deoarece valoarea pozitivă era datorată încetinirii încasărilor și reducerii datoriilor ca urmare a urgentării plăților; în anul 2010 valoarea nevoii de fond de rulment a scăzut ca urmare a intensificării ritmului de încasare a creanțelor concomitent cu angajarea unor datorii salariale mai mari datorate politicii de dezvoltare a activității; în 2011 valoarea acestui indicator crește cu aproape 17,36% față de valoarea acestuia din anul 2010.

Trezoreria Netă are valori pozitive în cei trei ani analizați, cu o creștere considerabilă în anul 2010 față de 2009, reprezentând un excedent monetar, concretizat în disponibilități în casă și în conturi bancare.

După cum se poate observa în bilanțul societății, imobilizările necorporale au crescut considerabil în 2010 față de 2009, tendința de creștere menținându-se și la nivelul anului 2011, datorită politicii de investiții. Managementul societății a decis achiziționarea unui software de salarizare MYSTAFF, necesar desfășurării activității și îmbunătățirii serviciilor oferite clienților existenți și potențiali. Analizând cerințele pieței, care este într-o perpetuă mișcare și dezvoltare, societatea a decis să obțină din producție proprie noi module de software, cu atât mai mult cu cât gradul de îndatorare pe termen lung a societății nu este mare. De asemenea capitalul propriu are o creștere semnificativă în anul 2010 datorită primelor de capital înregistrate în urma vânzării societății către un nou acționar și prin infuzia de capital adusă de acesta din urmă.

În ceea ce privește ratele de echilibru financiar, situația s-a îmbunătățit considerabil în anul 2010 față de an 2009 datorită infuziei de capital primite. Rata lichidității generale a înregistrat valori sub nivelul optim în anii 2009 și 2011, ceea ce arată că activele transformabile în monedă pe termen scurt nu puteau acoperi datoriile rambursabile pe termen scurt. Lichiditatea firmei a fost ridicată în anul 2010.

Ratele de solvabilitate au o valoare mai mare de 1,5 în cei trei ani analizați, ceea ce dovedește că societatea este solvabilă, adică are capacitatea de a-și achita datoriile totale (pe termen scurt, mediu, lung) din activele pe care le deține.

Ratele îndatorării se încadrează sub limitele impuse de bănci, ceea ce permite societății să apeleze la noi credite.

Din analiza pe baza bilanțului funcțional, a rezultat că în toți cei trei ani analizați firma a avut o structură funcțională în care nevoia de fond de rulment (NFRNG>0) a fost în întregime finanțată din resursele stabile (FRNG>0), a căror mărime a permis degajarea de disponibilități (TN > 0).

În concluzie, situația echilibrului financiar al societății Smartree România este bună pe întreaga perioadă analizată, în ciuda faptului că în anii 2010 și 2011 societatea a înregistrat pierderi ale exercițiilor financiare.

Referințe bibliografice

1. M. Grigore "Gestiunea financiară a întreprinderii", Ed. Cartea Studențească, București, 2009
2. G. Vintilă "Gestiunea financiară a întreprinderii", Ed. Didactica și pedagogică, Ediția 5, București, 2010
3. G. Vintilă, M. Vută, "Gestiunea financiară a întreprinderii. Lucrări aplicative și studii de caz", Ed. Rolcris, București, 2000
4. Victor Munteanu "Bazele Contabilității", Ed. SC Universul Juridic SRL, București, 2005
5. www.smartree.com
6. <http://www.smartree.com/newsread/nid/9/title/devenire-corporatista>
7. <http://www.ucmsgroup.ro>
8. <http://www.wall-street.ro>
9. <http://www.apr.ro>
10. <http://www.firme.ro>
11. <http://www.listafirme.ro>

RECLAMA – COMUNICARE IMPERSONALĂ CE INFLUENȚEAZĂ SOCIETATEA

PETREA NICOLAE*

Abstract:

Our today's society is powerfully influenced by modern technology. Although the purpose of using technology is to facilitate the human work, it has negative effects when abusively used. This article presents an abuse that occurs daily in the media - commercials. These are cast on all media channels. The influence of advertising is not limited only to the consumers' decision of buying or not a product. If we take a look carefully around us, we will notice that advertising has an important influence on our lifestyle. The advertising is an impersonal communication and for the modern man, the message sent is easily understandable as he uses daily this kind of communication. Living in large cities affects interpersonal communication, which we can usually find in villages.

Key words: *communication, impersonal communication, interpersonal communication, publicity, advertising.*

Comunicarea este un mod de relaționare ce se întâlnește sub diferite forme atât la animale cât și la om. În cazul omului, dat fiind faptul că este o ființă rațională, acesta ocupă un loc important în viața cotidiană. Ea este mijlocul prin care își exprimă sentimentele, menține legătura cu aproapele dar și modul prin care își rezolvă conflictele. Se observă că în societatea actuală se încearcă rezolvarea unor conflicte pe cale diplomatică, fără războaie. Acest lucru poate fi explicat prin conștientizarea faptului că folosirea armamentului actual poate produce grave efecte negative societății care nu ar fi în folosul niciunei tabere.

Datorită mijloacelor moderne de comunicare, limitele acesteia s-au restrâns semnificativ. Astfel este posibil schimbul intercultural și trăsături esențiale ale modului de viață uman se pot regăsi în mai multe culturi spre deosebire de situația prezentă între spațiile geografice din epocile trecute. Deși acest lucru este un aspect pozitiv al dezvoltării tehnologice în aria comunicării, trebuie să recunoaștem totuși și aspectele negative.

În acest articol mi-am propus să evidențiez faptul că folosirea abuzivă a mijloacelor de comunicare în economie prin publicitate poate avea grave consecințe asupra consumatorilor finali, deci a societății în ansamblu. În literatura actuală de specialitate sunt numeroase studii pro și contra publicității. Pentru a evidenția aspectele negative rezultate în urma folosirii abuzive a publicității am început cu prezentarea scopului original al acesteia și a scopului principal actual. În continuare am prezentat modul de acțiune al publicității asupra psihicului uman și în cele din urmă unul dintre motivele pentru care publicitatea are un rol negativ asupra societății și anume caracterul impersonal al acestui mod de comunicare. Publicitatea este difuzată prin mas-media despre care de asemenea există păreri pro și contra. Unii autori consideră mas media un mijloc de persuasiune, „un liant social, catalizator, creator și dinamizator al coeziunii sociale”¹ care se înscrie în demersul procesului de globalizare. Prin intermediul acestora publicitatea a devenit un intermediar între realitate și consumator. De aceea așa cum marile puteri au înțeles că nu întotdeauna războiul este calea optimă pentru rezolvarea conflictelor este necesar ca agenții economici să înțeleagă că publicitatea trebuie folosită cu discernământ.

* Student, Facultatea Științe Economice, Domeniul Marketing, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București, (petreanicolae89@yahoo.com). Acest articol a fost redactat sub coordonarea Conf. Univ. Dr. Stanciu Costel.

¹ Dorin Popa, „Comunicare și publicitate”, editura Tritinic, București, 2005, p.7;

Publicitatea vs. reclamă

La început publicitatea avea rol informativ. Acest rol l-a avut și în România până în 1989, denumirile agenților economici furnizând strict informații cu privire la activitatea comercială pe care o desfășurau („Pâine”, „Ceasornicărie”, „Cizmărie”). Din 1990, odată cu transformarea României într-o potențială piață de desfacere a marilor companii, se diversifică și publicitatea, devenind mai dinamică (acum apar denumiri ca magazinul mixt Rose Mary, cârciuma La Nelu, denumiri după filmele ce puteau fi urmărite la acea perioadă cum ar fi barul Isaura)¹. Această dinamizare a dus în fapt la apariția masivă a reclamelor pe teritoriul românesc.

În limbajul de specialitate, conform noțiunilor din spațiul american sunt utilizați doi termeni pentru acțiunea de promovare a unui obiect și subiect. Astfel avem termenul *publicity* corespondentul său în limba română fiind *publicitate*, și termenul *advertising* corespondentul său fiind *reclamă*.

Publicitate/ Publicity	Reclamă/ Advertising
Nu se plătește (de obicei)	Este întodeauna plătită
Vehiculează informații de interes public	Vehiculează informații comerciale
Discurs neutru	Discurs epidictic, persuasiv
Conținutul nu este controlat de către ofertant	Conținutul este întodeauna controlat de către ofertant (client)
Scop: promovarea unor cauze, creșterea gradului de comunicare între instituții/ organizații și public	Scop: vânzarea produselor promovate

Definirea reclamei:

În dicționarul explicativ al limbii române termenii *publicitate* și *reclamă* sunt definiți astfel:

Publicitate - faptul de a face cunoscut un lucru publicului; difuzare de informații în public; caracterul a ceea ce este public. Din fr. *publicité*.

Reclamă - activitate (comercială) prin care se urmărește, pe calea publicității (prin tipărituri, radio, televiziune, cinematograful etc.), suscitarea, câștigarea interesului public asupra anumitor mărfuri, a unor cărți, a unui spectacol, a folosirii unor servicii etc. Răspândire de informații elogioase (despre cineva sau ceva), cu scopul de a-i crea renume sau popularitate. Din fr. *réclame*, germ. *Reklame*

Philip Kotler definește publicitatea ca fiind orice formă de prezentare și promovare a unor idei bune și servicii plătite de către un sponsor precis identificat.²

Alte opinii care au circulat, considerau reclama ca fiind: activitatea ce are ca scop atragerea atenției publicului; o comunicare cu un caracter persuasiv ce are rolul de a modifica atitudinea consumatorilor care să ducă în final la achiziționarea unui produs.

O definiție care merită menționată este cea a lui Bernard Brochand care definește reclama ca „un fenomen social, o fabrică de stiluri de viață și de noi valori.., un spectacol care prin conținut și formă a devenit o artă exclusivă și unică”.³

Din definițiile de mai sus putem concluziona că publicitatea este unul dintre cele mai flexibile și mai creative instrumente de comunicare ale marketingului. Cel mai important rol al publicității este acela de a atrage preferința consumatorului pentru o anumită marcă.

¹ *Ibidem*, p. 12;

² Sofia Georgescu, „De la publicitate la manipulare”, Editura Fundației România de mâine, București, 2006, p. 9;

³ *Ibidem*, p. 10;

Funcțiile și rolurile publicității

Funcțiile publicității reprezintă consecințele rezultate în urma colerării dintre nevoile societății și oferta publicitară. Astfel se pot enumăra următoarele funcții:

1. funcția de comunicare și informare – este centrată pe referenți, atât pe cei situaționali cât și pe cei textuali;
2. funcția conativă – este centrată pe receptorul care trebuie să se simtă atras de mesajul publicitar;
3. funcția poetică – rezultă din îmbinarea figurilor retorice care operează asupra semnului publicitar;
4. funcția economică – conform Teoriei americane a puterii de piață, publicitatea distrage atenția consumatorului de la preț, iar Teoria competiției consideră că publicitatea sensibilizează publicul în privința prețurilor;
5. funcția socială – publicitatea oferă noi modele, ierarhii și relații interumane, consolidează regulile general acceptate, modele comportamentale;
6. funcția culturală – prin care mesajul publicitar îmbracă forma cea mai atrăgătoare și emoționantă ce se realizează prin simboluri, arhetipuri și miturile întâlnite în publicitate
7. funcția politică – prin simplul act de cumpărare sau refuz politica unei țări poate fi influențată,
8. funcția persuasivă – pentru realizarea acestei funcții se folosesc mijloace subliminale, tinzând astfel să se disimuleze în funcția poetică și culturală¹.

Un lucru cert este faptul că reclamele sunt greu de analizat de către consumatori. Acest lucru se datorează faptului că primul reflex al acestora este acela de a-și crea o barieră de apărare față de acestea. De cele mai multe ori suntem în căutarea unor efecte majore ignorându-le pe cele aparent minore și subtile. Consumatorul se așteaptă ca reclama să prezinte un caracter persuasiv imediat, dar de fapt acest caracter lipsește. Persuasiunea se realizează în timp, puțin câte puțin². Un mijloc prin care se realizează aceasta este repetiția. Prin acest procedeu se imprimă în mintea consumatorilor diferențe între branduri care mai apoi, involuntar, în momentul apariției unei necesități rezolvarea este asociată cu un produs recunoscut dintre reclamele pe care consumatorul le-a recepționat, involuntar uneori, pe diferitele căi ale comunicării: scris, audio sau vizual.

Din punct de vedere social se pot identifica două aspecte ale publicității: este oglindă dar și modelator al opiniei publice, moravurilor și standardelor sociale. Ea expune o agendă socială a ceea ce este la modă și este cu un bun gust pentru un număr considerabil de oameni. Primii influențați de reclame sunt tinerii. Astfel publicitatea poate avea un rol social negativ deoarece impune stereotipia³.

Pe de altă parte nu putem ignora și aspectele pozitive ale publicității în cadrul vieții sociale fiind un important mijloc de informare atunci când este folosită în mod corespunzător.

Din punct de vedere economic publicitatea reprezintă unul dintre cele mai potrivite mijloace de a repartiza resursele și de a răspunde nevoilor consumatorilor prin informarea acestora despre noile produse și servicii care pot răspunde nevoilor cotidiene.

În politică publicitatea ajută democrația. În cadrul campaniilor electorale candidații își pot expune ideile iar poporul îl poate alege astfel pe cel care i se pare mai potrivit conform binelui personal și general.

În morală și religie publicitatea poate avea un rol important atunci când susține cauze noble: cum ar fi campaniile împotriva consumului de stupefiante, consumului excesiv al unor produse ce pot dăuna sănătății, a protejării mediului înconjurător și un lucru foarte important este că poate

¹ Max Sutherland și Alice K. Silvester, „De la publicitate la consumator”, trad. de Aurelia Ana Vasile, Polirom, Iași, 2008, pp. 21-23;

² *Ibidem*, p. 84;

³ J. Thomas Russel și W. Ronald Lane, *op. cit.*, p. 863;

susține o presă independentă, ferită de influențele politice și grupuri de interes, asigurându-se astfel libera la exprimare, trăsătură esențială a unui sistem politic democrat¹.

Însă toate domeniile enumerate mai sus (politică, economie, morală și religie) pot fi afectate în mod negativ de publicitate. Din păcate în societatea actuală efectele negative sunt mai des întâlnite decât cele pozitive. Aceste lucru se datorează unor serii de factori care predomină în societatea actuală și reglementează relațiile sociale dintre oameni.

Publicitatea – comunicare impersonală

În manualele de specialitate publicitatea este definită ca fiind „unul dintre cele mai flexibile și creative instrumente de comunicare ale marketingului”².

Deși în societatea actuală se vorbește tot mai des de necesitatea comunicării în relațiile cu semenii, fiind considerată cel mai potrivit mijloc de adaptare la dinamica accelerată a lumii, în mod paradoxal prin ea se ajunge la situații critice în cadrul societății. O cauză o reprezintă aria largă de domenii în care este utilizat termenul (biologie, fizică, psihologie, teologie, economie etc.). La prima vedere comunicarea este simplu de definit tocmai deseori utilizări. Un alt factor care favorizează dificultatea formulării unei definiții este vechimea termenului care de-alungul timpului a avut diferite conotații.

Termenul provine din latinescul *comunico*, -are, care are la bază adjectivul *munis*, -e care înseamnă cel care își face datoria. De acest din urmă termen s-a format o familie lexicală: *immunis* - care înseamnă scutit de sarcini, *communis* – cel care își împarte sarcinile iar mai târziu desemna ceva ce aparține mai multor persoane. Termenul comunicare poate fi explicat prin *communicus* desemnând punerea în comun a diferitelor lucruri de orice natură. Odată cu răspândirea creștinismului va avea loc o sacralizare a termenului cu referire la Sfânta Euharistie. În limba română s-a păstrat de la origiul latinesc *communicare* doar sensul sacramental de *cuminecare*. Astfel preluarea sensului laic al cuvântului pe cale savantă reprezentat de cuvântul *comunicare* a determinat apariția unui dublet etimologic. Însă cele două cuvinte cu sensurile lor diferite devin complementare. Comunicarea ajută la coagularea relațiilor interumane pe orizontală, iar prin *cuminecare* privirea acestora se îndreaptă pe verticală către un punct comun, spre un plan ce transcende planul teluric³. Instrumentul de bază al comunicării umane este cuvântul. În creștinism cuvântul are pe lângă înțelesul semnatic obișnuit și înțelesul de Logos, Verb divin: „La început era Cuvântul (Logos) și Cuvântul era la Dumnezeu și Dumnezeu era Cuvântul, acesta era întru început la Dumnezeu. Toate prin El s-au făcut; și fara El nimic nu s-a făcut din ce s-a făcut” (In. 1,1-2). Comunicarea este strâns legată de cunoaștere. În filozofia materialistă din Grecia antică *logosul* este o formă superioară a gândirii umane. Cunoașterea poate fi la rândul său de mai multe feluri: cunoașterea realităților sensibile sau a celor spirituale. Însă în ambele tipuri de cunoaștere se avansează prin comunicare fie cu semni, fie cu Dumnezeu prin metoda specifică și anume: rugăciunea și faptele săvârșite în acord cu voința Sa.

Perioada actuală este definită ca a fi un timp al informației. În toate domeniile de cercetare se pune accent pe importanța informațiilor obținute din ariile de interes și de transmitere a acestora ceea ce înseamnă de fapt un act de comunicare.

Comunicarea umană, după tipul relației stabilite între participanți și a obiectivelor țintă, poate fi de două feluri: comunicare impersonală și comunicare interpersonală. Din acest punct de vedere putem observa că majoritatea raporturilor pe care le stabilim cu semenii sunt impersonale. Acest

¹ Arhiepiscopul John P. Foley, *Etica în publicitate*, trad. pr. William Bleiziffer <http://www.magisteriu.ro/etica-in-publicitate-1997/>, accesat la data de 05.03.2013, ora 20:45;

² J.Thomas Russel și W. Ronald Lane, „Manual de publicitate”, traducere de Dan Bălănescu, Editura Teora, București, 2003, p. 863, p. 43;

³ Mihai Dinu, „Comunicarea. Repere fundamentale”, Editura Științifică, București, 1997, p. 15;

lucru presupune privirea interlocutorului în funcție de statutul social, al profesiei sau al rolului pe care îl joacă în situația dată, fără a fi luate în considerare trăsăturile individuale, care îl singularizează, conferindu-i acea unicitate ce constituie caracteristica definitorie a persoanei.

Un exemplu al comunicării impersonale este dialogul pe care îl purtăm cu agentul de vânzare într-un magazin atunci când îi cerem informații despre un anumit produs. În acel moment nu ne interesează dacă persoana din fața noastră este un om optimist sau pesimist, lenș sau harnic, meloman sau afon. Singurul lucru care ne interesează este achiziționarea unui produs, la rândul său agentul fiind interesat să vândă produsul respectiv.

Trei caracteristici importante deosebesc cele două tipuri de comunicare:

1. Comunicarea interpersonală presupune cunoașterea unor date psihologice despre interlocutor. Acest lucru permite anticiparea reacțiilor partenerului de dialog.
2. Comunicarea interpersonală oferă explicații cu privire la reacțiile interlocutorului.
3. Strategiile de comunicare interpersonale se bazează pe aplicarea unor reguli individuale determinate de cunoașterea particularităților interlocutorului. Strategiile impersonale se bazează pe reguli sociale generale¹.

Având în vedere scopul și modul de transmitere comunicarea publicitară este una de tip impersonal. Scopul acesteia este vânzarea unor produse. Ea se transmite prin intermediul mijloacelor mass-media către un public larg cu diferite trăsături individuale și nivel de educație diferit. Din acest motiv în redactarea textului publicitar trebuie acordată o atenție deosebită pentru a putea fi perceput de public în modul dorit de către emițător. Demersul se complică datorită spațiului redus acordat publicității în cadrul canalelor de difuzare, redactarea discursului presupunând o stăpânire a fluxului verbal, frazele fiind în general scurte, 10-15 cuvinte. Pentru a păstra lizibilitatea mesajului sunt respectate câteva reguli:

- expunerea unei singure idei într-o frază,
- evitarea perifrazelor, a cuvintelor inutile,
- varietatea formulărilor, a tipurilor de frază, alternanța între exprimarea directă-indirectă, citat - descriere, general - particular, fraze scurte - fraze lungi, abstract-concret,
- ponderea imaginilor, a analogiilor facilitează înțelegerea celor mai abstracte noțiuni.

Textul publicitar reușește astfel să creeze imagini originale despre referenți preexistenți².

Din analiza comunicării animale s-a observat că principalele scopuri căreia se subordonează sunt legate de teritorialitate, sexualitate și viață „socială”³. O trăsătură evidentă a publicității actuale este caracterul concupiscent al acestora. Cea mai răspândită idee este cea a sexualității. De foarte multe ori produse care nu au legătură cu sexualitatea sunt prezentate printr-o imagine erotică. Astfel țigările, alcoolul, ciocolata, produse de îngrijire personală etc. sunt asociate cu o siluetă feminină (sau masculină mai rar), model al frumuseții societății în care consumatorul își desfășoară activitatea. Efectul negativ în acest caz este dublu. În primul rând omul care receptează aceste mesaje este predispus la o întoarcere spre instinctele primare, animalice. Urmarea acestui fapt o reprezintă devalorizarea principiilor morale constituite pe baza unor valori netrecătoare ca dragostea, prietenia, capacitățile intelectuale ale persoanei etc. Asupra bărbaților aceste reclame pot avea direct influențe negative punându-i într-o căutare a perfecțiunii fizice feminine, făcând abstracție de celelalte calități ale femeii⁴. Indirect este afectată și femeia în comportamentul social de atitudinea bărbatului, acordând o atenție deosebită trăsăturilor fizice și mai puțin celor morale.

¹ Mihai Dinu, „Fundamentele comunicării interpersonale”, Editura ALL, București, 2008, p. 34;

² Dorin Popa, *op. cit.*, pp-98-100;

³ Mihai Dinu, „Comunicarea. Repere...”, p. 198;

⁴ Sofia Georgescu, *op. cit.*, p. 165;

Observăm astfel că la consumatori nu ajunge doar o imagine predefinită a unui produs ci a societății, a lumii în general. Aceste imagini sunt asimilate datorită condiționărilor economice la care omul este supus zilnic¹.

În publicitate cuvântul este golit de orice sens sacru și transformat în cea mai importantă marfă specifică societății actuale – *informația*. Aceasta este foarte apreciată de cei care în spiritul globalizării și a economiei văd în popoare simple pieți de desfacere și grupuri de consumatori. Resursele informaționale sunt puse doar în abordarea corpului fizic, făcând abstractizare de partea spirituală a omului². Astfel se omit alte puncte esențiale ale comunicării interpersonale cum ar fi:

1. Cunoașterea interioară bazată pe sinceritate și autodezvăluire reciprocă în dialog.
2. Cunoașterea exterioară care presupune îmbogățirea experienței personale cu cea a interlocutorului
3. Stabilirea unor relații cu semenii în vederea satisfacerii unor nevoi spirituale fundamentale precum solidaritatea, dragostea, prietenia.
4. Ajutorarea semenilor în plan cognitiv (informare, învățare) sau afectiv (consolare, susținere)
5. Jocul și distracția ca acte ce dezvoltă relațiile interpersonale.³

Toate aceste obiective se regăsesc în comunicarea publicitară transfigurată:

1. Cunoașterea interioară este încercată unilateral din partea agenților economici prin studii de piață asupra consumatorilor ce vizează dorințele și efectele de ordin psihologic ale produselor;
2. Cunoașterea exterioară este folosită în vederea obținerii unor profituri cât mai mari prin atragerea resurselor economice a consumatorilor;
3. Stabilirea și menținerea relațiilor au scop pur economic;
4. Ajutorarea semenilor se reduce doar la partea materială prin susținerea unor campanii sau fundații de binefacere dar și atunci se urmărește într-o mare măsură îmbunătățirea imaginii firmei în ochii consumatorilor prin menționarea în repetare rânduri și moduri a sponsorilor;
5. Jocul și distracția – sunt accentuate importanța mijloacelor materiale prin care se realizează jocul ca elemente indispensabile în vederea stabilirii unor relații dintre oameni.

Totuși o întrebare care se ridică având în vedere caracterul impersonal al publicității este aceea cum de reușește să aibă o influență atât de mare asupra publicului deși este o comunicare de tip impersonal, care nu ține cont de caracterul unic al persoanei.

Influența reclamei asupra consumatorului

Publicitatea este mijlocul prin care producătorul dorește să le demonstreze oamenilor că rezolvarea unor problemelor se regăsește în produsele prezentate⁴. Ea acționează asupra psihicului consumatorului influențând motivația, percepția, învățarea și atitudinile.

Publicitatea influențează motivația prin crearea unor false nevoi sau trezirea unor nevoi mai mult sau mai puțin conștiente. Astfel, prin intermediul publicității o nevoie care nu se cere a fi satisfăcută imediat poate fi transformată într-o motivație („nevoie ce a devenit suficient de presantă încât să determine persoana să o satisfacă”)⁵.

Datorită faptului că publicitatea se comunică prin intermediul unor canale multiple (audio, video, scris) și modul de receptare a consumatorului este diferit. Cea mai potrivită cale de a influența

¹ Cheorghie V. Cimpoaia, Sorin Bute, *Forme de comunicare și înțelegerea lumii într-o societate bazată pe cunoaștere*, în „Măturie comună. Credință și știință în dialog”, AN V, Vol.1(5), 2009, p. 12;

² *Ibidem*, p. 13;

³ Mihai Dinu, „Fundamentele comunicării...”, pp. 36-37

⁴ *Ibidem*, p. 55-56;

⁵ Kotler Philip și Armstrong Gray, „Principiile marketingului” ediția a II-a, trad. de Smaranda Nistor și Cosmin Crișan, ed. Teora, București, 2003, p. 237;

percepția este prin imagine fiind mai ușor reținută de către om.¹ Acest lucru de datorează faptului că toate informațiile sunt percepute de om sub formă de imagini fie că e vorba de sunete, cuvinte scrise sau imagini.

În publicitate caracterul de stimul nu este specific doar imaginilor ci și enunțului. Acesta este prezentat ca un enunț al iluminării, prin propoziții simple, uneori paradoxale ce nu au ca scop informarea consumatorului ci determinarea acestuia spre o anumită decizie, altfel spus „trăirea” mesajului publicitar².

Asupra învățării se acționează atunci când publicitatea are scopul de a-l informa pe consumator despre caracteristicile unui produs, în special atunci când acel produs a fost conceput plecând de la necesități umane reale și evidente. Astfel publicitatea nu mai are ca scop trezirea unor nevoi, ci informarea consumatorului despre existența unui produs care îi poate satisface acea nevoie și în cele din urmă că produsul respectiv este alegerea cea mai potrivită.

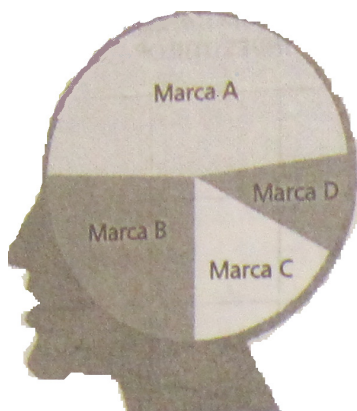
În final publicitatea urmărește convingerea și schimbarea atitudinii consumatorului cu privire la anumite produse. Convingerea reprezintă noțiunea pe care o persoană o are despre ceva sau cu privire la un produs. Atitudinea față de un produs se concretizează în cumpărarea sau nu a respectivului produs. Deci se poate observa că între convingere și atitudine este o strânsă legătură, căci o convingere pozitivă va duce la o atitudine pozitivă față de un produs atunci când acesta satisface o nevoie reală a consumatorului și invers.

Dacă se poate admite părerea conform căreia o reclamă nu poate determina consumatorul să achiziționeze un produs dacă nu satisface o nevoie, totuși nu se poate ignora faptul că scopul final al reclamelor este acela de a ne convinge să achiziționăm o anumită marcă. Deci reclama are un caracter persuasiv vizibil sau subtil.

După modelul de la Yale persuasiunea este o înșiruire de faze, fiecare reprezentând o etapă importantă și indispensabilă. Aceste etape sunt:

1. expunerea le mesaj – reprezintă intrarea în contact a persoanei cu mesajul;
2. acordarea atenției la mesaj – dat fiind că atenția este selectivă, este foarte important ca persoanei să i se atragă atenția asupra mesajului;
3. înțelegerea mesajului – adică descifrarea semnelor vizuale sau auditive care transmit mesajul;
4. acceptarea opiniei prezentate prin intermediul mesajului;
5. persistența schimbării – această etapă depinde de etapa 4, în cazul în care mesajul transmis a determinat o schimbare de atitudine;
6. acțiunea – care are la bază noua opinie formată.

Aceste etape se pot împărți în două categorii: primele trei etape se referă la procesul de receptare și următoarele trei la procesul de acceptare a informației transmise. Așadar persuasiunea se poate traduce prin rezultatul dintre receptare și acceptare.³ Deci persuasiunea nu se rezumă doar la acțiunea mesajului asupra persoanei, ci se extinde la acțiunea persoanei în urma receptării mesajului.



¹ Prof. Univ. Dr. Gabriel Brătucu, Psih. Drd. Tamara-Oana Brătucu, „Analiza sintemului de factori care influențează comportamentul consumatorului individual”, <http://www.managementmarketing.ro/pdf/articole/58.pdf>, p. 14-15;

² Cheorghe V. Cimpoca, Sorin Bute, *op.cit.*, p. 14;

³ Jean-Noel Kapferer, „Căile persuasiunii”, traducere de Lucian Radu, Editura Comunicare.ro, București, 2002, pp. 47-48;

Unul dintre importantele roluri ale publicității este acela de a crea în mintea consumatorului preferința pentru o marcă. Acest obiectiv coincide cu etapele patru și cinci, adică a schimbării opiniei și a persistenței schimbării. Preferința pentru o marcă este motorul care îl determină pe consumator să aleagă un anumit produs în detrimentul concurenței atunci când oferata de pe piață este similară. Astfel firmele concurează pentru cota mentală¹.

Pornind de la caracterul persuasiv al publicității s-a ajuns și la ideea existenței unui caracter manipulator. Manipularea este procesul prin care o persoană sau un grup de persoane acționează asupra altei persoane sau altui grup de persoane cu intenția de a le determina să săvârșească un lucru pe care în mod spontan nu l-ar fi făcut. Altfel spus determinarea manipulaților de a acționa conform voinței manipulatorului.² Deși există și voci apologetice publicității, afirmația conforma căreia publicitatea are un caracter manipulator este adevărată. Acest lucru reiese în primul rând din rolul publicității de a crea în mintea consumatorului preferința pentru o anumită marcă, fapt ce arată că publicitatea și-a pierdut caracterul primar, acela de a oferi informații și a lăsa alegerea la libera atitudine a consumatorului, ci se urmărește prezentarea informațiilor în modul care asigură consumatorul că alegerea unei anumite mărci este cea mai bună opțiune.

În ceea ce privește construirea unui mesaj publicitar bun este necesar ca acesta să răspundă la întrebările lui Lasswell: cine primește?, ce primește?, când? cum? și cu ce efecte?

În publicitate *cine* înseamnă *ce* fiindu-ne impusă ideea că *suntem ce consumăm*. Mai departe acest *cine* devine multiplu și impersonal: *consumăm toți aceleși produse pentru a fi acceptați de ceilalți*³. În acest context un stil de viață bun este considerat cel de a avea și a consuma existența într-o plăcere care este scop sieși. Astfel publicitatea devine unul din instrumentele ce susține fenomenul consumismului care afectează sănătatea trupului și a sufletului⁴.

Aceste aspecte negative apar datorită scopului principal al unei firme, și anume de a obține profit cât mai mare. Astfel existența concurenței pe piață care ar fi trebuit să aibă un rol pozitiv și anume de a-i oferi consumatorului posibilitatea de a alege produsul care îi satisface nevoile în mod corespunzător devine o armă împotriva lui. De aceea pentru a-și face cunoscute produsele și atrage clienții firmele ignoră uneori principii de bază ale moralității și eticii atât sociale cât și religioase.

Un prim aspect este cel al veridicității. Deși publicitatea trebuie să prezinte informații clare și complete asupra produselor se parțică diferite forme prin care principiul veridicității nu este îndeplinit. Acesta se realizează de cele mai multe ori printr-o dezinformare asupra produsului prin omisiune.

Demnitatea persoanei umane este atinsă deoarece omul nu mai este văzut ca fiind trup și suflet ci trup și simplu psihic mai dezvoltat decât cel animal a cărui slăbiciuni sunt exploatate de cei puternici. Astfel publicitatea apelează la credulitatea sau lipsa de cunoaștere a unor categorii de oameni: copiii, vârstnici, săraci, tineri etc. În toate cazurile dat fiind faptul că produsele au rolul de a satisface nevoi fizice sunt valorificate instinctele primare: hrană, sex, poziție în grup. Astfel în om sunt stârnite sentimente de invidie, vanitate, egoism.

Fenomenul consumism promovat de publicitate a condus la utilizarea unor resurse naturale în mod abuziv și necorespunzător de-a lungul mai multor ani. Acest lucru arată responsabilitatea socială pe care o are publicitatea cu privire la unele efecte pozitive sau negative asupra mediului și omului⁵.

O altă caracteristică a publicității este adaptarea la formulele culturale ale globalizării în special cel de aculturație. Aculturația este fenomenul rezultat în urma contactului continu, direct, a

¹ J.Thomas Russel și W. Ronald Lane, *op. cit.*, p. 46;

² Sofia Georgescu, *op.cit.*, p. 151;

³ Dorin Popa, *op.cit.*, p. 52;

⁴ Arhiepiscopul John P. Foley, *Etica în publicitate*, trad. pr. William Bleiziffer <http://www.magisteriu.ro/etica-in-publicitate-1997/>, accesat la data de 05.03.2013, ora 20:45;

⁵ *Ibidem*;

unor grupuri de indivizi din diferite culturi având drept consecință modificări în modelul cultural al unuia dintre grupuri sau al amândurora. La acest fenomen pot exista trei reacții:

a) acceptarea – receptarea unei mari porțiuni dintr-o cultură străină și pierderea celei tradiționale.

b) adaptarea – presupune un sincretism între cele două culturi sau au intrat în contact.

d) reacția – mișcare contra-aculturativă care se produce ca urmare a opririi sau a rezultatelor neprevăzute ale acceptării rezultatelor străine.

Discursul publicitar lucrează în favoarea unui contact nemijlocit între culturi determinând în prima fază o similaritate între culturile implicate și sfârșind prin absorbția uneia de către cealaltă¹.

În cazul contactului a două culturi prin mesajul publicitar variantele de reacție sunt determinate de factori precum:

a) gradul de diferențiere dintre cele două culturi,

b) gradul de civilizație al acestora,

c) puterea financiară și

d) impactul mijloacelor de comunicare².

În România un exemplu a răspunsului de asimilare care se datorează publicității este sărbătorirea halloweenului. Această sărbătoare, de origine celtică și specifică popoarelor occidentale, în ultimii ani este foarte populară și în rândul românilor. Ea este susținută în special de agenții economici care urmăresc creșterea veniturilor cu ocazia acestei sărbători. Cu prilejul acestei sărbători oamenii se deghizează în diferite personaje malefice. Astfel sunt abandonate obiceiurile tradiționale din preajma sărbătorilor de iarnă care de asemenea presupunea deghizarea cu diferite măști de origine animală în vederea alungării spiritelor rele.

Pe baza rolului pe care îl are în cadrul procesului de acculturație putem spune că deși mesajul publicitar are un caracter trecător, a cărui efect de cele mai multe ori se cere a fi imediat dat fiind scopul principal – vânzarea de produse – totuși poate avea și efecte de durată ce se imprimă în viața socială și culturală a celor cărui se adresează.

Concluzii

Căile media s-au dezvoltat din momentul în care s-a conștientizat importanța pe care o poate avea circulația informației. Domeniile cele mai interesante de media au fost încă de la început politica și economia. S-a observat că propaganda și publicitatea au puterea de a modifica comportamentul maselor.

Publicitatea în forma sa inițială a avut rolul, de a informa consumatorii cu privire la evenimente, produse sau servicii, fiecare fiind liber să pună în balanță ofertele și să o aleagă pe cea mai potrivită. În timp aceasta s-a denaturat rezultând ceea ce numim azi reclamă. Aceasta din urmă nu are simplul scop de a informa, ci de a conduce și determina consumatorul spre un anumit produs. Pentru aceasta apelează la diferite mijloace. Ea prezintă modele perfecte la care se poate ajunge prin utilizarea produselor respective. Astfel efectul negativ se înregistrează la nivelul societății prin crearea unei false imagini asupra lumii. Publicitatea nu mai apelează doar la partea rațională a individului ci și la cea sentimentală. Creatorii reclamelor (care în mod generic sunt numite publicitate) au înțeles că partea sentimentală a ființei umane este cea care justifică multe dintre deciziile omului. Au înțeles că înainte de toate oamenii au dorințe și că pentru a le îndeplini sunt dispuși să cheltuie bani. De aceea agențiile publicitare prezintă împlinirea visurilor, sentimentelor prin achiziționarea unor produse. Dar pentru aceasta crează o lume virtuală spre care îl cheamă pe om.

Pentru a se ameliora efectele negative produse de publicitatea agresivă din zilele noastre asupra societății este necesar intensificarea campaniilor de educare a consumatorului cu privire la modul de receptare a acesteia. De asemenea inițializarea unor campanii prin care să se reînvie în societate o direcție altruistă care să nu implice doar partea materială ci și pe cea personală a cât mai

¹ *Ibidem*, p.57;

² *Ibidem*, p. 61;

multor persoane. Nu se pot ignora în acest sens nici reglementările legislative, datorită ce revine instituțiilor guvernamentale dar și vegherea asupra respectării acestora. Astfel se pot reînvia adevăratele valori de ordin moral-spiritual ca demnitatea umană, libertatea umană, adevărul, dar și economico-social prin practicarea unor mijloace corecte de comercializare a produselor.

Referințe bibliografice:

1. Brătucu, Prof. Univ. Dr. Gabriel, Brătucu, Psih. Drd. Tamara-Oana, „Analiza sistemului de factori care influențează comportamentul consumatorului individual”, <http://www.managementmarketing.ro/pdf/articole/58.pdf>;
2. Arhiepiscopul John P. Foley, *Etica în publicitate*, trad. pr. William Bleiziffer <http://www.magisteriu.ro/etica-in-publicitate-1997/>, accesat la data de 05.03.2013, ora 20:45;
3. Cimpoca, Cheorghie V., Bute, Sorin, *Forme de comunicare și înțelegerea lumii într-o societate bazată pe cunoaștere*, în „Mărturie comună. Credință și știință în dialog”, AN V, Vol.1(5), 2009,
4. Dinu, Mihai, „Comunicarea. Repere fundamentale”, Editura Științifică, București, 1997;
5. Georgescu, Sofia, „De la publicitate la manipulare”, Editura Fundației România de mâine, București, 2006;
6. Kapferer, Jean-Noel, „Căile persuasiunii”, traducere de Lucian Radu, Editura Comunicare.ro, București, 2002;
7. Kotler, Philip și Gray, Amstrong, „Principiile marketingului” ediția a II-a, trad. de Smaranda Nistor și Cosmin Crișan, ed. Teora, București, 200;
8. Popa, Dorin, „Comunicare și publicitate”, editura Tritinic, București, 2005;
9. Russel, J.Thomas și Lane, W. Ronald, „Manual de publicitate”, traducere de Dan Bălănescu, Editura Teora, București, 2003;
10. Sutherland, Max și Silvester, Alice K., „De la publicitate la consumator”, trad. de Aurelia Ana Vasile, Polirom, Iași, 2008.

COMPORTAMENTUL FINANCIAR AL CONSUMATORULUI ROMAN

Constantin Dragos Razvan^{1*}

Abstract

Criza economică a stăvilat elanul consumatorist al românilor. Perspectiva pierderii locului de muncă, evoluția cursului valutar sau inflația i-au făcut pe mulți să fie extrem de prudenți.

Stabilitatea financiară a devenit un obiectiv important asupra căruia autoritățile publice își indreaptă atenția. O lecție importantă insușită în urma crizei financiare este că stabilitatea prețurilor nu constituie o premisă suficientă pentru a asigura o creștere economică sustenabilă sau un nivel de ocupare ridicat. Guvernele țărilor aflate în criza economică au cheltuit sume importante de bani pentru a salva băncile aflate în dificultate. Costurile acestor măsuri economice au fost semnificative și au contribuit considerabil la creșterea deficitelor bugetare din aceste țări.

Din analiza studiilor furnizate de Institutul National de Statistica si Banca Nationala a Romaniei, observam o schimbare a comportamentului financiar al consumatorului roman.

Prin intermediul acestui studiu, autorul arata modificarile înregistrate la nivelul veniturilor alocate satisfacerii anumitor categorii de nevoi, precum și cauzele care au determinat aceste mutații.

Cuvinte cheie: *consumator, credit, criza, comportament, financiar.*

Introducere

Studiul urmărește să identifice comportamentul financiar al consumatorului român. Prin urmare, această analiză își propune descrierea anumitor fenomene cum ar fi: banii cheltuiți pe consum, pe aparate de folosință îndelungată, pe locuințe, realizarea de depozite bancare și investiții.

Cunoașterea și explicarea comportamentului de consum și cumpărare a devenit o necesitate stringentă, ignorarea modului de manifestare a acestuia, producând grave dezechilibre.

Pe măsura ce studiile au progresat în acest domeniu, a devenit clar că investigarea comportamentului consumatorului necesită o abordare pluridisciplinară în care un rol esențial revine științelor comportamentale - mai ales psihologiei și sociologiei de la care au fost preluate concepte și idei fundamentale.

Datorită naturii fundamentale diferite a actelor și proceselor ce definesc comportamentul consumatorului, modul în care oamenii se comportă în plan economic nu reprezintă o însumare de acte repetate mecanic, ci rezultatul acumulării unei experiențe de viață. Simpla înregistrare și cuantificare a actelor consumatorului nu este suficientă, trebuie cercetate și procesele psihofiziologice care determină aceste acte și explicată interdependența dintre ele.

Comportamentul de cumpărare al consumatorului, ca domeniu recent de cercetare al marketingului, se referă la comportamentul consumatorilor finali, care cumpără bunuri și servicii pentru consum personal – persoane individuale și gospodării - prin care își satisfac cerințele curente sau își indică rolul în societate.

Ca în orice nou domeniu, abordările conceptuale ale comportamentului consumatorului cunosc o mare varietate, ce exprimă pe de-o parte complexitatea acestuia, dar și atenția de care se bucură din partea specialiștilor.

¹ Student, Facultatea de Științe Economice, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: cdrazvan@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf. univ. dr. Costel Stanciu (costelstanciu@yahoo.com).

În general, comportamentul este un ansamblu de reacții exterioare prin care individul răspunde la stimuli. Din punct de vedere psihologic, comportamentul desemnează ceea ce este obiectiv observabil în reacția globală a individului, independent de ceea ce declară, de gândurile și atitudinile sale psihologice. Din punct de vedere sociologic, comportamentul este activitatea subiectului într-o situație socială dată (P. Mâlcomete coord. – Dicționar de marketing – Ed. Junimea – Iași 1979 p.72).

Psihologul american Harold Leavit precizează, că trei sunt elementele esențiale ce definesc comportamentul uman: stimulul ce reprezintă cauza; nevoia care este dorința ce se poate împlini; obiectivul care este scopul acestuia. Cum nevoile se multiplică în proporție exponențială, datorită progresului tehnico-științific ce conduce la inventarea altora, iar nevoia satisfăcută duce la apariția altora, evident comportamentul individului se schimbă și el.

Comportamentul consumatorului este dinamic, atât datorită evoluției în timp a generației de consumatori confrunțați cu schimbările pe care ei le produc, cât și datorită apariției de noi factori ce influențează direct comportamentul acestora. Modificarea în timp, determină pe producători să monitorizeze permanent clienții pentru a avea siguranța unei percepții reale, corecte.

1. Bani cheltuiți de romani pe consum, aparate de folosinta indelungata si locuinte.

Tabel 1.

Cheltuielile totale de consum ale gospodariilor				
	2008	2009	2010	2011 1)
- lei , lunar pe o gospodarie -				
Cheltuieli totale de consum	1365,36	1468,60	1486,43	1532,29
- procente -				
Produse agroalimentare si bauturi nealcoolice	40,9	40,9	41,1	41,7
Băuturi alcoolice, tutun	6,5	7,1	7,7	7,6
Îmbracaminte si încălțăminte	6,7	6,0	5,4	5,0
Locuinta, apa, electricitate, gaze si alti combustibili	15,6	15,8	16,6	16,3
Mobilier, dotarea si întreținerea locuintei	4,8	4,6	4,0	4,0
Sanatate	4,1	4,5	4,5	4,7
Transport	6,1	5,8	6,0	6,0
Comunicatii	5,0	5,1	5,0	4,7
Recreere si cultura	4,5	4,4	4,0	4,1
Educatie	0,8	0,9	0,7	0,6
Hoteluri, cafenele si restaurante	1,4	1,3	1,3	1,3
Diverse produse si servicii	3,6	3,6	3,8	4,0

1) Date provizorii Sursa: INS - Ancheta Bugetelor de Familie (ABF).

În perioada 2008-2011, produsele agroalimentare si bauturile nealcoolice au detinut ponderea cea mai ridicată în totalul cheltuielilor de consum (41,7%) în crestere cu 0,8 puncte procentuale față de anul 2008. Tendinta crescatoare se mentine si daca acestea sunt asociate cu cheltuielile pentru utilitati de la 15,6 în 2008 la 16,3 în 2011. În urcare mica gasim sanatatea cu 0,6% si diverse produse si servicii cu 0,4 %.

Chiar dacă criza s-a asternut asupra româniei, cetățenii n-au renunțat la alcool și tutun cunoscând cea mai mare creștere de la 6,5 în 2008 la 7,6 în 2011, surplusul banesc poate fi pus în seama creșterii accizelor la aceste tipuri de produse.

În perioada 2008-2011, încălțăminte și îmbrăcăminte au suferit cea mai importantă scădere cu 1,7 puncte procentuale de la 6,7 la 5%. Populația a mai renunțat în această perioadă și la mobilier, dotarea și întreținerea locuinței cu 0,8 puncte procentuale.

Din păcate, populația a dat mai puțini bani pe cultura, recreerea cu 0,4 și cel mai grav pe educație care din păcate a fost neglijată până acum și continuă să fie, ba chiar, încetul cu încetul să dispară din prioritățile cheltuielilor de consum.

Există și cheltuieli care s-au menținut la aceleași puncte procentuale, acestea sunt pentru: transport, comunicații, hoteluri, cafenele, restaurante.

Creșterea cheltuielilor totale de consum s-au produs din cauza creșterii TVA-ului de la 19 la 24% în mai 2010 care a influențat tot sistemul, de la producător până la punerea produsului pe raft.

Tabel 2.

Înzestrarea gospodăriilor cu bunuri de folosință îndelungată				
bucati / 100 gospodarii				
	2008	2009	2010	2011
Aparate audio	86,1	85,2	82,7	81,1
Televizoare - total	132,0	134,2	138,4	138,9
Frigidere și congelatoare	83,1	82,7	80,0	78,9
Combine frigorifice	36,8	38,6	41,1	42,7
Masini de gătit cu gaze	94,1	95,0	95,3	95,5
Masini electrice de spălat rufe	70,8	73,9	75,3	76,3
Aspiratoare de praf	58,7	61,7	63,8	64,0
Masini de cusut	20,3	21,1	20,6	20,8
Biciclete	24,7	26,5	27,5	28,4
Motociclete și motorete	0,9	1,0	1,1	1,0
Autoturisme	27,1	28,6	28,6	26,9

1) Date provizorii. Sursa: INS - Ancheta Bugetelor de Familie (ABF).

În perioada 2008-2011, înzestrarea gospodăriilor cu bunuri de folosință îndelungată a crescut la majoritatea produselor. Din anul 2008 până în anul 2011, înzestrarea gospodăriilor cu frigidere și congelatoare a scăzut cu 5,1% pe seama creșterii înzestrării gospodăriilor cu combine frigorifice (cu 16,0%). De asemenea, înzestrarea gospodăriilor cu televizoare a crescut cu 5,2%, iar cea cu aspiratoare de praf și mașini electrice de spălat rufe cu 9,0%, respectiv 7,8%.

Înzestrarea cu bunuri de folosință îndelungată este influențată atât de resursele financiare ale gospodăriilor, cât și de acumulările din anii precedenți, precum și de oferta de bunuri de pe piață, din ce în ce mai performantă tehnic.

Piața bunurilor de folosință îndelungată și-a continuat trendul descendent pentru al doilea trimestru consecutiv, înregistrând o scădere cu 2,5% față de primul trimestru, la 293 milioane de euro, reiese din datele studiului GfK Temax, citate de Mediafax.

Față de al doilea trimestru din 2011, când vânzările de bunuri de folosință îndelungată s-au ridicat la 306 milioane de euro, scăderea din trimestrul doi din acest an este de 4,2%.

Astfel, în primul semestru piața bunurilor de folosință îndelungată a totalizat 592 milioane de euro, față de 613 milioane de euro în primele șase luni din 2011.

Cel de-al doilea trimestru a avut evoluții diferite, cu creșteri, dar și cu scădere. Singurul sector care a înregistrat o creștere de două cifre (19,2%) față de trimestrul al doilea din 2011 a fost sectorul foto. Sectorul electronicelor și cel de telecom au crescut ușor, în timp ce piața de IT și cea de imprimante și multifuncționale au fost în scădere. Cele mai mari pierderi s-au înregistrat pe piața electrocasnicelor mici și pe cea a electrocasnicelor mari, cea din urmă înregistrând o rată de scădere de două cifre, se arată într-un comunicat al GfK.

Vânzările de camere foto digitale și rame foto digitale au ajuns 12 milioane euro în trimestrul al doilea. Cu o rată de creștere de două cifre, camerele cu lentile interschimbabile sunt cel mai de succes segment în acest moment. Valoarea generată de aceste dispozitive în ultimele trei luni a fost de aproximativ 5 milioane de euro.

Pe segmentul electronicelor, vânzările de electronice au crescut cu 3%, la 58 milioane de euro. Creșteri semnificative ale vânzărilor s-au înregistrat pentru principalul declanșator al creșterii pe piața de electronice-televizoarele cu ecran plat. Ratele de creștere de două cifre înregistrate pe aceasta piață au fost susținute de promoții, corelate în special cu evenimente specifice, precum Campionatul European de Fotbal.

Piața de televizoare a reușit să genereze valoare adăugată și prin trecerea de la LCD la LED. Astfel, mai mult de jumătate din totalul vânzărilor din acest an au fost făcute cu modele LED.

Este de menționat faptul că restul produsele electronice monitorizate în cadrul studiului au avut în evoluții stabile sau negative în perioada analizată.

Valoarea totală a pieței de telefoane mobile și smartphone-uri a înregistrat în al doilea trimestru al anului 2012 o ușoară creștere de 0,7% comparativ cu aceeași perioadă a anului 2011, însumând 43 milioane de euro. Telefoanele inteligente continuă creșterea în vânzări și reușesc să aducă pe un trend ascendent valoarea sectorului Telecom.

În cadrul acestui segment de telefoane, preferințele se înregistrează printre cele care au încorporat sistemul de operare Android, cameră foto mai mare de 5.5 MP și ecran tactil. Telefoanele mobilephones, deși pierd cotă în fața celor smarthphones, sunt încă un segment ce domină în volum piața totală de telecom.

Pe sectoarele IT și Telecom, al doilea trimestru al anului 2012 a fost unul relativ stabil, înregistrând o scădere de 2% comparativ cu aceeași perioadă a anului trecut, cu o valoare de 84 milioane de euro.

Și piața de imprimante și multifuncționale rămâne stabilă în jurul valorii de șapte milioane de euro în al doilea trimestru al anului 2012, înregistrând o ușoară scădere de 2,9% comparativ cu aceeași perioadă a anului anterior. Această performanță a fost asigurată de creșterea pieței de multifuncționale laser cu precădere în segmentul de consumatori casnici.

Mediul politic instabil, dar și recesiunea în multe țări din zona euro au contribuit la încetinirea ritmului de creștere a economiei românești, situație resimțită în mod considerabil și pe piața electrocasnicelor mici. Cu o scădere în valoare de 9% în euro, piața electrocasnicelor mici a ajuns în al doilea trimestru al anului curent la 22 milioane de euro, față de 24 milioane de euro în trimestrul doi din 2011.

Principalele categorii care au contribuit la acest declin cu o creștere negativă de două cifre au fost unele dintre cele mai mari piețe de electrocasnice mici cum ar fi aparatele pentru prepararea alimentelor, aspiratoarele și aparatele pentru îndepărtarea părului corporal și facial (masculin și feminin).

În ciuda tendințelor descendente din categoria electrocasnicelor mici, au fost și segmente de piață cu o evoluție bună, precum aspiratoarele fără sac care au înregistrat o creștere ușoară de 3%, sistemele de călcat au avut o ascensiune de două cifre și storcătoarele de fructe și legume au reușit să înregistreze o mică creștere de 2%.

Raportat la moneda națională unele categorii precum cuptoare, mașini de spălat vase, congelatoare și plite au arătat creșteri.

Tabel 3.

Evoluția fondului de locuințe				
	2008	2009	2010	2011 1)
Fondul de locuințe	8329	8385	8428	8468
proprietate majoritar privată	8138	8192	8233	8272
Camere de locuit	21638	21841	22011	22168
proprietate majoritar privată	21294	21494	21662	21817
Suprafața locuibilă	322205	326413	330008	333349
proprietate majoritar privată	316684	320786	324318	327589
Locuințe terminate	67255	62520	48862	45419
din fonduri private	61171	56764	45983	43062

1) Date provizorii ce urmează a fi rectificate după publicarea rezultatelor finale ale recensământului populației și locuințelor. **Sursa: INS**

Fondul de locuințe și-a păstrat trendul ascendent din ultimii ani, înregistrând 8468 locuințe la sfârșitul anului 2011. După forma de proprietate, ponderea cea mai mare din fondul locativ existent la sfârșitul anului 2011 o reprezintă locuințele aflate în proprietatea majoritar privată (97,7%).

În anul 2011 au fost date în folosință 45,4 mii locuințe, cu 3,4 mii mai puține decât în anul precedent.

Pe cele două medii de rezidență, ponderea locuințelor date în folosință a fost mai mare în mediul rural (56,0%) față de mediul urban (44,0%).

Mentineră ba chiar și creșterea numărului de locuințe cumpărate în perioada de criză pot fi puse pe fondul scaderii prețurilor și pe introducerea programului prima casă oferind cetățenilor și familiilor cu venituri scăzute șansa de a avea proprietatea lor.

În ciuda contextului economic dificil, piața rezidențială din București – și nu numai – nu a rămas „înghețată”: noi proiecte de locuințe au continuat să apară.

În perioada de boom a pieței imobiliare, viitorul românilor în materie de standarde de locuire se conturează cât se poate de luminos: ansamblurile rezidențiale anunțate de către dezvoltatori la acea vreme erau formate din sute de apartamente cu suprafețe generoase, finisaje de excepție (și prețuri pe măsură), ce păreau evadarea perfectă din „cutiile de chibrituri” ridicată în perioada comunistă.

Patru ani (de criză) mai târziu, peisajul rezidențial autohton arată însă semnificativ diferit. Piața din Capitală nu a rămas înghețată în acest răstimp – ea s-a dezvoltat, dar într-o altă direcție decât cea întrevăzută inițial. Astfel, majoritatea proiectelor inițiate (de multe ori pe tăcute) în perioada de recesiune se află localizate la periferia Bucureștiului (marginea orașului sau localitățile limitrofe), sunt formate din locuințe cu suprafețe similare celor din blocurile vechi și au finisaje de calitate medie. Practic, sunt o variantă îmbunătățită a apartamentelor din perioada comunistă prin prisma vechimii construcției, avantajul unor prețuri similare (sau chiar mai mici), pliabile pe programul Prima Casă, fiind dat de localizarea mai puțin favorabilă a acestor proiecte. Succesul unor asemenea construcții nu a întârziat să apară, găsindu-se suficienți clienți (îndeosebi tineri) dispuși să se mute undeva la periferia orașului pentru a putea locui într-o casă nouă.

Pe „rețeta” apartamentelor noi de Prima Casă au mers atât mari, cât și mici investitori, străini, dar și români. Una dintre dezvoltările de amploare inițiate în perioada de criză (în anul 2010) este ansamblul Scandinavia Residence, din orașul Bragadiru. Acesta cuprinde în prezent trei blocuri cu un total de 166 de locuințe (un al patrulea bloc, de peste 50 de unități locative, fiind în stadiul de construcție). În Scandinavia Residence, prețurile încep de la 34.900 de euro pentru o garsonieră de 35 de metri pătrați (fără balcon), de la 46.000 de euro pentru un apartament cu două camere de 50 de metri pătrați și de la 69.900 de euro pentru un apartament cu trei camere de 85 de metri pătrați. Pe de altă parte, prețul minim pentru un apartament cu trei camere de tip penthouse, cu o suprafață de 90 de metri pătrați, este de 75.000 de euro.

Planurile inițiale ale dezvoltatorului acestui proiect (fondul de investiții finlandez Ahlstrom Capital, prin compania autohtonă BDY Capital Invest) vizau construcția, pe un teren de 2,5 hectare, a șapte blocuri cu 420 de apartamente, printr-o investiție de peste 15 milioane de euro. Între timp însă, compania a mai achiziționat un lot de 4,5 hectare lângă cel dintâi și și-a extins planurile în vederea construcției a 1.100 de apartamente în această zonă a Capitalei. Ca și până acum, finlandezii intenționează să finanțeze lucrările de construcție exclusiv din fonduri proprii. „Urmărim să finalizăm – și să vindem, că altfel nu trecem mai departe – câte două blocuri pe an”, notează Nicu Stângă, general managerul firmei promoatoare a proiectului, Premium Imobiliare. Teoretic, proiectul ar trebui finalizat integral în circa opt ani de zile de acum încolo, în condițiile în care ritmul vânzărilor s-ar menține la nivelul actual.

(imobiliare.ro, noiembrie 2012, Adriana Lefter)

2. Realizare de depozite bancare

Tabel 4.

Perioada	Total	Depozite overnight				Depozite la termen			
		Total	în lei	în euro	în alte valute	Total	în lei		
							Total	cu scadența ≤1 an	cu scadența >1 an
<i>milioane lei - sfârșitul perioadei</i>									
2009	97 307,0	25 982,6	15 955,8	9 113,3	913,5	71 324,4	43 239,1	40 067,4	3 171,7
2010	104 107,4	22 089,5	13 809,5	7 118,7	1 161,3	81 992,2	50 463,9	47 296,0	3 167,8
2011	112 749,7	21 871,7	14 048,3	6 585,7	1 237,7	90 844,3	58 048,4	53 938,3	4 110,0
2011 T4	112 749,7	21 871,7	14 048,3	6 585,7	1 237,7	90 844,3	58 048,4	53 938,3	4 110,0
2012 T1	116 660,3	21 760,9	13 733,9	6 766,1	1 260,9	94 870,1	61 432,3	56 451,1	4 981,2
2012 T2	118 981,7	23 059,8	14 013,9	7 587,6	1 458,3	95 909,2	61 504,4	56 040,9	5 463,5
2012 T3	120 664,9	23 139,8	13 907,7	7 628,5	1 603,6	97 518,8	61 049,7	55 334,9	5 714,7
iul. 2012	120 821,1	23 422,5	14 179,9	7 689,3	1 553,4	97 391,0	61 441,8	55 847,8	5 594,0
aug. 2012	119 568,4	22 868,2	13 840,8	7 455,0	1 572,5	96 694,2	61 152,2	55 467,0	5 685,2
sep. 2012	120 664,9	23 139,8	13 907,7	7 628,5	1 603,6	97 518,8	61 049,7	55 334,9	5 714,7
oct. 2012	121 265,4	23 086,1	13 658,7	7 731,7	1 695,7	98 172,9	61 337,4	55 582,1	5 755,3

Sursa: BNR

Fondurile atrase de banci prin conturi și depozite la termen au urcat la aproape 200 miliarde lei la finalul lunii octombrie. În ultimii 4 ani, în ciuda crizei economice, cele mai mari creșteri s-au înregistrat în zona sumelor depuse la banci de către populație, în timp ce companiile nu au reușit să își crească decât marginal economiile.

Din totalul de 194,9 miliarde lei atrase de banci de pe piața locală, peste 62% provin din economiile realizate de populație la finalul lunii octombrie, respectiv un total de 121 miliarde lei.

Procentul este în creștere față de acum 4 ani, la debutul crizei financiare, când economiile populației reprezentau 78,6 miliarde lei, respectiv 55,8% din totalul sumelor gestionate de banci. În aceeași perioadă, economiile companiilor au urcat mult mai modest, de la 62 miliarde lei la 73,6 miliarde lei.

Sumele atrase de banci prin depozite, conturi curente și conturi de economii au cunoscut o creștere relativ naturală, data fiind politicile adoptate de banci.

Pe de o parte, reducerea liniilor de finanțare de la bancile mama a făcut ca instituțiile de credit să caute resurse pe piața locată. Aceasta tendință a dus la majorarea puternică a dobânzilor oferite la depozitele populației.

La începutul lui 2009, rata medie a dobânzii oferite la depozitele în lei ajunsese să depășească 12%, în timp ce la euro trecea de 5%.

Încurajarea economisirii a fost susținută și printr-un cadru legislativ mai puternic la nivel european. Suma maximă garantată în cazul falimentului bancar a fost majorată la 100.000 euro atât pentru depozitele populației cât și a firmelor.

În plus, populația este tradițional mai predispusă la economisire decât companiile, care au nevoie mai mare de lichiditate și preferă să repartizeze dividende sau să reinvestească sumele castigate decât să le blocheze în depozite.

În prezent, dobânzile oferite de banci pentru depozite au scăzut semnificativ față de acum 4 ani, rata medie a dobânzii este de 5,4%, iar dobânzi care să treacă de 7% au devenit o raritate.

În cazul depozitelor în euro, dobânda medie se situează în jurul nivelului de 3%.

Clientii ar trebui să compare întotdeauna dobânda finală pe care o primesc, indiferent de bonusurile acordate temporar pe parcursul constituirii depozitului.

De asemenea, mare atenție la produsele speciale, care sunt vândute ca o modalitate de economisire dar nu oferă aceeași flexibilitate. În această categorie intra contractele de economisire-creditare, fondurile de investiții, asigurările de viață cu componenta unit-linked sau investițiile în aur.

(conso.ro 27 noiembrie 2012, alexandra popa)

3. Investiții

Românii reticenti cu investițiile majore

Majoritatea covârșitoare a românilor nu este dispusă să facă vreo investiție majoră în următoarele 3 luni. Astfel, 69,8% dintre români apreciază următoarea perioadă ca fiind neprielnică pentru achiziționarea unei case, iar 71,5% consideră că e perioadă total nepotrivită pentru achiziționarea unei mașini.

Acesta este rezultatul unui studiu realizat de Bucharest Forum, prin compania de cercetare de piață Reveal Marketing Research, raport intitulat ConfidenceIndex. Acesta arată că doar 12,1% dintre români consideră următoarele 3 luni ca fiind propice cumpărării unei case. În ceea ce privește achiziția unei mașini, un procent și mai mic, de doar 7,9% dintre consumatori ar întreprinde acest lucru. Studiul mai arată că acești potențiali cumpărători s-ar orienta către o mașină second-hand.

În acest context, Marius Luican, general manager Reveal Marketing Research, subliniază faptul că “românii au devenit mai responsabili și sunt mai reticenți în a face o investiție majoră, cum ar fi achiziția unei locuințe sau a unei mașini. Chiar și atunci când consideră oportun să cumpere un automobil, poate fi observată aceeași tendință din ultimii ani, de orientare a deciziei către o mașină la mâna a doua”.

Situația stă însă altfel în ceea ce privește achiziția bunurilor de larg consum pentru gospodărie. În acest caz, românii consideră în procent destul de ridicat (40,8%) că următoarele 3 luni ca o perioadă oportună cumpărăturilor. În topul preferințelor consumatorilor sunt obiecte ca laptop (13,9%), frigider (12,2%) sau mașină de spălat (12,6%).

Același studiu relevă și o atitudine de reticență a consumatorilor în ceea ce privește intenția de a pleca în vacanță: doar 2 din 10 români au menționat că își fac planuri în acest sens pentru următoarele 3 luni, alegând destinații turistice din țară. Mijlocul de transport ales în mod preponderant este automobilul personal.

ConfidenceIndex este realizat prin metoda CATI (Computer Assisted Telephone Interviews). Colectarea datelor s-a realizat în perioada 29 – 31 octombrie, pe un eșantion de 1.200 persoane, femei și bărbați, cu vârsta de peste 18 ani, eșantion reprezentativ la nivel național pentru mediul urban și rural. Studiul se va desfășura lunar, totalizând 14.400 de respondenți anual. Marja de eroare calculată este de +/- 2,84.

Reveal Marketing Research este o agenție de cercetare full-service, prezentă pe piața românească din anul 2005, membră a ESOMAR, care realizează o gamă completă de studii de piață calitative și cantitative, adaptate atât cerințelor clienților cât și piețelor acestora.

(Income magazine, 12 noiembrie 2012, Angela Popescu)

Valoarea medie a unui cont deschis de investitorii romani pe piata Forex ajunge la 2.000 de euro, potrivit unui sondaj realizat de **EconomicTimes.ro** in randul a patru societati de brokeraj specializate in tranzactii pe aceasta piata.

Suma minima cu care un investitor isi poate deschide un cont de tranzactionare porneste de la 10 dolari si ajunge pana la 2.000 euro.

”Tranzactionarea pe piata Forex presupune un grad de pregatire avansat in analiza tehnica si fundamentala. In general, aceasta pregatire nu exista in cazul clientilor care deschid conturi noi. Statisticile arata ca raportul este 90% clienti care pierd si 10% care castiga.”, potrivit lui Florin Dobrin, director executiv la Forex Romania.

Dobrin a mai spus ca analizand profilul psihologic al investitorilor romani, se disting doua mari categorii, cei care cunosc foarte bine mecanismele de functionare ale pietelor financiare, si stiu bine ce vor sa faca, si cei care vad in acest tip de investitii o oportunitate de a castiga bani rapid si relativ usor.

“Din pacate, in Romania, sunt multi cei care inca fac confuzie intre investitiile financiare si jocurile de noroc tip Casino sau pariuri sportive. Beneficiind de avantajul ca pot efectua tranzactiile direct, online, fara a interactiona direct cu un broker, de regula nu solicita consiliere de specialitate, sau, daca primesc consiliere, abandoneaza rapid sfaturile primite, mai ales daca au succes la primele tranzactii, considerand ca le ingreuneaza misiunea de a castiga cat mai multi bani intr-un timp cat mai scurt, practic trec de la investitii la <mize>.”, spune Viorel Niculaie, director executiv Bursa Forex.

De mentionat ca in Romania tranzactiile pe piata Forex nu sunt supravegheate si reglementate de Comisia Nationala a Valorilor Mobiliare (CNVM).

(economictimes.ro, 11 iunie 2010, Loredana Asiminei)

Banca Comercială Română (BCR) a intermediat tranzacții cu titluri emise de statul roman, de la începutul anului și până în prezent, în valoare de circa 1,5 miliarde echivalent lei.

“Titlurile de stat sunt considerate a fi una dintre cele mai puțin riscante investiții care se pot realiza de către investitori, clienții beneficiind de dobânzi fixe. Acest lucru se vede și în interesul manifestat de clienții persoane fizice, care reprezintă până la 99% din numărul de clienți care au achiziționat titluri de stat, până în acest moment. Cele mai vândute titluri de stat către populație sunt cele în moneda națională, respectiv circa 1,2 miliarde lei, reprezentând aproximativ 3/4 din volumul total”, a declarat Laura Hexan, Șefa Departamentului de Produse de Trezorerie Retail din cadrul

BCR.

Printre avantajele investiției în titluri de stat se numără: lipsa taxelor, obținerea unui randament fix dacă titlul este ținut până la maturitate, randamente superioare celor oferite de depozitele bancare.

“Parteneriatul dintre BCR și Erste ne poziționează în acest moment ca cel mai important jucător de pe piața titlurilor, deținând și unul dintre cele mai mari portofolii. BCR are calitatea atât de dealer primar cât și de participant în stabilirea fixingului pe piața titlurilor de stat românești conferindu-i astfel posibilitatea de a oferi prețuri competitive. Susținerea oferită de Erste ne oferă și posibilitatea de a avea acces pentru clienții noștri și la piețele internaționale. Din poziția de lider al sistemului bancar românesc vizăm toate segmentele de clientelă oferind cele mai accesibile prețuri din piață”, a adăugat Laura Hexan.

(Incomemagazine.ro , 7 noiembrie 2012, Ada Stefan)

Romanii investesc lunar peste 60 de milioane de euro în fonduri mutuale. Fondurile mutuale romanesti au inghitit peste 3 miliarde de lei in ultimul an si au ajuns la active nete de 4,5 miliarde de lei la finele lunii aprilie, fiind tot mai aproape de a atinge pragul de 1% din Produsul Intern Brut.

Potrivit statisticilor emise de Asociatia Administratorilor de Fonduri (AAF, numarul de investitori a ajuns la un nivel record 200.000, cea mai mare parte dintre acestia avand investitii in fondurile monetare si de obligatiuni, in timp ce mai putin de o zecime sunt investitori in fonduri de actiuni, scrie Ziarul Financiar.

Astfel, industria fondurilor mutuale a incheiat luna aprilie cu active nete de peste 4,5 mld. lei (1,1 mld. euro) - un nou maxim istoric, reusind sa atraga peste 245 mil. lei de la investitori (60 mil. euro).

Similar cu evolutia din lunile precedente, cele mai atractive fonduri au fost fondurile de plasamente monetare si de obligatiuni, care concentreaza peste 70% din activele totale ale pietei, insa investitorii incep timid sa redescopere fondurile cu profil de risc ridicat, precum cele de actiuni.

(Ziarul Financiar, 10 mai 2010)

Pensiile private facultative și asigurările sunt, în general, investiții pe termen lung. În primul caz, riscul pe care vi-l asumați constă în alegerea fondului care vă administrează pensia privată, dar în privința plasamentelor nu aveți nici un cuvânt de spus. La finalul lunii septembrie, aproximativ 93% din activele fondurilor de pensii facultative erau plasate în țară, în timp ce restul de 7%, în investiții din Uniunea Europeană.

Alocarea resurselor financiare cuprindea obligațiuni municipale, corporative și ale organismelor străine neguvernamentale, titluri de stat și acțiuni.

Diferența dintre asigurările de viață clasice și cele unit-linked constă în persoana care își asumă riscul. Pentru cele clasice compania este cea care și-l asumă, fapt pentru care va investi în general în depozite bancare sau obligațiuni de stat. Ca atare, nici câștigurile nu vor fi foarte mari, dar riscul este mai mic.

În schimb, asigurările unit-linked sunt mai riscante, au randamente mai mari, dar sunt și mult mai flexibile decât cele clasice.

Înainte însă de a vă hotărî unde să vă plasați banii, țineți cont și de ceea ce spunea **Warren Buffet**: „Nu investesc niciodată în ceea ce nu înțeleg”.

(Incomemagazine.ro, 23 Noiembrie 2012, Ada Stefan)

Concluzii

O analiza realizata asupra datelor statistice din perioada 2008-2011 arata faptul ca populatia a scos din buzunar mai multi bani pe cheltuielile de consum ale gospodariilor, putin peste 10% in anul 2011 fata de anul 2008.

În perioada 2008-2011, înzestrarea gospodariilor cu bunuri de folosinta îndelungata a crescut la majoritatea produselor. Din anul 2008 pâna în anul 2011, înzestrarea gospodariilor cu frigidere si congelatoare a scazut cu 5,1% pe seama cresterii înzestrării gospodariilor cu combine frigorifice (cu 16,0%). De asemenea, înzestrarea gospodariilor cu televizoare a crescut cu 5,2%, iar cea cu aspiratoare de praf si masini electrice de spalat rufe cu 9,0%, respectiv 7,8%.

Fondul de locuinte si-a pastrat trendul ascendent din ultimii ani, înregistrând 8468 mii locuinte la sfarsitul anului 2011. Dupa forma de proprietate, ponderea cea mai mare din fondul locativ existent la sfarsitul anului 2011 o reprezinta locuintele aflate în proprietatea majoritar privata (97,7%).

În anul 2011 au fost date în folosinta 45,4 mii locuinte, cu 3,4 mii mai putine decat în anul precedent. Pe cele doua medii de rezidenta, ponderea locuintelor date în folosinta a fost mai mare în mediul rural (56,0%) fata de mediul urban (44,0%).

Fondurile atrase de banci prin conturi si depozite la termen au urcat la aproape 200 miliarde lei la finalul lunii octombrie. In ultimii 4 ani, in ciuda crizei economice, cele mai mari cresteri s-au înregistrat in zona sumelor depuse la banci de catre populatie, in timp ce companiile nu au reusit sa isi creasca decat marginal economiile.

Din totalul de 194,9 miliarde lei atrase de banci de pe piata locala, peste 62% provin din economiile realizate de populatie la finalul lunii octombrie, respectiv un total de 121 miliarde lei.

Procentul este in crestere fata de acum 4 ani, la debutul crizei financiare, cand economiile populatiei reprezentau 78,6 miliarde lei, respectiv 55,8% din totalul sumelor gestionate de banci.

Majoritatea covârșitoare a românilor nu este dispusă să facă vreo investiție majoră în următoarele 3 luni. Astfel, 69,8% dintre români apreciază următoarea perioadă ca fiind neprielnică pentru achiziționarea unei case, iar 71,5% consideră că e perioadă total nepotrivită pentru achiziționarea unei mașini.

Insa romanii s-au îndreptat catre investitii care aduc profit atat pe termen scurt cat si pe termen mediu si lung investiind bani pe piata forex, in titluri emise de stat, in fonduri mutuale si in asigurari si pensii private.

Valoarea medie a unui cont deschis de investitorii romani pe piata Forex ajunge la 2.000 de euro, potrivit unui sondaj realizat de EconomicTimes.ro in randul a patru societati de brokeraj specializate in tranzactii pe aceasta piata.

Romanii au ales sa investeasca in titluri de stat numai Banca Comercială Romană (BCR) a intermediat tranzacții cu titluri emise de statul roman, de la începutul anului și până în prezent, în valoare de circa 1,5 miliarde lei.

Romanii investesc lunar peste 60 de milioane de euro în fonduri mutuale. Fondurile mutuale romanesti au inghitit peste 3 miliarde de lei in ultimul an si au ajuns la active nete de 4,5 miliarde de lei la finele lunii aprilie, fiind tot mai aproape de a atinge pragul de 1% din Produsul Intern Brut.

Referinte bibliografice:

- Institutul National de Statistica site oficial www.insse.ro
- Consilier financiar site oficial www.conso.ro
- Banca Nationala a Romaniei site oficial www.bnro.ro
- Income Magazine site oficial www.incomemagazine.ro
- Ziarul financiar site oficial www.zf.ro
- Economic times site oficial www.economictimes.ro
- Portalul afacerilor imobiliare site oficial www.imobiliare.ro
- Sica Stanciu " Bazele generale ale marketingului" - Curs Universitatea Bucuresti 2002.

STRATEGIA DE PIAȚĂ A HYPERMARKETULUI REAL

Mădălina NARE¹

Abstract

Marketingul pune în relație două elemente esențiale ale pieței: organizația și clientul. Primul încearcă să satisfacă cererile și dorințele celui de-al doilea oferindu-i produse și servicii de calitate la prețuri acceptabile.

Lucrarea mea se numește: STRATEGIA DE PIAȚA A HIPERMARKETULUI REAL, și aceasta tratează strategia de piață a unei firme cu exemplificare pe compania Real.

Abordarea unei strategii de piață reprezintă una dintre activitățile cele mai importante ale companiei, având în vedere faptul că numai printr-o adaptare dinamică la mediul economico-social este posibilă fundamentarea corectă a tuturor componentelor planificării strategiei la nivelul organizației.

Strategia de piață a companiei Real va trebui să reunească toate funcțiile marketingului: studierea cerințelor pieței, adaptarea activității economice la aceste cerințe, satisfacerea lor, în condițiile obținerii unei eficiențe cât mai bune pentru firma.

Pentru a atinge obiectivele politicii de marketing firma Real trebuie să-și stabilească atât atitudinea și conduita necesare (care reprezintă strategiile de marketing corespunzătoare), cât și modalitățile concrete pentru îndeplinirea lor (tacticile de marketing)

Cuvinte cheie: Strategia de piață, promovare, produse, publicitate, clienți.

Introducere

Marketingul pune în relație două elemente: organizația și clientul. Prima încearcă să satisfacă cererile și dorințele celui de-al doilea oferindu-i produse și servicii de calitate la prețuri acceptabile.

Conceptul care stă la baza activității de marketing este nevoia umană, care este conștientizarea unui sentiment de lipsă. Cerințele umane reprezintă o formă de manifestare a nevoilor umane pe măsura modelării de către cultura și personalitatea individului.

Oamenii doresc să aleagă produsul care să le ofere satisfacția cea mai mare pentru banii cheltuiți. Atunci când sunt dublate de capacitatea de plată, adică de puterea de cumpărare, dorințele devin cereri.

Am încercat să realizez o lucrare despre strategia de piață, cu exemplificare pe compania Real.

Lucrarea este formată din două capitole pe parcursul cărora am încercat să prezint strategia de piață, cu exemplificare pe compania Real.

În cadrul primului capitol – STRATEGIA DE PIAȚĂ ÎN CADRUL SOCIETĂȚII COMERCIALE, am prezentat în general strategia de piață a întreprinderii, am vorbit despre strategia de produs, strategia de preț, strategia de distribuție precum și despre strategia de promovare.

În cel de-al doilea capitol – STRATEGIA DE PIAȚĂ A HIPERMARKETULUI REAL, am prezentat în prima parte hipermarketul Real, am realizat o scurtă prezentare a companiei, am prezentat portofoliul de produse și servicii, structura organizatorică și personalul companiei. De asemenea, am prezentat clienții și concurenții companiei Real. În cea de-a doua parte a capitolului

¹ Student, Facultatea de Științe Economice a Universității “Nicolae Titulescu” din București (e-mail: nare_madalina@yahoo.com). Acest studiu a fost realizat sub coordonarea Lect. univ. dr. Mărgulescu Elena (e-mail: elena.margulescu@univnt.ro).

am prezentat strategiile de produse, de preț, de distribuție și strategiile de promovare adoptate de către compania Real.

Lucrarea se încheie cu prezentarea concluziilor acesteia.

Cuprinsul propriu-zis al lucrării

Cap I: Strategia de piață în cadrul societății comerciale

1.1. Conceptul de marketing

Marketingul presupune utilizarea unor metode și tehnici specifice privind adaptarea ofertei agenților economici la cerințele pieței și cele ale consumatorilor sau utilizatorilor.

Astfel, marketingul se constituie în modalități de acțiune practică menite să asigure succesul organizației în lupta concurențială.

Termenul de marketing este foarte utilizat și are semnificații diferite. La modul general, marketingul este un ansamblu de acțiuni vizând adaptarea ofertei unei întreprinderi la nevoile agenților, ce exprimă cererea.

Putem afirma fără a greși că sunt multe definiții, viziunile sunt diferite sau nu, însă ideea este aceeași: „Conceptul de marketing susține că soluția atingerii de către o organizație a obiectivelor proprii constă în determinarea nevoilor și dorințelor consumatorilor vizați și în furnizarea satisfacției așteptate într-un mod mai eficient și operativ decât concurența.¹”

Autorul cărții intitulate simplu “Marketing”, Diaconescu M. consideră că „marketingul reprezintă arta și știința procesului de schimb puse în slujba asigurării satisfacției consumatorului și creșterii profitabilității activității întreprinderii.²”

Pe scurt putem spune că, a face marketing înseamnă a acționa pe piață.

„Vânzarea se concentrează pe nevoile vânzătorului, marketingului pe cele ale cumpărătorului. Vânzarea se ocupă de nevoia unui vânzător de a-și transforma produsul în bani lichizi, marketingul pe ideea de a satisface nevoile cumpărătorului cu ajutorul produsului și al întregului lanț de activități asociate creării, furnizării și consumului acestuia³.”

Politica de marketing reprezintă “modul în care întreprinderea concepe dezvoltarea activității sale, direcțiile de perspectivă și acțiunile practice, concrete, vizând valorificarea potențialului său, în concordanță cu cerințele pieții⁴”.

1.2. Strategia de piață la nivelul întreprinderii

Dintre toate componentele politicii de marketing, strategia de piață reprezintă elementul cel mai important al acesteia, având în vedere faptul că numai printr-o adaptare dinamică la mediul economico-social este posibilă și fundamentarea corectă și a celorlalte componente.

Strategia de piață este una din cele mai importante strategii de dezvoltare a firmei.

Prin aceasta se stabilește raportul dintre firma și mediul ambiant, poziția pe care trebuie să și-o asigure în interiorul mediului ambiant pentru a-și îndeplini obiectivele în condiții de eficiență maximă.

Societățile din zilele noastre sunt obligate, pentru a supraviețui și mai ales pentru a obține rezultatele scontate, să-și modeleze acțiunile într-o viziune de perspectivă asupra produselor și să ia în considerare schimbările mediului în care acționează, dar și pe cele în atitudinea clienților față de produsele și serviciile oferite.

Aceasta, cu atât mai mult, în actualele condiții, în care concurența este tot mai acerbă, resursele tot mai puține, iar consumatorii mai pretențioși.

¹ Kotler Ph., Managementul Marketingului, editia a 5-a, Editura Teora, București, 2008, p. 235

² Diaconescu, M., Marketing, Editura Universitară, București, 2010, p.12

³ Levitt, Th. Marketing Myopia - “Harvard Business Review” nr.8 iulie august 1960

⁴ Fekete, Ildiko, Bazele marketingului, Editura Eftimie Murgu, Reșița, 2001

Pentru a răspunde unor asemenea cerințe, compania este nevoită să-și stabilească o atitudine clară și consecventă față de produsele sau serviciile pe care le fabrică sau le comercializează.

Astfel spus, întreprinderile trebuie să-și stabilească o strategie clară atât de produs, de preț, de distribuție cât și de publicitate.

1.2.1. Strategia de produs

Strategia de produs semnifică optica firmei referitoare la dimensiunile, structura și evoluția gamei de produse pe care le produce (comercializează)¹. Totodată, strategia de produs aleasă este subordonată strategiei de piață și corelată cu strategiile de preț, distribuție și promovare..

În funcție de resursele materiale, financiare și umane de care dispune întreprinderea își poate stabili mai multe alternative pentru elaborarea politicii sale de produs.

Dacă se are în vedere gradul de înnoire a produselor, întreprinderea are la dispoziție următoarele strategii de produs:

- strategia menținerii gradului de noutate prin introducerea și eliminarea anual a aceleiași număr de articole, fără a se afecta structura gamei de produse;
- strategia perfecționării produselor presupune îmbunătățirea permanentă a parametrilor calitativi ai produselor din mixul oferit pe piață;
- strategia înnoirii produselor este cea mai riscantă alternativă strategică și presupune lansarea unor produse noi, destinate fie aceleiași segment de clientela fie unor segmente noi.

În funcție de dimensiunile gamei de produse, întreprinderea poate opta pentru una din următoarele variante strategice:

- strategia stabilității sortimentale presupune menținerea dimensiunilor gamei de produse, urmărindu-se în același timp stabilitatea poziției întreprinderii pe piață și păstrarea prestigiului în rândul clientelei deservite;
- strategia de selecție sau de restrângere sortimentala consta în simplificarea gamei ca urmare a eliminării produselor aflate în faza de declin a ciclului de viața și a celor cu un grad de uzura morala ridicată.

- strategia diversificării sortimentale se concretizează în posibilități suplimentare de satisfacere a cerințelor consumatorilor ca urmare a creșterii dimensiunilor gamei de produse.

Strategia diversificării produselor se poate realiza în următoarele direcții:

- diversificare orizontala presupune creșterea numărului de produse din cadrul gamei, păstrându-se însă caracterul omogen al acesteia
- diversificare verticala - presupune integrarea în linia de produse a unor produse noi care erau achiziționate înainte ca materie prima sau care se fabricau din materiale produse de alte întreprinderi.
- diversificarea laterala- presupune dezvoltarea gamei de produse ca urmare a introducerii în fabricație a unor produse din ramuri conexe.

În context internațional, strategiile de produs presupun asumarea unor riscuri sporite ceea ce solicită și informații suplimentare, în special în ceea ce privește elementele externe necontrolabile (mediul de piață, concurența, instituțiile și sistemul legal).

1.2.2. Strategia de preț

După ce a fost stabilit locul prețului în mixul de marketing, marketerul poate dezvolta o strategie de preț în funcție de obiectivele urmărite.

Sunt numeroase variantele strategice de preț pe care o întreprindere le poate utiliza, cele mai cunoscute fiind:

- strategia "prețului lider" (price-leader) este în mod obisnuit adoptata doar de marile întreprinderi din industrie care au suficienta putere pe piata pentru a putea stabili un preț ce va fi urmat de celelalte întreprinderi din domeniu;

¹ Balaure V. (coord.), Marketing, Editura Uranus, Bucuresti, 2000, p. 345

- strategia "prețului urmăritor" (price follower) adoptată în special de micile întreprinderi dar și de întreprinderile mai mari dar care nu au suficientă putere pe piață. Rațiunea utilizării unei asemenea strategii este aceea că, urmărind prețul liderului, întreprinderea care adoptă un preț de urmărire obține profituri bune dacă vinde suficiente produse;

- strategia "prețurilor reduce" (predatory pricing) presupune reducerea prețurilor suficient de mult pentru a atrage clienți de la concurență;

- strategia de "luare a caimacului" (skimming price) constă în fixarea unui preț cât se poate de ridicat la lansarea unui produs. Este o strategie foarte utilizată pentru bunurile industriale și întreprinderile ce utilizează tehnologie de vârf (computere, autoturisme, televizoare color, videorecordere);

- strategia "prețului de penetrare" (penetration pricing) în opoziție cu strategia anterioară constă în cucerirea rapidă a unei părți de piață prin practicarea unui preț scăzut.

Alegerea unei strategii de preț se face și în funcție de etapa din ciclul de viață în care se găsește produsul, de gradul de nouitate al produsului etc. Astfel, pentru un produs nou se utilizează, de obicei, strategia de luare a caimacului sau strategia de penetrare.

Strategia prețului de penetrare este utilizată și pentru produsele de imitare, alături de strategia prețului de piață care presupune stabilirea unui preț inferior prețului lider, un preț ce urmărește tendința generală a pieței și nu se diferențiază de prețurile produselor concurente.

Prețul unei linii de produse presupune stabilirea mai multor niveluri de preț pentru produsele respective, fiecare reprezentând un nivel de calitate distinct. Strategia prețului liniei de produse presupune stabilirea nivelului limită (minim și maxim) de preț și a nivelurilor intermediare ale prețurilor practicate în cadrul liniei respective.

Prețurile nu reflectă în mod fidel costurile produselor, fiind în concordanță și cu imaginea destinată lor.

În afara acestor strategii enunțate, marketerul va decide care va fi politica de preț pentru fiecare produs sau linie de produs, întocmind o așa numită listă de prețuri.

Lista de prețuri cuprinde atât prețurile de bază pentru produsele propuse, cât și reduceri de preț, înțelegeri speciale, împrumuturi și vânzări în rate, diverse metode utilizate pentru a atrage cât mai mulți cumpărători.

Prețul final al unui produs poate conține și elemente suplimentare, de creștere a prețului de bază, generate de oferirea unor garanții suplimentare sau a unor opțiuni și servicii preferențiale.

1.2.3 Strategia de distribuție

Conceptul de distribuție se referă, mai întâi la traseul pe care îl parcurg mărfurile pe piață, până ajung la consumatori. Producătorul, intermediarii și consumatorul alcătuiesc ceea ce se numește un canal de distribuție. Distribuția se referă la ansamblul operațiunilor care marchează trecerea mărfurilor de la un agent de piață la altul până la intrarea în consum.

Orice firmă care acționează pe piață utilizează pentru atingerea obiectivelor sale, strategia ca instrument de asamblare coerentă a măsurilor concrete întreprinse în această direcție.

„Strategia de distribuție- componenta a strategiei de marketing –se bazează pe localizarea punctului de vânzare, produsele comercializate, prețurile practicate, serviciile oferite clienților și comunicare¹”.

Strategia de distribuție vizează în egală măsură selectarea canalelor de distribuție și a partenerilor corelate cu strategia globală a firmei și cu celelalte componente ale mixului de marketing.

Procesul de formulare a strategiei de distribuție, presupune parcurgerea următoarelor etape:

- analiza cerințelor clienților care constituie piața țintă, privind nivelul serviciilor de distribuție;

¹ Belu, M., Strategii de distribuție în spațiul European, Editura ASE, București, 2004, p.120

- definirea obiectivelor strategiei de distribuție;
- elaborarea variantelor strategice de distribuție;
- stabilirea criteriilor de selecție (criterii economice, de control, de adaptabilitate) și evaluarea variantelor strategice;
- selectarea celei mai adecvate variante strategice de distribuție.

Analiza nevoilor și a comportamentului de cumpărare al clienților care formează piața țintă constituie punctul de plecare în proiectarea unui sistem de distribuție.

Identificarea așteptărilor clienților în ceea ce privește nivelul serviciilor contribuie la alegerea celor mai eficiente modalități de distribuție.

Definirea obiectivelor strategiei de distribuție presupune luarea în considerare a informațiilor rezultate din cercetările de marketing referitoare la exigențele clienților privind serviciile de distribuție și, de asemenea, a obiectivelor de marketing ale firmei - creșterea vânzărilor, cota de piață, gradul de acoperire a pieței etc.

Strategia de distribuție reprezintă un set de opțiuni referitoare la elementele cheie ale procesului de distribuție, și anume: dimensiunile canalului de distribuție, amploarea distribuției, gradul de participare al firmei la activitatea canalului de distribuție, gradul de control asupra distribuției și gradul de elasticitate a aparatului de distribuție.

Întrucât distribuția reprezintă o componentă dinamică a mixului de marketing, strategia de distribuție trebuie reformulată¹ și ajustată periodic - în funcție de modificarea obiectivelor firmei, etapa în care se află produsele, faza pe care o parcurge firma în procesul ei de evoluție, schimbările care au loc la nivelul pieței țintă și apariția unor forme de distribuție mai performante.

Prin ajustarea politicii sale de distribuție întreprinderea trebuie să vizeze valorificarea întregului potențial al distribuției ca variabilă a mixului de marketing, în corelație cu celelalte elemente componente - produsul, prețul, promovarea.

Astfel, după cum am văzut politica de distribuție a devenit una din cheile elaborării marketingului - mix eficient: coerența dintre deciziile privitoare la preț, produse, comunicare, promovare, termene, servicii, etc. și alegerea canalului și a formulei de distribuție este unul din aspectele esențiale ale unei politici comerciale.

1.2.4. Strategia de promovare

În literatura străină, noțiunea de promovare este utilizată în sens de mix comunicațional (communication mix), de comunicare de marketing (marketing communications) sau, mai nou, de comunicare integrată de marketing (Integrated Marketing Communication - IMC).

Activitatea promoțională este definită ca “un demers de natură comunicațională, riguros planificat, realizat pe o perioadă determinată de timp, sub forma unor campanii în cadrul cărora, cu ajutorul unor tehnici specifice (publicitate, relații publice, promovarea stimulentă, utilizarea mărcii, manifestări expoziționale etc.) se acționează în vederea realizării unor obiective legate de notorietatea sau imaginea unui produs, serviciu sau firmă”.

După stabilirea obiectivelor urmărite de politica promoțională și după elaborarea bugetului promoțional, marketerul trebuie să decidă asupra strategiei de promovare. În funcție de scopul urmărit prin activitatea de promovare întreprinderea poate utiliza variate strategii promoționale.

În cazul în care se urmărește promovarea imaginii se pot avea în vedere două variante: strategia de promovare a imaginii și strategia de extindere a imaginii, care cuprind mai multe opțiuni strategice:

- strategia de informare în cadrul pieței;
- strategia de stimulare a cererii ;
- strategia de diferențiere a ofertei;
- strategia de stabilizare a vânzărilor.

¹ Balaur V. (coord.), Marketing, Editura Uranus, București, 2000, p.87

Fiecare companie își stabilește formele de promovare pe care le utilizează, își calculează bugetul pe care-l poate alocă pentru publicitate și pentru alte acțiuni promoționale, își coordonează activitatea de control și evaluare a efectelor acestor acțiuni etc. Toate acestea se întrunesc în strategiile promoționale pe care firma le utilizează.

Ele pot fi diferite în funcție de momentul în care sunt utilizate, de evoluția la un moment dat a pieței, precum și alți factori care pot influența formele de promovare ale unei firme, la un moment dat pe piață.

În general, o firmă producătoare trebuie să aducă la cunoștință publicului larg existența produsului său, iar acest lucru se realizează prin intermediul mijloacelor mass-media, care au acces la majoritatea populației.

Lumea este în mișcare continuă, mereu ocupată, fiind necesare lucruri ieșite din comun în materialele promoționale pentru ca acestea să aibă succes, pentru a atrage și a rămâne întipărite în mintea consumatorilor și nu numai, ci și pentru a le forma o atitudine pozitivă vis-à-vis de produsul, marca sau firma promovată sau chiar a-i determina să cumpere ceea ce se promovează.

În prezent tendința care se manifestă în rândul consumatorilor este de a achiziționa mai mult marca sau o imagine decât produsul în sine, de aceea publicitatea și celelalte forme de promovare se axează tot mai mult pe aceste componente, iar firmele încearcă să își creeze mărci proprii, să le facă cât mai cunoscute și mai personalizate.

Diversitatea acțiunilor promoționale, ca și modalitățile și căile de materializare a acestora în practică, solicită numeroase studii, analize și previziuni care să stea la baza fundamentării alternativelor strategice promoționale.

Cea mai cuprinzătoare clasificare împarte strategiile promoționale în:

- strategii de împingere (push strategy)- presupune ca marketerul să promoveze produsul doar către următorul participant la procesul de distribuție, care va continua această strategie cu următorii membri ai canalului de distribuție până ce produsul va fi promovat direct potențialilor clienți.

Este strategia utilizată de producătorii care își trimit personalul de vânzare să descopere noi puncte de desfacere și noi clienți.

Prin urmare, fiecare membru al canalului de distribuție împinge produsul către următorul participant, până ce acesta ajunge la client.

- strategii de tragere (pull strategy)¹- implică activități de marketing, mai ales publicitate și promovare pe piața de consum, direcționate către utilizatorul final și menite să-l facă pe acesta să solicite produse de la intermediari, determinându-i astfel pe aceștia din urmă să comande produsele la producători.

Sistemul promoțional presupune o planificare atentă a tehnicilor promoționale utilizate, în funcție de obiectivele stabilite, de publicul țintă, de buget și de contextul în care se va desfășura campania promoțională.

Ca atare, firma trebuie să-și realizeze un plan, cu responsabilități precise pentru a se putea transpune obiectivele generale în campania promoțională. Indiferent de strategia folosită, compania trebuie să determine cadrul în care va acționa, astfel încât să se poată adopta cele mai bune decizii promoționale.

Cap II: Strategia de piață a Hipermarketului Real

2.1. Prezentare generală a companiei Real

Real Hypermarket România S.R.L are sediul central situat în București și aparține Grupului METRO.

Este unul din cele mai importante grupuri de comerț internațional și cu amănuntul, aflat pe locul trei în lume, având capital german. La ora actuală grupul METRO este prezent în treizeci de țări și are în jur de 250.000 de salariați în peste 2.300 de unități.

¹ Catoiu I., Teodorescu N., Comportamentul consumatorului. Teorie și practica, Editura Economică, București, 1997

2.1.1. Scurt istoric

În anul 1997 a fost deschis primul hypermarket Real, în Polonia în 1997, iar în prezent la nivel național compania are un număr de 49 de hipermarketuri prin preluarea magazinelor operatorului francez Geant.

În Turcia, în anul 1998 compania a început să deschidă magazine, pentru ca să ajungă la un număr de 11 hipermarketuri. În vara lui 2005 a fost inaugurat primul, din cele 11 actuale, hypermarket Real în Rusia. Iar din anul 2006 compania a intrat și pe piața din România.

În total au apărut peste 100 de hipermarketuri ale acestei firme în afara Germaniei, și într-un timp foarte scurt.

Un proiect ambițios de expansiune la nivel internațional, îndeosebi în Rusia și România întărește și confirmă orientarea către creștere susținută a firmei Real care este hotărâta să-și continue dezvoltarea internațională și pe viitor.

Făcând parte din cadrul METRO Group, Real reprezintă conceptul de succes al hipermarketului cu autoservire într-un spațiu mare de vânzare cu amănuntul.

Hipermarketului Real aduce succesul deoarece el combină accesul simplu al clientului la produse, dimensiunile generoase ale spațiului, structura clară a gamei de produse și un sortiment cuprinzător la prețuri competitive.

În segmentul hipermarketurilor Real deține o poziție de frunte pe piață, atât în Germania cât și în străinătate.

Real Hypermarket România S.R.L a intrat pe piața de retail din România în martie 2006, când a fost deschis primul magazin în Timișoara.

Au urmat alte 20 hipermarketuri, deschise în centre economice importante ale țării, astfel încât rețeaua numără la momentul actual 21 de hipermarketuri.

Cu numele complet: S.C REAL HYPERMARKET ROMANIA S.R.L, este înregistrat ca și societate cu răspundere limitată ale cărei obligații sociale sunt garantate cu patrimoniul social, asociații răspund numai în limita aportului lor.

2.1.2 Portofoliu de produse și servicii

Segmentul alimentar reprezintă 75% din totalul vânzărilor Real. În sectorul produselor alimentare un accent deosebit se pune pe calitate și prospețime.

Fie că e vorba de fructe și legume, fie ca e vorba de carne, mezeluri, pește, brânzeturi sau gama largă de produse lactate și de panificație, Real pune zilnic la dispoziția clienților săi o ofertă de mărfuri proaspete din toată lumea, precum și din regiune, în funcție de anotimp.

În fiecare zi se prelucrează și prepară sute de produse proaspete în fiecare magazin Real. Pâinea și alte produse de panificație de exemplu sunt coapte pe parcursul zilei chiar în hipermarketul Real.

Pentru asigurarea calității ridicate a produselor proaspete, mulți dintre angajații din România au fost instruiți în țări ca Polonia, Rusia și Germania.

Segmentul nealimentar convinge cumpărătorii prin concepte inovative de sortimente. Aceștia vor găsi tot ce le este necesar pentru nevoile cotidiene, într-un singur magazin. Real dispune de o gamă foarte largă de produse.

Tot pe acest segment se pot găsi o gamă largă de produse electronice și electrocasnice, cărți și muzică, precum și bunuri de larg consum, articole de sport, jocuri și articole pentru timpul liber, textile și încălțăminte, etc. Acestui segment îi corespund următoarele raioane:

- textile casă;
- menaj;
- detergenți;
- ținutul lui Mogâldeață;
- încălțăminte dama;

- confecții dama;
- încălțăminte bărbați;
- confecții bărbați;
- sport;
- jucării;
- articole sezon;
- electrocasnice.

Compania Real are un portofoliu de produse strategice, o parte dintre acestea sunt: TIP (calitate superioară la cel mai bun preț), Real,- Quality (calitate superioară la un preț mai bun), Real,- Bio (calitate organică certificată la cel mai bun preț), Real,- Selection (calitate desăvârșită).

Articolele TIP sunt o prezență constantă în gama amplă de produse care este pusă la dispoziția clientului. TIP este întotdeauna alegerea cea mai bună, iar singurul lucru care s-a considerat necesar a fi modificat în ceea ce privește produsele TIP a fost designul ambalajului.

Gama produselor Real,- Quality, oferă multe beneficii și ceea ce este mai important o alternativă la produsele de marcă. Există deja o gamă largă de produse Real,- Quality, care este îmbogățită constant. Sortimentul diversificat de articole Real,- Quality include atât produse alimentare din diferite categorii, precum paste, orez, dulciuri, băuturi, pre-mixuri pentru prăjituri, conserve, produse proaspete din categoria brânzeturilor, mezelurilor, pâine, pizza congelată etc., cât și produse nealimentare, precum detergenți sau cosmetice.

Real,- Bio oferă produse celor care iubesc natura, și sunt adepții produselor ecologice și se hrănesc sănătos. Prin calitatea asigurată de un proces de producție biologic în pondere de 100% sau prin culturi biologice, aceste produse respectă cele mai stricte directive U.E în domeniul ecologic.

Fără conservanți sau modificatori de aromă Real,- BIO contribuie pozitiv atât la sănătate și la protecția ecosistemului.

Real,- Selection, oferă produse ce se disting prin gustul deosebit, calitatea remarcabilă și ingredientele alese cu mare atenție. Atât cu privire la designul produsului, cât și la ambalaj. Acesta este cu mult mai scăzut în comparație cu alte mărci premium de maximă calitate.

Analizând piața pe care acționează societatea din mai multe puncte de vedere au rezultat următoarele:

Real Hypermarket acționează pe o piață a bunurilor de larg consum fiind o piață transparentă în cadrul căreia mecanismul de funcționare este bine cunoscut de către participanți fiind în raport cu respectarea legislației și a normelor de derulare a tranzacțiilor și concurenței (piața cu concurență loială). Acoperirea pieței fiind regională.

2.1.3 Clienții societății comerciale Real

Reprezintă cea mai importantă componentă a micromediului, fiind beneficiarii produselor în care se finalizează activitatea firmei și cuprind: distribuitori, persoane individuale și societăți cărora le sunt adresate produsele firmei.

Cel mai important punct forte al unei afaceri este relația continuă cu clientul.

Clienții sunt de mai multe feluri:

- clienți potențiali față de care firma prezintă oferta potențială de servicii. Rolul cercetărilor de marketing se concretizează în cunoașterea nevoilor consumatorilor potențiali, a intențiilor de cumpărare, a motivațiilor de cumpărare sau necumpărare a serviciului.

- clienți efectivi sunt cei care au transformat oferta potențială în efectivă, realizând tranzacția de cumpărare a serviciului.

Clienții companiei Real sunt atât persoane fizice cât și persoane juridice.

Clienții fideli Real sunt anunțați periodic despre oferta curentă Real, noutățile apărute, promoțiile care se desfășoară în magazin și alte evenimente importante special create pentru aceștia.

Numărul total de clienți activi a rămas relativ constant pe tot parcursul anului 2010. Merită remarcat faptul că o bună parte dintre acești clienți sunt clienți noi – atât instituționale, cât și agenți economici –care i-au înlocuit pe cei la care s-a renunțat în urma aplicării programului de recuperare a creanțelor.

Din punct de vedere al fidelității clienții supermarketului se împart în:

1. Clienți promotori (își fac cumpărăturile întotdeauna de la supermarketul real);
2. Clienți activi (își fac cumpărăturile aproape întotdeauna de la supermarketul real);
3. Clienți (cumpără adesea de la supermarketul Real);
4. Clienți noi sau ocazionali (cumpăra uneori sau au început de curând);
5. Clienți potențiali (nu au cumpărat încă dar posibil o vor face în viitor).

În concluzie, clientela societății este eterogenă, contribuția la realizarea cifrei de afaceri este diferențiată pe trei trepte: clienți puternici, medii, mici. Indiferent de categoria din care fac parte și pentru că firma în sine are prea puțină valoare fără existența clienților, Real încearcă să răspundă cerințelor ridicate de partenerii săi, prin îmbunătățirea calității produselor și menținerea nivelului ei, prin politica de prețuri, prin serviciile oferite sau posibilitatea negocierii termenului de plată.

Chiar dacă firma a cunoscut o creștere substanțială atât ca număr de clienți, cât și în ceea ce privește cantitățile livrate, conducerea managerială consideră că principalul obiectiv al firmei rămâne extinderea pieței de desfacere.

Clienții firmei sunt foarte bine informați în legătură cu serviciile oferite dar și potențialii cumpărători care intră în contact direct sau indirect cu firma primesc informații edificatoare despre produsele Real.

2.2 Strategia de piață a companiei Real

Strategia de piață a companiei Real include mijloacele pe care firma urmează să le utilizeze în vederea realizării obiectivelor de piață pe care și le-a propus. Strategia permite organizației Real să concentreze resursele sale limitate asupra celor mai importante oportunități pentru a crește profitul și a atinge un avantaj concurențial durabil.

2.2.1 Strategia de produs

Strategia de produs este subordonată strategiei de piață a companiei fiind fundamentată pe obiectivele globale ale acesteia, în strânsă legătură cu strategiile de preț, distribuție și promovare.

Strategia de produs reflectă opțiunile companiei Real referitoare la dimensiuni, structură și dinamica gamei de produse pe care le produc sau comercializează. În funcție de resursele materiale, financiare și umane de care dispune compania Real își poate stabili mai multe alternative pentru elaborarea strategiei sale de produs.

Opțiunile strategice ale companiei Real pleacă, mai întâi de la o analiză profundă a ceea ce se întâmplă pe piață cu produsele sale.

Pentru realizarea acestui lucru, compania apelează la utilizarea câtorva metode performante de analiză a portofoliului de produse (bunuri materiale sau servicii) din cadrul companiei.

Pentru fiecare produs din portofoliu, compania Real optează în funcție de situație, pentru una din următoarele strategii:

1. Strategia abandonării produselor cu un nivel redus de performanță;
2. Strategia modificării/îmbunătățirii pentru produsele care nu asigură nivelul de performanță vizat;
3. Strategia de dezvoltare a noilor produse;
3. Strategia de imitare a produselor concurente care și-au dovedit viabilitatea.

În cazul majorității produselor societății Real aceasta adoptă o strategie de înnoire a produselor.

Introduce produse noi în fabricație și pe piață pentru câștigarea de noi segmente de cumpărători.

În urma cercetărilor de piață, Real și-a mărit gama de produse în numai 2 ani cu introducerea mai multor servicii și produse.

În funcție de dimensiunile gamei de produse, compania Real optează pentru una din următoarele variante strategice:

- strategia stabilității sortimentale- presupune menținerea dimensiunilor gamei de produse, urmărindu-se în același timp stabilitatea poziției întreprinderii pe piață și păstrarea prestigiului în rândul clientelei deservite;

- strategia de selecție sau de restrângere sortimentală- constă în simplificarea gamei ca urmare a eliminării produselor aflate în faza de declin a ciclului de viață și a celor cu un grad de uzură morală ridicată.

- strategia diversificării sortimentale- se concretizează în posibilități suplimentare de satisfacere a cerințelor consumatorilor ca urmare a creșterii dimensiunilor gamei de produse.

Politica de produs reprezintă conduita pe care o adoptă firma Real în legătură cu dimensiunile, structura și evoluțiile gamei de produse pe care le realizează, racordându-se permanent la cerințele mediului și tendințele manifestate de concurenți. Acestea se materializează practic printr-un arsenal de tactici care privesc fie modificări de ordin tehnologic, fie variații în dimensiunile unei linii de produse etc.

Activitățile componente ale strategiilor de produs ale companiei Real sunt următoarele:

a) Cercetarea produsului- are în vedere analiza calității produselor aflate în vânzare, determinarea fazei în care se află produsul (din ciclul de viață al produsului), analiza circulației produsului, urmărirea comportării lui în consum sau utilizare, poziționarea produsului comparativ cu produsele concurente destinate satisfacerii aceleași trebuințe pe baza unei diferențieri obiective sau subiective (imaginate de consumator).

Cercetarea produsului este de cele mai multe ori asimilată unei analize S.W.O.T. care reliefează punctele tari și punctele slabe ale gamei de produse sau ale unui anumit sortiment.

Cercetările referitoare la produs au o pondere semnificativă în cadrul cercetărilor de marketing; se apreciază că, din totalul fondurilor bănești alocate cercetărilor de marketing, circa o treime este efectuată cercetărilor referitoare la produse.

b) Activitatea de inovare- constituie principala orientare ofensivă a strategiei de produs.

Ea se referă nu numai la produs ci și la stimularea descoperirii unor noi tehnologii, materii prime, găsirea de noi produse cerute de piață etc. Rezumând, putem spune că vizează crearea unui spirit creativ în toate compartimentele firmei ce concură la realizarea tehnico – economică a produsului.

În momentul în care pe piață se descoperă necesitatea comercializării unui nou produs, se face o analiză a resurselor de care societatea dispune și se decide dacă respectivul produs se poate introduce pe piață sau nu. Se face un calcul de cost, se face o analiză a tehnologiile pentru a se vedea dacă piesele se pot schimba sau nu.

c) Modelarea produsului- cuprinde ansamblul operațiunilor prin care firma conferă identitate, "carte de vizită" produselor sale. Ea privește deopotrivă componentele tangibile și intangibile, cu o atenție diferită în funcție de rolul jucat de acestea în declanșarea cererii.

Pentru a face cunoscut noul produs pe piață Real participă la târguri și expoziții la care prezintă mostrele noului produs, fișele tehnice ale acestuia. În momentul în care firma introduce în comercializare un nou produs, mostre ale acestuia sunt trimise la principalii clienți cu care firma are contacte.

Putem exemplifica aici, produsele companiei Real – marca proprie.

Figura nr. 2.1 – Produse marca proprie – Real



real- fără egal
Calitate la preturi neasteptate!

DESPRE MARCILE PROPRII TIP QUALITY BIO SELECTIO

TIP

TIP - calitate superioara la cel mai bun pret

TIP vine in intampinarea necesitatilor dumneavoastra cotidiene, aducand cele mai bune preturi in magazinele real,-. Articolele TIP sunt deja o prezenta constanta in gama ampla de produse pe care v-o punem la dispozitie.

TIP este intotdeauna alegerea cea mai buna, cand nu doresti sa cheltuiesti prea mult, dar ai nevoie de produse bune care sa raspunda cerintelor tale. Din acest motiv nu ne mira faptul ca singurul lucru pe care am considerat necesar sa-l modificam in ceea ce priveste produsele TIP a fost designul ambalajului.



real- QUALITY - Brand de calitate superioara la un pret mai bun

Doriti calitate superioara la preturi bune? Atunci brandul nostru real,- QUALITY este cel de care aveti nevoie! real,-QUALITY va ofera sansa de a va bucura de calitatea de top, economisind bani in acelasi timp deoarece pretul produselor este foarte avantajos. Toate produsele din gama real,- QUALITY ofera calitatea celor de marca fiind comparabile in acest sens cu cele ale producatorilor de branduri faimoase cu un pret mai mic.



Sursa: <http://www.real-hypermarket.ro/produse-real/index.html>

După cum putem observa mai sus, Real promovează produsele marca proprie, produsele care au marca TIP sunt considerate a fi de calitate superioară la un preț foarte bun.

Real vine în întâmpinarea clientului oferindu-i o gamă foarte largă de produse. De asemenea, compania Real are și o altă marcă proprie numită real, - Quality, care este un brand de calitate superioară la un preț foarte bun. Astfel, Real pune la dispoziția clienților săi produse de calitate la un preț foarte bun.

Figura nr. 2.2 – Produse marca proprie – Real



real- BIO - calitate organica certificata la preturi atractive

Daca esti constient cat de important este sa mananci natural inseamna ca iti pasa de sanatatea ta, real,- BIO ofera produse organice la cele mai bune preturi. Intreaga gama de produse BIO sub brand propriu respecta reglementarile stricte ale prevederilor in vigoare. Oricui ii place sa manance ecologic si sa traiasca sanatos se va simti acasa cu real,- BIO deoarece intregul sortiment se caracterizeaza printr-o calitate superioara obtinuta prin metodele de productie 100% organice, real,-BIO sunt produse obtinute fara utilizarea compusilor chimici de sinteza ceea ce le confera siguranta unei alimentatii sanatoase.



real- SELECTION - Calitatea desavarsita

Brandul nostru pentru gurmanzi ambitiosi. Cele mai bune specialitati la o calitate extraordinara : totul la real,- SELECTION este excelent. Asta nu inseamna insa preturi exorbitante. Inseamna produse cu o calitate superioara care sa va incante simturile si gusturile si care au un raport corect calitate pret. Gama real,- SELECTION se adreseaza cunoscatorilor si tuturor celor care doresc ceva deosebit. real,- SELECTION vine cu produse de top pentru gusturile cele mai exigente.



Sursa: <http://www.real-hypermarket.ro/produse-real/index.html>

Compania Real are și o marcă bio intitulată Real,-BIO, produse care au o calitate organică la prețuri foarte bune.

Prin această marcă proprie, compania pune la dispoziția clienților foarte multe produse naturiste la prețuri foarte bune. Întreaga gamă de produse Bio respectă toate prevederile în vigoare iar metodele de producție prin care sunt obținute produsele sunt 100 % naturale.

d) Asigurarea legală a produsului- cuprinde totalitatea acțiunilor juridice prin care se asigură protejarea produsului împotriva contrafacțiilor.

Instrumentele de asigurare a protecției legale a produselor sunt numeroase: mărci de fabrică, de comerț, de servicii, brevete de invenție, drept de autor, etc. Asigurarea legală a produsului

înseamnă și o responsabilitate permanentă a producătorului pentru păstrarea neschimbată a performanțelor produsului pe întreaga sa durată de viață.

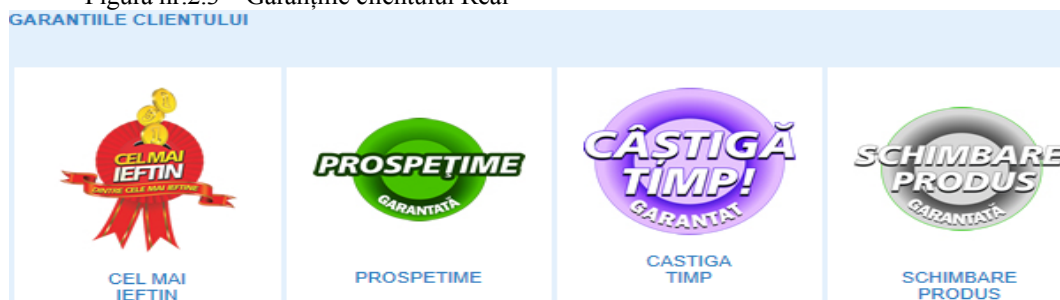
Cadrul juridic din România asigură numeroase forme de protecție atât pentru produsele indigene cât și pentru cele străine; de asemenea protecție beneficiază prin reciprocitate și produsele românești pe piața internațională.

Cea mai frecventă modalitate de asigurare legală a produsului este înregistrarea mărcii, unele firme adoptând chiar o veritabilă politică de marcă.

Compania Real oferă clienților săi foarte multe garanții: garanții de calitate. Astfel, putem enumera câteva dintre strategiile aplicate de către companie: cel mai ieftin, prospețime garantată, câștigă timp garanta și schimbare produs garantată.

Acestea sunt puse în dreptul produselor și garantează astfel calitatea pe care o reprezintă.

Figura nr.2.3 – Garanțiile clientului Real



Sursa: http://www.real-hypermarket.ro/?page=pagini&PagId=Servicii_clienti_7

e) Atitudinea față de produsele vechi- se referă la acțiunile companiei Real care vizează produsele cu un grad ridicat de uzură morală și un nivel redus de rentabilitate.

Preocupările legate de aceste produse sunt oarecum proporționale cu ponderea acestora în producția sau în vânzările firmei.

Permanent este necesar să se cunoască aportul fiecărui produs în profitul total al firmei, nivelul de rentabilitate al fiecărui produs și să se coreleze cu informațiile primite de pe piață.

Acest lucru este necesar pentru o bună fundamentare a deciziilor referitoare la soarta fiecărui produs.

2.2.2 Strategiile de preț ale companiei Real

Obiectivele strategiilor de preț ale companiei Real sunt stabilite atât pe termen lung, cât și pe termen scurt.

Astfel, obiectivele pe termen lung vizează lărgirea clientelei și consolidarea și creșterea poziției concurențiale pe piață.

Pe termen scurt companiile își stabilesc obiective legate de vânzări, mai precis, maximizarea cantitativă a acestora.

Metodele de stabilire a prețurilor utilizate de compania Real sunt metoda bazată pe costuri, prin adaos (în cazul produselor de panificație, prețul acestora fiind influențat mult de evoluția prețului materiei prime), metoda bazată pe comparația cu concurența, în funcție de prețul pieței.

De obicei, prețurile se determină astfel încât să fie acoperite cheltuielile de producție, de distribuție și de vânzare.

Având în vedere domeniul de activitate al companiei, segmentele de piață vizate de aceasta, natura și tipul produselor comercializate, Real adoptă strategii de preț similare care se diferențiază însă pe fiecare tip de produs:

• prețuri mai ridicate pentru produse noi pe piață - este utilizată de către compania Real în special pentru produsele nou intrate pe piață, în cazul în care concurența nu este foarte mare. În plus, această strategie este utilizată și pentru produsele foarte mediatizate, pentru a acoperi cheltuielile cu publicitatea și promovarea acestor produse.

De exemplu în cadrul lansării produselor marca bio, produse care au o calitate organică la prețuri mai mari decât celelalte produse de același fel. Însă cu o politică foarte bună de promovare, dar și prin faptul că produsele respective sunt de o calitate foarte bună clienții sunt atrași și prin promoții și strategii de preț.

• prețuri joase pentru atragerea clienților - este cea mai utilizată de către compania Real. De asemenea, compania periodic apelează la promoții și la oferte de preț. O ofertă de preț, o strategie folosită de către companie se referă la produsele alimentare și este intitulată- Meniul zilei. Această ofertă este valabilă pentru raionul de Gastronomie. Un exemplu de meniu este: Luni- Ciorba ardelenesca de porc 300 ml+Coaste de porc la grătar 150 g +Cartofi cu rozmarin 200 g+ Salata de varza 100 g+Minibagheta 125 g etc. la un preț de *Numai 1 bon de masă*.

Figura nr. 2.4 – Meniul zilei



Sursa: http://www.real-hypermarket.ro/?page=pagini_list&PageId=Evenimente_4&ArticleId=Meniul+saptamanii%21_274

2.2.3 Strategii de distribuție ale firmei Real

Politica de distribuție din perspectiva companiei Real se referă la activitatea generatoare de canale de distribuție către client și de modele de comunicare cu clienții.

Distribuția în cadrul companiei Real este realizată de către agenții de vânzări care leagă compania de posibili clienți și furnizori.

În cazul distribuitorilor compania Real urmărește:

- stimularea comenzilor;
- menținerea și dezvoltarea fidelității;
- sporirea eficacității vânzărilor;
- sporirea accesibilității produsului;
- dezvoltarea notorietății.

Principalul canal de distribuție a serviciilor Real se manifestă cu ajutorul agenților de vânzări coordonați de către departamentul de marketing și vânzări.

Un alt canal de distribuție pentru clienți existenți sau cei potențiali este cel al departamentului de relații clienți prin telefon unde se pot solicita informații cu privire la oferta fiecărui serviciu furnizat de către companie.

2.2.4 Strategiile de promovare adoptate de Real

Principalele acțiuni de promovare a vânzărilor sunt: reducerile de preț, vânzarea grupată a mai multor unități de produs la un preț mai scăzut decât s-ar vinde separat, participarea la tombole, vânzarea combinată a două sortimente diferite, vânzarea a doua unități grupate cea de-a doua fiind la preț redus etc. Hipermarketul real utilizează toate tehnicile de promovare a vânzărilor enumerate mai sus pentru atragerea și fidelizarea clienților.

Comunicarea implică informarea atentă a cumpărătorilor efectivi și potențiali, a intermediarilor precum și acțiuni specifice care să influențeze comportamentul consumatorilor față de produsele și serviciile societății comerciale și să sprijine vânzarea.

Pentru realizarea strategiilor sale promoționale Real trebuie să traseze liniile definitorii ale atitudinii și conduitei sale în domeniul promoțional, astfel încât să-și atingă obiectivele propuse.

Publicitatea

În cadrul companiei Real se folosesc majoritatea formelor de publicitate existente în cadrul instrumentarului de promovare. Totuși, între acestea, publicitatea realizată prin intermediul televiziunii ocupă locul principal, devansând cu mult alte forme ale promovării.

Publicitatea indoor care promovează imaginea, produsele și ofertele hipermarketului prin difuzarea de spoturi publicitare pe video-display-uri, postere, publicitate pe rafturi, sticker-ele publicitare, radiourile in-store.

Publicitatea prin televiziune

Publicitatea cu ajutorul televiziunii este foarte importantă pentru companie, deoarece oferă clienților Real atât informația pe care vrea să o transmită cât și imaginea în mișcare.

Derularea campaniilor publicitare TV se realizează prin cele mai importante posturi TV naționale (PRO TV, Antena 1, Prima TV), dar și la posturile locale de televiziune.

Pentru publicitatea prin intermediul TV se folosesc:

- spoturile publicitare;
- comunicatele de presă;
- reportajele publicitare (difuzate în timpul sau imediat după terminarea buletinelor de știri).

Costurile pe care Real le plătește pentru publicitatea TV sunt destul de mari, astfel, între orele 18.30 – 21.30, costurile sunt de luni până vineri pentru 30 secunde de 7000 LEI, sâmbăta și duminică prețul crește la 10000 LEI, acest lucru având la baza audiența crescută.

Publicitate prin radio

Radioul reprezintă o altă modalitate de a face publicitate. Astfel, Real apelează foarte des la reclamele la radio.

Posturile de radio prin intermediul cărora Real își face cunoscute produsele sunt: România Actualității, Radio Contact, Radio 21, Radio Star etc. Această formă de publicitate este mult mai avantajoasă decât publicitatea TV datorită numărului mare de ascultători și costurilor mult mai scăzute.

Presa

În privința publicității realizate prin alte mijloace decât cele TV, sunt folosite ziarele și revistele centrale, cu răspândire națională și care au un tiraj suficient de mare, astfel încât să fie disponibile pentru câți mai mulți cititori și potențiali consumatori.

De asemenea, publicitatea în presă este una foarte apreciată de către Real, iar ziarele în care apar diverse anunțuri și reclame despre companie, produse și servicii sunt: Romania Libera, Adevărul, Libertatea.

Real este promovată în mai multe publicații și are ca scop: informarea consumatorilor despre tradiția și calitățile produselor, îmbunătățirea imaginii de marcă, susținerea TV-ului și a campaniilor promoționale.

Costurile în raport cu audiența sunt reduse reprezentând până la 50% din costurile radioului.

Publicitatea prin tipărituri:

Catalogul de prezentare a produselor Real este realizat în condiții grafice deosebite, realizând o prezentare deosebită a produselor. Catalogul este pus la dispoziția potențialilor clienți și agenților comerciali ai firmelor distribuitoare și sunt distribuite gratuit.

Compania Real oferă clienților periodic o serie de cataloage pentru a-i informa cu privire la produsele oferite, precum și a prețurilor acestora.

Cataloagele sunt de foarte multe categorii: cataloage pentru alimente, pentru produse cosmetice, pentru haine, precum și cataloage pentru diferite promoții: de 1 Martie, de Paste, de Crăciun etc.

În momentul de față compania are câteva oferte pe care le prezintă sub formă de cataloage cu titluri specifice, de exemplu: Oferta Voucher de 20 lei cadou – unde prezintă multe produse la prețuri foarte bune, Târgul de Jeans pentru întreaga familie – un catalog unde sunt prezentate toate oferte de jeans, de încălțăminte, de haine la prețuri foarte bune pentru toată familia.

Oferta Voucher de 20 lei cadou – clienții care cumpără produse de minimum 200 lei pe un singur bon fiscal, în perioada 07-13 Februarie 2013, primesc un voucher de 20 lei pe care îl pot utiliza la cumpărături în orice magazin real, în perioada următoare.

Figura nr. 2.6 – Oferte Real



Sursa: <http://www.real-hypermarket.ro/?page=pagini&PagId=Catalog6>

O altă ofertă pusă la dispoziție de companie este– Alege un stil de viață sănătos- și are drept obiectiv oferirea clienților de produse sănătoase la prețuri foarte bune. Pe lângă, acest obiectiv, campania are drept scop și posibilitatea câștigării unui abonament de fitness celor care cumpără produse din catalog de minimum 200 lei.

Un alt catalog– Descoperă bucătăria asiatică– oferă clienților produse pentru mâncăruri asiatice la prețuri foarte bune. Alături de prezentarea acestor produse, catalogul mai conține și o serie de rețete cu astfel de ingrediente.

Figura nr. 2.7 – Oferte diverse



Sursa: : http://www.real-hypermarket.ro/?page=pagini&PagId=Catalog_6

Pliantul

Pentru produsele firmei Real sunt utilizate și pliante, prin fotografiile a câtorva produse mai apreciate sau a unora noi apărute, de dimensiunilor diferite și mod de pliere.

Ele sunt distribuite gratuit la locurile de vânzare ale produselor firmei Real și pentru informarea publicului larg, la diferite manifestări promoționale specializate la care firma participă.

Reduceri de preț

Din categoria reducerilor temporare de preț fac parte: OFERTE SPECIALE, acestea reprezintă reduceri directe ale preturilor de vânzare către clienți și constau în comercializarea unui produs la un preț inferior celui practicat de obicei. Aceste operațiuni au un caracter excepțional și se desfășoară pe o perioadă de timp limitat.

Figura nr. -2.8 – Puiul tău cel mic poate fi al 8-lea pitic

NUMAI LA
real
fără egal

Puiul tău cel mic poate fi al 8-lea pitic!

Dragă mămică,
Campania Pampers 'Puiul tău cel mic poate fi al 8-lea pitic' revine cu premii de poveste pentru micuțul tău!

Vino în Real începând cu 27 septembrie, cumpără Pampers de minim 70 Ron la fiecare vizită și câștigi garantat puzzle-ul de poveste pentru piticul tău, plus una din Căsuțele-Ciupercețe Poznașe! Marele Premiu: piticul tău apare pe coperta unei reviste pentru mămici!

Intră și în concursul de pe www.facebook.com/lumea.mamicilor și arată lumii că puiul tău cel mic este cel mai adorabil pitic!

Premii garantate:

- Puzzle
- Ciupercețe poznașe

Pampers

Sursa: http://www.real-hypermarket.ro/?page=pagini&PagId=Promotii_9#alege

Compania Real organizează campania intitulată - Puiul tău cel mic poate fi al 8-lea pitic– are ca perioadă de desfășurare 27.09.2012–27.03.2013. Produsele participante la această promoție sunt:

pachetele de scutece din gama Pampers și șervețelele din gama Pampers, în orice varianta sau mărime a ambalajului.

Astfel, pentru achiziția de 1 pachet de scutece și 1 pachet de șervețele Pampers, în valoare de minim 70 ron pe același bon fiscal, cumpărătorul va primi 1 piesă dintr-un joc puzzle și 1 talon răzuibil cu cod unic, lipit pe verso-ul piesei de puzzle. Jocul de puzzle conține 10 piese, iar participantul va primi o Căsuță – Ciupercuță cadou.

Publicitatea directă se realizează prin:

Oferte trimise prin poștă, consumatorii primesc la anumite intervale de timp atât fluturași, pliante cat și cataloage care prezintă ofertele și promoțiile hipermarketului dintr-o anumită perioadă. În catalog sunt imaginile produselor aflate la oferta sau în promoție de asemenea fiind afișate și prețul vechi alături de cel nou care este scris cu roșu.

Publicitate online

Compania Real nu pierde din vedere importanța sitului Internet pentru promovarea imaginii și a produselor sale și dă consumatorilor posibilitatea de a accesa într-un mod rapid informații.

Internetul, tinde să devină principalul mediu al publicității directe, în primul rând este un mediu care permite economisirea timpului consumatorilor de asemenea este un mijloc de divertisment dar și de obținere de informații.

Internetul permite crearea de baze de date care dau posibilitatea țintirii cu precizie a consumatorilor potențiali.

Figura nr. 2.9 – Site-ul companiei Real

Sursa: <http://www.real-hypermarket.ro>

Compania Real are un site foarte bine pus la punct, adresa fiind <http://www.real-hypermarket.ro>.

Pe pagina de internet a companiei putem găsi toate informațiile de care avem nevoie. Astfel, site-ul este foarte bine structurat, având o grafică deosebită, informațiile sunt clar prezentate, iar accesul de pe o pagină pe alta se face extrem de ușor.

Clienții magazinului și nu numai am posibilitatea de a intra pe site-ul hipermarketului: <http://www.real-hypermarket.ro/> unde găsesc informații referitoare la localizarea magazinului din

fiecare oraș, comunicate de presa cu referire la companie, evenimente, profilul companiei, mărcile proprii, servicii clienți, totodată putând viziona online și catalogul cu produse și oferte.

Utilizarea mărcii

Marca firmei servește la identificarea bunurilor și diferențierea de cele ale concurenței. Numele de marcă în cazul de față este Real—fără egal.

Figura nr.2.10 – Marca Real



Real este o marcă adică se bucură de protecție legală ea garantând juridic dreptul exclusiv al proprietarului ei de a o utiliza.

Politica de marcă a hipermarketului Real vizează obiectivele dictate de necesitatea individualizării și diferențierii produselor și serviciilor sale față de cele ale concurenței, în funcție de specificul segmentelor de piață.

Managementul mărcii presupune atribuirea unor valori (utilități) produsului cu ajutorul cărora:

- se creează identitatea și imaginea dorită;
- crește valoarea percepută a produsului de către cumpărător;
- creează percepția de unicitate;
- comunică cu cumpărătorii și stabilesc relații cu aceștia în cadrul procesului de cumpărare.

Societatea Real are o marcă înregistrată pentru fiecare produs. În relațiile cu piața se folosește numele firmei, în rest produsele au denumire generică. Fiecare produs dispune de un cod.

Concluzii

Strategia de piață a companiei Real va trebui să reunească toate funcțiile marketingului: studierea cerințelor pieței, adaptarea activității economice la aceste cerințe, satisfacerea lor, în condițiile obținerii unei eficiențe cât mai bune pentru întreprindere.

Îmbunătățirea activității de relații publice, comunicare organizațională și publicitate s-ar putea produce prin luarea în considerare a următoarelor propuneri.

Preocuparea într-o mai mare măsură pentru problemele comunitare prin inițiative care urmăresc să contribuie la creșterea implicării întreprinderii în viața societății: de exemplu programe de training adresate studenților, programe de ajutorare a unor categorii de persoane defavorizate, acțiuni de protejare a mediului înconjurător etc..

Companiei i se recomandă respectarea unor standarde de etică în afaceri, precum și apropierea față de oameni.

De asemenea, o mai bună promovare a valorilor mărcii astfel încât aceasta să fie percepută în sens unitar și să definească Real ca și companie și a unei promovări a unei politici responsabile social față de clienți, față de parteneri, față de comunitate, față de autoritățile statului, față de acționari, și nu în ultimul rând, față de mediul înconjurător.

De asemenea, construirea unei imagini externe pozitive a companiei depinde de modul în care aceasta reușește să devină parte a respectivei piețe, să depășească barierele și dificultățile, să înțeleagă obiceiurile locale.

Se recomandă un accent mai mare pus pe implementarea unui sistem de relații publice internaționale, care să favorizeze pătrunderea și creșterea eficienței exporturilor.

În concluzie, putem afirma că Real dispune de departamente bine organizate, de o strategie promoțională adaptată categoriilor de public vizate.

BIBLIOGRAFIE

• Kotler Ph., Managementul Marketingului, editia a 5-a, Editura Teora, București, 2008, p. 235

• Diaconescu, M., Marketing, Editura Universitară, București, 2010, p.12

• Levitt, Th. Marketing Myiopia - “Harvard Business Review” nr.8 iulie august 1960

• Fekete, Ildiko, Bazele marketingului, Editura Eftimie Murgu, Reșița, 2001

• Balaure V. (coord.), Marketing, Editura Uranus, Bucuresti, 2000, p. 345

• Belu, M., Strategii de distribuție în spațiul European, Editura ASE, București, 2004, p.120

• Balaure V. (coord.), Marketing, Editura Uranus, București, 2000, p.87

• Catoiu I., Teodorescu N., Comportamentul consumatorului. Teorie și practica, Editura Economică, București, 1997

Publicații

*** Popescu A., Memoria și efectul în publicitate, în revista Tribuna Economică, nr. 43/2002

*** Purcărea Theodor, Arta marketingului și „răspunsul eficient pentru consumator”, de comerț v. 7, nr. 12, p. 19-27, București, 2006

Surse Internet

***<http://www.modernbuyer.ro/stiri-noi/3154-real-hypermarket-romania-rezultate-financiare-pentru-2011>

*** <http://www.real-hypermarket.ro/>

ANALIZA COSTURILOR REFERITOARE LA CALITATE

Stan Laura-Elena^{1*}

Abstract

Lucrarea are ca obiectiv principal coordonarea si tinerea sub control a aspectelor economice ale activitatilor de asigurare a calitatii, astfel incat sa fie satisfacute cerintele clientilor iar imbunatatirea nivelului calitatii sa fie continua.

Analiza are in vedere evidentierea elementelor si structurii costurilor referitoare la calitate la nivelul intreprinderii sau a unor compartimente, pe produse ori pe grupe de produse, a incidentei acestor costuri asupra indicatorilor financiari.

In prezent imbunatatirea calitatii este posibila in conditiile reducerii concomitente a costurilor defectelor si a costurilor de prevenire si evaluare.

Cuvinte cheie: *cost, calitate, indicatori financiari, costuri de defectare, costuri de prevenire si evaluare.*

Introducere

În prezent foarte multi conducatori de întreprinderi asimileaza asigurarea calitatii cu o regula impusa din exterior si cu un act administrativ, ceea ce este o eroare.

Cel mai mare impediment în implementarea sistemelor de asigurare a calitatii este faptul ca producatorii nu constientizeaza avantajele ei economice. Calitatea este privita ca un obiectiv social dorit dar contributiile sale la profitabilitatea întreprinderii sunt considerate marginale.

Lucrarea doreste sa puna în evidenta interdependentă totală dintre concepția privind asigurarea calitatii si reusita comercială, redefinind în termeni economici obiectivele si actiunile necesare implementării sistemului de asigurare a calitatii.

Aceasta este cea mai răspândită concepție cu privire la calitate. Totuși , cercetări asupra mecanismelor proiectării și realizării calității și ale proceselor de fabricație au arătat că o calitate mai înaltă nu costă întotdeauna mai mult. Este important să se înțeleagă ce reprezintă calitatea unui produs în producția modernă . Bazată pe cererile pieței , calitatea este mai întâi definită pe hârtie sub forma unui proiect. Acesta este mai întâi tradus într-un produs real printr-un proces de fabricație corespunzător. Investirea unor resurse mai mari în domeniul cercetare - dezvoltare, poate avea ca rezultat o creștere a calității produselor. În același timp , îmbunătățind procesele de fabricație se poate ajunge la reduceri substanțiale în ceea privește costurile totale de producție. Acest lucru a fost demonstrat atât în Japonia, cât și în țările din vest, pentru mărfurile industriale produse în masă. Calculatoarele, aparatura electronică de consum și articolele de uz casnic sunt numai câteva exemple: de-a lungul ultimelor două decade, calitatea acestor articole s-a îmbunătățit progresiv și costurile reale au scăzut.

Majoritatea producătorilor sau furnizorilor doresc să obțină calitate și mulți dintre ei depun eforturi considerabile pentru atingerea acestui obiectiv. O mare parte a efortului se îndreaptă către activitățile de verificare și remediere a defectelor și rebuturilor în timpul fabricației. Așa cum se cunoaște controlul nu poate rezolva calitatea unui produs. Calitatea unui produs trebuie să fie proiectată și fabricată. Conștientizarea calității trebuie să înceapă de la ideea de concepere a produsului, atunci când se identifică necesitățile clientului. Acest efort conștient de realizare a

¹ Student, Universitatea Nicolae Titulescu, Bucuresti, (e-mail: stanlauraflorina@yahoo.com)

calității trebuie să treacă prin diferite stadii, de la elaborare la fabricare și chiar după livrarea produsului la consumator, obiectivul final fiind cel de a obține o reacție pozitivă de la acesta.

În zilele noastre majoritatea societăților folosesc sistemul de asigurare al calitatii. Literatura de specialitate fiind stufoasă pe acest domeniu.

Costurile calitatii apar în fiecare dintre etapele ciclului de viața al produsului, precum și în toate nivelurile operationale ale întreprinderii.

În mod traditional, costurile asociate cu calitatea scazuta sunt corelate cu marfa rebutata, munca efectuata din nou, efort excesiv cheltuit pe încercari și verificari. Aceste costuri sunt ușor de înțeles dar în registrele contabile ale întreprinderilor se fac foarte puține referiri la ele.

1. Analiza costurilor referitoare la calitate

Analiza costurilor referitoare la calitate are ca obiectiv principal coordonarea și tinerea sub control a aspectelor economice ale activităților de asigurare a calitatii, astfel încât să fie mai bine satisfăcute cerințele clienților.

Fiecare proces de coordonare și tinere sub control cuprinde patru etape mai importante, care sunt parcurse ciclic, potrivit modelului peva:

- Identificarea problemei (stabilirea abaterii față de obiectivul prevăzut);
- Analiza problemei (stabilirea cauzelor abaterii constant);
- Identificarea soluțiilor (stabilirea măsurilor necesare pentru evitarea repetării abaterii);
- Aplicarea soluțiilor (asigurarea implementării măsurilor preconizate).

Analiza costurilor referitoare la calitate poate contribui la realizarea obiectivelor specifice ale acestor etape, începând cu identificarea punctelor critice și terminând cu asigurarea implementării unor măsuri corective sau de îmbunătățire eficiente.

Această analiză are în vedere evidențierea elementelor și structurii costurilor referitoare la calitate, la nivelul întreprinderii sau a unor compartimente, pe produse ori grupe de produse, a incidentei acestor costuri asupra indicatorilor financiari ai întreprinderii.

Standardul ISO 10014 pune un accent deosebit pe abordarea aspectelor economice ale calitatii în relație directă cu satisfacerea cerințelor clienților.

1.1 Categoriile de costuri referitoare la calitate

În prezent, abordarea clasică a costurilor calitatii, cu delimitarea celor patru categorii de costuri (de prevenire, evaluare, defectări interne și externe), este cel mai larg acceptată în literatura de specialitate, dar mai ales în practica economică. Organizația Europeană pentru Calitate (European Organization for Quality - EOQ) definește costurile calitatii ca reprezentând "cheltuielile pe care le implică activitățile de prevenire și de evaluare și pierderile cauzate de defectările interne și externe".

Societatea Germană pentru Sisteme de Management (Deutsche Gesellschaft für Managementsystemen) formulează o definiție asemănătoare: "costurile calitatii reprezintă costurile pe care le implică măsurile întreprinse pentru prevenirea defectărilor, evaluarea calitatii, ca și defectările interne și externe".

Există, totuși, tendința ca acestea categorii de costuri să fie regrupate în costuri ale conformității și costuri ale neconformității:

- costurile conformității cuprind costurile de prevenire și de evaluare;
- costurile neconformității cuprind costurile defectărilor interne și externe.

Pentru a sugera mai bine că aceste costuri sunt evitabile, deci calitatea de fapt "nu costă", se presupune, în ultima perioadă, utilizarea termenului de "costuri referitoare la calitate", în locul celui de "costurile calitatii". Noul termen a fost agreat și în cadrul standardelor din familia ISO 9000, în varianta îmbunătățită, apărută în anul 1994.

In ceea ce priveste ponderea categoriilor de costuri mentionate, in totalul costurilor referitoare la calitate, opiniile exprimate in literatura de specialitate sunt relativ omogene (tabelul 1).

Structura costurilor referitoare la calitate,
potrivit unor opinii exprimate in literatura de specialitate
Tabelul 1

Nr. crt.	Categoriile de costuri (%)	Junghaus	Steinbach	Wildman	Parker
1	Costuri de prevenire	10	5-10	3	2-10
2	Costuri de evaluare	33	35	45	15-34
3	Costurile defectarilor	57	55-60	52	56-83
4	Total costuri	100	100	100	100

Analizand structura costurilor referitoare la calitate la nivelul unor organizatii, se confirma in mare masura aceste opinii:

Structura costurilor referitoare la calitate
(pe exemplul unor organizatii)
Tabelul 2

Nr. crt.	Categoriile de costuri (%)	Johnson Plastics Co.	IBM	Plunkett & Dale	Schmidt & Jackson	Daisley Associates (soc. daneza)	Daisley Associates (soc. japoneza)	A.C. Rosander (servicii bancare)
1	Costuri de prevenire	10	15	7.4	2.5	3-10	20-25	2
2	Costuri de evaluare	30	25	24	33.9	15-20	15-25	28
3	Costuri ale defectarilor							
	- interne,	40	-	21	22.9	35-40	45-55	41
	- externe,	20	-	47.6	40.7	35-40	5-10	29
	- totale.	60	60	68.6	63.6	-	-	70
4	Total costuri	100	100	100	100	100	100	100

1.2 Analiza elementelor si categoriilor de costuri ale calitatii

Elementele si categoriile de costuri referitoare la calitate pot fi analizate, la un moment dat si in dinamica, luand in considerare valoarea lor absoluta pe baza unor indicatori determinate.

In functie de specificul elementelor de costuri si de necesitatile intreprinderii, analiza poate fi efectuata pe produse, compartimente sau la nivelul intreprinderii.

Dintre elementele costurilor referitoare la calitate, analiza defectarilor (interne si externe) prezinta o importanta deosebita, permitand evidentierea masurilor corective care se impun. Aceasta analiza serveste, totodata, la fundamentarea investitiilor necesare pentru prevenirea aparitiei

deficientelor in procesele ulterioare. Tipurile de defecte (rebuturi, remedieri, declasari etc.) pot fi analizate cantitativ si valoric, utilizand in acest scop reprezentari grafice (histograme etc.).

Evidentierea numarului defectarilor este mai putin importanta decat a costurilor acestora. Din figura 3.12.a, rezulta ca un anumit tip de defectare (C), care se afla intr-un numar relativ mic, comparative cu alte tipuri (A, B), influenteaza cel mai mult costurile defectarilor (3.12.b). Analizand costurile defectarilor pe sectoare ale intreprinderii, exista posibilitatea identificarii sectorului care contribuie cel mai mult la aceste costuri.

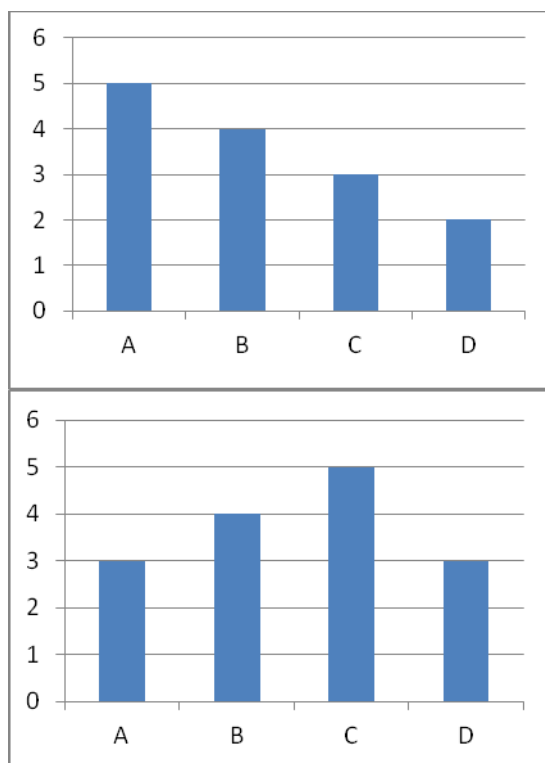


fig. 3.12a. fig. 3.12b

(0-6 reprezinta numar de defectari si A-D tipuri de defectari) fig. 3.12a.

(0-6 reprezinta costurile defectarilor si A-D tipuri de defectari) fig. 3.12b.

Fig.3.12 Analiza defectarilor (cantitativ si valoric)

Ponderea costurilor defectarilor in costurile totale ale sectoarelor se determina potrivit relatiei:

$$P_d = \frac{\sum C_d}{\sum C_t} \%$$

in care:

- P_d = ponderea costurilor defectarilor;
- C_d = costurile defectarilor pe sector;

- C_f = costurile totale pe sector.

Costurile defectarilor pot fi analizate, in continuare, pe cauze, in vederea stabilirii unor masuri eficiente, care sa asigure prevenirea lor in procesele ulterioare.

Aceste cauze sunt identificabile in oricare dintre etapele traiectoriei produsului, incepand cu proiectarea si pana la utilizare.

Analiza costurilor defectarilor pe cauze poate fi corelata cu analiza acestor costuri pe compartimente ale intreprinderii (tabelul 1).

Aceasta analiza poate fi aprofundata pe fiecare dintre elementele de costuri, cantitativ si valoric. Determinarea unor indicatori este, de asemenea, utila. Principalii indicatori utilizati, in prezent, in practica economica pentru analiza elementelor costurilor referitoare la calitate sunt urmatoarii:

Analiza costurilor rebuturilor – se realizeaza, de regula, pe baza urmatoarelor indicatori:

- costul total al rebuturilor;
- ponderea rebuturilor in costurile de productie;
- pierderi totale efective cauzate de rebuturi;
- ponderea pierderilor totale din cauza rebuturilor in costurile de productie.

Tabelul 3

Compartimentul	Costurile defectarilor	Costurile defectarilor pe cauze			
		Proiectare	Materii prime	Proces tehnologic	Altele
Aprovizionare					
Productie					
.....					
Total costuri defectari					
Ponderea costurilor de defectare (%)					

Analiza costurilor defectarilor pe cauze si pe sectoare ale intreprinderii

Costul total al rebuturilor se determina cu relatia:

$$C_{tr} = Q_r \cdot c$$

in care:

- C_{tr} = costul total al rebuturilor;
- Q_r = cantitatea de produse rebutate;
- c = costul de productie pe unitatea de produs.

Ponderea rebuturilor in costurile de productie se determina cu relatia:

$$P_r = \frac{C_{tr}}{C_f} \%$$

in care:

- P_r = ponderea rebuturilor in costurile de productie;

- C_{tr} = costul total al rebuturilor;
- C_t = costurile totale de producție.

Pierderile totale efective, din cauza rebuturilor, se determina cu relatia:

$$P_{tr} = C_{tr} - rsc$$

in care:

- P_{tr} = pierderi totale efective, din cauza rebuturilor;
- C_{tr} = costul total al rebuturilor;
- rsc = costul materialelor recuperabile din produsele rebutate.

Ponderea pierderilor totale efective in costurile de producție se determina relatia:

in care: - P_{ptr} = ponderea pierderilor totale efective cauzate de rebuturi in costurile de producție;

$$P_{ptr} = \frac{P_{tr}}{C_t} \%$$

- P_{tr} = pierderile totale efective, din cauza rebuturilor;
- C_t = costurile totale de producție.

Analiza costurilor produselor declassate – se realizeaza pe baza urmatoarelor indicatori:

- costul total al produselor declassate;
- ponderea produselor declassate in costurile de producție;
- pierderi totale efective datorate produselor declassate;
- ponderea pierderilor in costurile de producție.

Acesti indicatori se determina in mod asemanator cu cei utilizati pentru analiza costurilor rebuturilor.

Analiza costurilor reclamatilor clientilor – se realizeaza utilizand mai multi indicatori:

- costul total al reclamatilor clientilor;
- ponderea costurilor reclamatilor in valoarea produselor reclamate etc.

Ponderea costurilor reclamatilor clientilor (in termenul de garantie) se determina cu relatia:

$$P_R = \frac{C_R}{V_t} \%$$

in care:

- P_R = ponderea costurilor reclamatilor clientilor in valoarea totala a produselor reclamate;
- C_R = costurile pentru rezolvarea reclamatilor;
- V_t = valoarea totala a produselor reclamate (in perioada de garantie).

In mod asemanator pot fi analizate si alte elemente de costuri referitoare la calitate, tinand seama de specificul lor si de situatia concreta a intreprinderii.

Fiecare dintre elementele de costuri poate fi analizat, de asemenea, in dinamica, pentru o perioada determinate, pe produs sau grupe de produse, la nivelul unui anumit compartiment sau al intreprinderii, utilizand, in acest scop, diferite tipuri de reprezentari grafice (figurile 3.13 si 3.14).

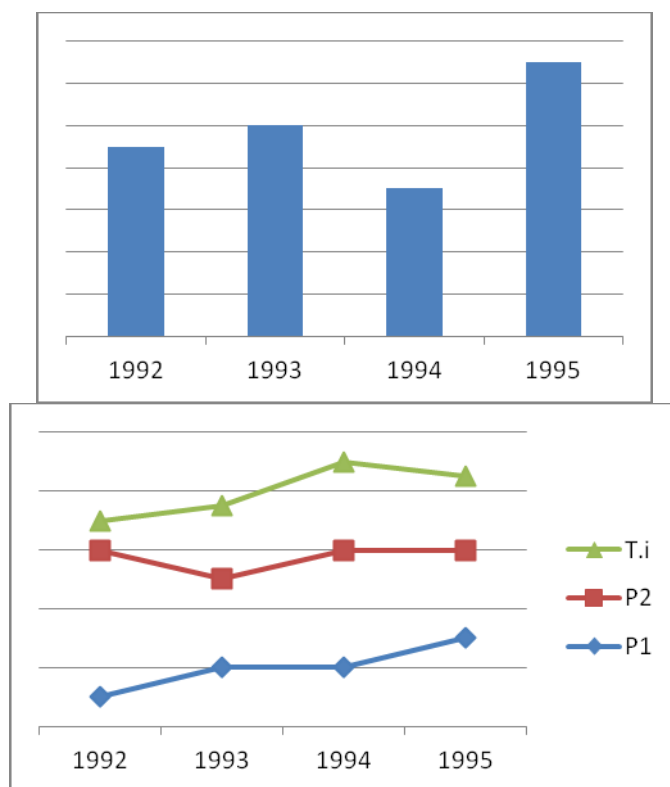


Fig. 3.13 Evolutia costurilor reclamatilor Fig. 3.14 Evolutia costurilor reclamatilor pe produse si pe total intreprindere

1.3 Analiza structurii costurilor calitatii

Pe baza datelor obtinute, prezentate potrivit tabelului 1 sau sub forma bilantului (tabelul 2), se determina ponderea diferitelor categorii de costuri, in costurile totale referitoare la calitate, utilizand relatiile:

$$P_{cdt} = \frac{C_{dt}}{C_T} \%$$

$$P_{cde} = \frac{C_{de}}{C_T} \%$$

in care: - P_{cp} , P_{ce} , P_{cdt} , P_{cde} = ponderile costurilor de prevenire, evaluare si costurile defectarilor

interne și externe;

- C_p , C_e , C_d = costurile de prevenire, evaluare și costurile defecțiilor interne și externe;
- C_T = costurile totale referitoare la calitate.

Pentru analiza structurii costurilor referitoare la calitate, indicatorii determinați pot fi cuprinși într-un tabel de forma prezentată în tabelul 4.

Utilizând diferite tipuri de reprezentări grafice, această analiză se poate realiza pe produse sau grupe de produse.

Tabelul 4

Nr. crt.	Categoriile de costuri	Valoare	%
1	Costuri de prevenire	100	20
2	Costuri de evaluare	150	30
3	Costurile defecțiilor interne	150	30
4	Costurile defecțiilor externe	100	20
	Total costuri	500	100

Structura costurilor referitoare la calitate

Informațiile utile se pot obține prin analiză comparativă a ponderii elementelor de costuri, pe categorii, cu ajutorul diagramei Pareto. O importanță deosebită o prezintă analiza evoluției structurii costurilor referitoare la calitate. În acest scop se preferă utilizarea graficului în coloane și bare sau a celui liniar.

Analiza structurii costurilor referitoare la calitate, la un moment dat și în dinamică, permite evidențierea interdependențelor dintre categoriile de costuri, respectiv dintre acestea și costurile totale.

De exemplu, se poate evidenția faptul că, în condițiile unei creșteri relative mici a investițiilor pentru măsurile de prevenire, rezultă o reducere sensibilă a costurilor defecțiilor, astfel încât, pe total, costurile referitoare la calitate scad.

Pe de altă parte, în cazul neglijării componentei preventive a costurilor referitoare la calitate, se poate ajunge la creșteri semnificative ale celorlalte categorii de costuri, pe seama multiplicării defecțiilor interne și externe.

Acest efect de „levier” al costurilor de prevenire asupra celorlalte categorii de costuri poate fi pus în evidență printr-o serie de exemple din practica economică:

- un rezistor defect costă 2 cenți, dacă defectul este depistat înainte de utilizare în fabricație, 10\$ dacă este depistat în montaj și 100\$ dacă este depistat la client (potrivit unui raport al întreprinderii (Hewlett Packard));

- dacă defectele unui calculator sunt identificate și corectate în etapa proiectării, costurile sunt neglijabile. Considerând că, în etapa de montaj a subsansamblelor, aceste costuri sunt egale cu 1, dacă defectele respective sunt depistate în etapele ulterioare, costurile pe care le implică corectarea lor cresc exponențial, și anume de 10 ori în etapa testării și de 50 ori în etapa utilizării calculatorului (potrivit unui raport al IBM).

1.4 Analiza corelațiilor dintre costurile calității și indicatorii financiari ai societății

Evaluarea efectului costurilor referitoare la calitate asupra performanțelor financiare ale întreprinderii este relativă dificilă.

O parte din aceste costuri (de prevenire și de evaluare) sunt considerate costuri de investiții, celelalte intra în categoria costurilor de producție sau sunt suportate din profitul întreprinderii.

În cazul unor categorii de costuri referitoare la calitate, de exemplu costurile defectărilor interne, acest efect este mai ușor de evidențiat. Scăderea lor va determina reducerea costurilor de producție, ceea ce se va reflecta în creșterea profitului, respective a vânzărilor, crește care poate fi determinate cu precizie.

Efectul unora dintre costurile de evaluare poate fi, de asemenea, stabilit mai ușor. De exemplu, prin introducerea controlului integral, în cazul componentelor electronice cu care se aprovizionează o întreprindere, există posibilitatea reducerii, până la eliminare, a defectărilor interne din cauza acestor componente.

Chiar dacă costurile la receptivă cresc față de controlul prin sondaj, costurile de producție pot să scadă semnificativ, ceea ce se va reflecta favorabil în profitul întreprinderii, iar această influență poate fi calculată exact.

În cazul costurilor de prevenire, evaluarea efectului lor asupra performanțelor întreprinderii este îngreunată de faptul că acest efect poate fi pus în evidență, de multe ori, în perioade ulterioare celei corespunzătoare exercitiului financiar al întreprinderii.

La aceste dificultăți trebuie adăugat faptul deja menționat, și anume că multe dintre elementele costurilor referitoare la calitate nu sunt cuantificabile.

Totuși, în prezent, este larg recunoscută utilitatea determinării unor indicatori pentru evaluarea efectului acestor costuri asupra performanțelor financiare ale întreprinderii.

Asemenea indicatori sunt utilizați pentru analiza corelațiilor dintre costurile referitoare la calitate (pe total și în structură) și cifra de afaceri a întreprinderii, profitul acesteia etc.:

$$I_{Cp} = \frac{C_p}{V} \% \quad I_{Cdi} = \frac{C_{di}}{V} \%$$

$$I_{Ce} = \frac{C_e}{V} \% \quad I_{Cde} = \frac{C_{de}}{V} \%$$

$$I_{CT} = \frac{C_T}{V} \%$$

în care:

- I_{Cp} , I_{Ce} , I_{Cdi} , I_{Cde} , I_{CT} = indicatorii costurilor de prevenire (p), evaluare (e), defectărilor interne (di), defectărilor externe (de) și costurile totale (C_T) (%);

- C_p , C_e , C_{di} , C_{de} , C_T = costurile de prevenire, evaluare, ale defectărilor interne și externe și costurile totale;

- V = valoarea vânzărilor.

2. Studiu de caz la firma S.C. Danone P.D.P.A. S.R.L.

2.1 Istoria Danone

Producătorul francez de lactate Danone împlinește în acest an 94 de ani de existență, iar pe piața din România Danone este prezent încă din anul 1996, an în care este înregistrată Societatea DANONE P.D.P.A.

Până în anul 1998 când s-a achiziționat și modernizat fabrica de prelucrare a laptelui din București, Miorița, primele produse DANONE distribuite pe piața românească au fost cele importate. Un an mai târziu, în 1999, Danone a lansat pe piață primele produse fabricate în România – “Natural”, “Delicios” și “Natural de baut”.

În mai puțin de un an și jumătate de la deschiderea Fabricii, Danone România devine lider de piață având o cotă de 31,7%. În anul 2003 Danone obține certificările pentru sistemul de management de calitate ISO 9001:2000 și siguranță alimentară HACCP.

În 2004 Danone România obține licența de export în Uniunea Europeană, moment în care devine unul dintre cei mai importanți furnizori din această zonă.

În anul 2005 are loc inaugurarea Stației de Epurare, iar în același an Danone România obține certificarea de mediu conform ISO 14001/1996. Investiția este de 1.5 milioane euro și a fost realizată în parteneriat cu SAPARD. Conform măsurătorilor, randamentul de eliminare a substanțelor organice continute în apă, depășește 90 %.

Danone își consolidează în anul 2010 poziția de lider în categoria produselor lactate proaspete din România, crescându-și cota de piață la 58%. De asemenea, compania deține cote de piață în creștere atât pe segmentul de iaurturi, cu o valoare de 69%, cât și pe segmentul iaurtului cu fructe, de 72%.

2.2 Descriere Danone

Danone este lider de piață în categoria produse lactate proaspete, cu 9 branduri de succes și peste 90 de referințe de produs, care se adresează tuturor categoriilor socio-economice.

Compania are în prezent 610 angajați, iar echipa logistică de 170 de oameni, alocată noului joint-venture, livrează zilnic pe piață peste 1,5 milioane de produse Danone.

Danone România a investit în 2011 peste 16 milioane RON, în efortul său continuu de modernizare tehnologică și de îmbunătățire a condițiilor de muncă pentru toți angajații.

Compania DANONE PDPA România face parte din Grupul DANONE, prezent în 120 de țări, unul dintre liderii mondiali din industria alimentară, deținând locul 1 în lume în fabricația de produse lactate proaspete și locul 2 în lume în domeniul apelor minerale îmbuteliate și a alimentației pentru bebeluși. Grupul DANONE a înregistrat în 2011 vânzări de peste 19 miliarde EURO.

DANONE România este lider de piață în categoria produselor lactate proaspete, înregistrând în anul 2011 o cifră de afaceri de 503 milioane RON, în creștere față de anul precedent

2.3 Denumire, sediu, scopul și îndeplinirea obiectivelor.

Denumirea societății S.C. DANONE P.D.P.A SRL cu sediu în Str. Nicolae Canea, nr. 96, sector 2, București, Nr. Reg. Comertului: J40/9619/1996, având codul unic de înregistrare RO8961927 și capitalul social în valoare de 120000 RON.

Scopul societății este fabricarea și comercializarea produselor lactate.

Grupul francez Danone și-a pus la punct obiectivele financiare pentru acest an, în ciuda costurilor mai ridicate cu mărfurile și condițiilor economice dificile, transmite Reuters.

Danone a înregistrat creșteri ale afacerilor la toate diviziile, apă și alimentele pentru nou-născuți înregistrând cele mai bune performanțe. Rezultatele grupului au fost susținute și de fuziunea diviziei de lactate cu compania rusă Unimilk.

Cel mai mare producător de iaurturi din lume a confirmat ținta de creștere a vânzărilor pe 2011 la 6-8%, precum și marja operațională estimată de 15,4%, în urcare cu 0,2% față de 2010.

Veniturile Danone au urcat la 4,7 mld. euro în T1, iar vânzările au crescut cu 8,5% în condiții comparabile, scrie Mediafax.

"Într-un mediu care rămâne complex, trendul actual al vânzărilor ne permite să susținem obiectivele stabilite", a declarat președintele grupului, Franck Riboud.

Cheltuielile de consum de pe piețele mature și emergente nu au dat semne semnificative de îmbunătățire sau înrăutățire, în timp ce prețurile mărfurilor au rămas volatile, pe un trend ascendent, a adăugat el.

Danone anticipează prețuri mai mari cu materiile prime și ambalarea produselor în acest an. Prețurile la lapte, principala materie primă folosită de grup, ar putea crește cu circa 8%, estimează managementul Danone.

Pentru a se adapta la cotațiile mai ridicate ale mărfurilor, Danone a majorat prețurile în T1 al acestui an și va continua să urmeze această politică. În medie, grupul anticipează că va crește prețurile în medie cu circa 2% în acest an, variind în funcție de produs și piață.

Astfel, marja de profit operațional s-ar putea îmbunătăți în a doua parte a anului, după o performanță ceva mai slabă în primul semestru.

DANONE in cifre 2011

	Danone Romania	Grupul Danone
Cifra de afaceri	502.998,666 RON	429.881000 RON
Numar angajati	683 persoane	101.995 persoane

2.4 Piata, clienti, furnizori

Produsele societatii se desfac atat pe piata interna cat si pe piata externa. Orientarea pe piata interna se justifica pe de-o parte prin colaborarea de traditie si avantajoasa cu parteneri de mare forta si traditionali ale produselor lactate.

Pentru indeplinirea acestor obiective, Danone faciliteaza si sustine accesul fermierilor la credite - contractele pe termen lung incheiate cu compania Danone fiind o garantie pentru finantatori - si acorda consultanta tehnica si manageriala pentru investitii. Pana acum, 90 de fermieri au beneficiat de investitii in sali si echipamente de muls, tancuri de racire si stocaj al laptelui si de juninci cu potential genetic ridicat.

Principalul rezultat al programului este cresterea cantitatii si a calitatii laptelui produs, aspect reflectat si in calitatea produselor noastre.

Pentru Danone, parteneriatul cu fermierii este unul strategic si de aceea consideram ca o relatie onesta si transparenta cu acestia reprezinta cheia unei afaceri de succes pentru ambele parti.

Clientii sunt reprezentati de societati cu raspundere limitata, societati pe actiuni care se aprovizioneaza de la fabrica sau prin lantul de distributie al firmei.

Compania are peste 10.000 clienti din retailul modern și magazine de proximitate, și o medie lunară de peste 65.000 de comenzi livrate.

Cel mai mare producator de lapte din Romania, DN Agrar Group, a incheiat anul trecut un parteneriat cu Danone. Compania mai are 69 de ferme partenere.

Danone Romania colecteaza zilnic aproape 200 de tone de lapte cu ajutorul a 15 cisterne speciale.

Intreaga cantitate este achizitionata de la furnizori contractuali, de pe teritoriul Romaniei, verificati si agreati in prealabil si controlati regulat pe toata durata derularii contractului. Laptele adus la fabrica este analizat in laboratorul propriu autorizat al Danone. Rezultatele sunt utilizate si de fermieri, in "pilotarea" si confirmarea actiunilor pe care acestia le realizeaza in ferma pentru imbunatatirea calitatii laptelui, atat sub raport compozitional (continutul de proteine si grasime), cat si igienic (analizele microbiologice). De asemenea, este verificata si prezenta urmelor de antibiotice in lapte, care este si un indicator al performantei managementului in ferma.

2.5 Asigurarea controlului tehnic al calitatii.

Danone Romania este un partener activ in programe de cercetare privind nutritia unor categorii speciale de populatie, cum sunt copiii sau virstnicii.

Compania a acumulat experienta in dezvoltarea de produse noi, adaptate unor cerinte speciale, prin includerea unor substante cu rol functional (probiotice, fibre, vitamine, minerale, antioxidanti), ca si in efectuarea de studii privind efectele consumului unor alimente cu rol nutritional specific, in colaborare cu echipe medicale specializate.

In acest sens, compania a solicitat atestarea de catre Autoritatea Nationala pentru Cercetarea Stiintifica si a inregistrat dosarul cu documentele specifice, conform metodologiei oficiale.

Danone isi propune sa aduca sanatate prin alimente unui numar cat mai mare de oameni.

"Una dintre principalele idei directe ale Grupului Danone este aceea ca alimentele joaca un rol important in promovarea sanatatii si a starii de bine a fiecarei persoane. De aceea, suntem convinsi ca trebuie permanent sa imbunatatim calitatea nutritionala a produselor noastre, sa investim in cercetare si noi programe de dezvoltare si informare ce au drept scop principal, promovarea activitatii fizice si a unei diete variate, sanatoase si echilibrate." Franck Riboud, Presedintele Grupului Danone.

La Danone, umanismul, deschiderea, proximitatea si entuziamul asigura fundamentul pentru o cultura organizationala unica si sustin identitatea Danone in toate tarile unde compania este prezenta.

Modelul Danone este bazat pe ideea ca dezvoltarea umana si performanta economica se potenteaza reciproc.

In afara de implicarea in investitiile propriu-zise din fermele partenere, Danone a introdus, inca din 1999, un sistem de plata a laptelui dupa calitate, care stimuleaza si rasplateste preocuparea pentru calitatea si igiena laptelui materie prima, prin bonusuri adaugate pretului de baza. Exista, de asemenea, un bonus si pentru cresterea cantitatii furnizate. De exemplu, Ferma Cerbul a luat in 2006 locul I la concursul Calitate lapte 2005.

Pentru mentinerea calitatii si prosperitatii, este foarte important ca laptele sa fie racit rapid, pastrat si transportat la temperatura optima, astfel incat el sa aiba sub 10 grade Celsius cand ajunge la fabrica. Danone asigura transportul si distributia produselor sale cu ajutorul flotei de camioane frigorifice moderne, avand cea mai performanta distributie refrigerata din tara.

Colectarea laptelui

Pentru obtinerea unui iaurt de calitate, Danone se ingrijeste de fiecare dintre etapele procesului de productie. Acest proces incepe cu colectarea laptelui, Danone colaborand cu peste 100 de ferme din intreaga tara.

La nivel de ferma, igiena este esentiala. Vacutele sunt mulse doar in spatii special amenajate, niciodata in grajd.

Laptele se pastreaza la 4 grade C, in tancuri de inox, pana la incarcarea in cisterna Danone.

Inainte de fiecare incarcare, soferul Danone face un set de analize, pentru a verifica daca laptele corespunde standardelor noastre de calitate. Dupa incarcare, cisterna este sigilata, sigiliul nefiind rupt decat in fabrica Danone.

Procesul de fabricatie

Igiena reprezinta o prioritate si in procesul de fabricatie. Toate persoanele care intra in fabrica au un echipament special, iar hainele de lucru ale operatorilor sunt spalate zilnic.

Laptele este pasteurizat pentru a fi purificat. Apoi, produsul trece prin circuite inchise pana in momentul ambalarii, fara a lua contact cu mana omului sau cu aerul. In zona de ambalare, pentru a se evita contaminarea produsului, aerul este purificat.

In fabrica, spalarea si sterilizarea echipamentelor de productie sunt controlate de calculatoare industriale, care elimina eroarea umana.

Controlul calitatii

La Danone, calitatea este continuu monitorizata. Activitatea laboratorului este permanenta, 24 de ore din 24, 7 zile din 7, aici efectuandu-se zilnic o medie de 1700 de analize.

Acest proces incepe chiar cu analiza laptelui din cisterne, care este descarcat doar dupa ce laboratorul Danone ii confirma calitatea.

Pentru a parasi fabrica, fiecare lot de iaurturi trebuie sa fie certificat din punct de vedere al calitatii de catre laborator.

2.6 Gama sortimentala a produselor

90% dintre produsele Danone, comercializate pe piata romaneasca, sunt fabricate in Romania, in unitatea de productie de la Bucuresti, cea mai moderna fabrica de lactate din tara. Productia locala garanteaza atenta acordata preferintelor consumatorilor romani, precum si flexibilitatea companiei, cu o rata de raspuns foarte buna, in raport cu cererea pietei.

Cea mai mare pondere o reprezinta iaurturile: simple, cu fructe, traditionale sau probiotice. Alaturi de acestea, smantana, laptele proaspat, branzica de vaci cu fructe, diferitele deserturi asigura varietatea ofertei si adaptarea la nevoile si gusturile consumatorilor romani.

Compania are in portofoliu peste 90 de referinte de produs, principalele marci fiind: Activia, Danonino, Actimel, Nutriday, Cremosso, Danette, Casa Buna.

Concluzii

Literatura de specialitate propune costuri ale calitatii de 4-7% din costurile totale ale productiei.

Pentru imbunatatirea cheltuielilor cu calitatea intreprinderea S.C. Danone P.D.P.A. S.R.L. ar trebui sa mareasca eforturile legate de prevenirea defectelor in mod substantial, astfel sa creasca eforturile legate de inspectia produselor pe diferite faze ale procesului tehnologic, de inlaturare a defectiunilor in fabrica si la cumparator. In aceasta situatie se indica sa se sporeasca eforturile cu calificarea personalului si motivarea acestuia pentru prestarea unei munci de o calitate superioara.

Pe langa standardele impuse de firma si de beneficiu e necesara o schimbare de amploare a atitudinii fata de munca care este atata de profunda in cat are rolul unei schimbari de cultura la nivel organizational. Cu toate greutatile inerente aceasta este singura cale de supravietuire in competitia globala.

In analiza costurilor calitatii trebuie sa se tina cont si de urmatoarele consideratii:

- un cost minim al calitatii nu inseamna in mod necesar, un maxim de profit, reducerea costurilor calitatii nu antreneaza, pe moment, cresteri spectaculoase ale profitului;
- un cost minim al calitatii nu inseamna automat un cost minim al produsului;
- nu toate pierderile datorate caderilor se pot cuantifica, de exemplu, de motivarea personalului, sentimentele de esec;
- un cost scazut al calitatii nu inseamna intotdeauna ca exista un bun management al calitatii, pot exista costuri ale calitatii ascunse sau ingropate.

S.C. Danone P.D.P.A. S.R.L. ar trebui sa creasca ponderea cheltuielilor cu prevenirea defectelor in totalul costurilor calitatii. Costurile de prevenire a defectelor stim ca includ cheltuieli cu achizitionarea de masini si utilaje pentru imbunatatirea calitatii.

O data cu achizitionarea acestora s-ar reduce cheltuielile cu defectele. De asemenea daca vor creste justifica cheltuielile cu calificarea personalului, acestea vor duce in final tot la scaderea costului total al calitatii pe produs. Cresterea cheltuielilor cu ambalaje de protectie a produselor finite va determina probabil scaderea cheltuielilor cu reclamatii.

Referințe bibliografice:

- ele.ro, De unde-si ia Danone laptele?, 17 Noiembrie 2010;
- Site-ul oficial www.danone.ro;
- Diana Mateescu, curierulnational.ro, Danone și-a trasat obiectivele financiare pe 2011;
- Marieta Olaru, Managementul calitatii, Editura Economica, Bucuresti, 1995, pg. 240-248;
- Dr. Ing. Natalia Filip, Dr. Ing. Ion Popescu, Managementul calitatii, Universitatea Transilvania, Brasov, pg. 76-78, 83-84, 88-89.

PRELANSAREA SI LANSAREA PRODUSELOR NOI PE PIATA INTERNATIONALA; PROMOVAREA ÎN MARKETINGUL INTERNAȚIONAL (STUDIU DE CAZ)

Tomescu Gabriela Aneline*

Abstract

Launching a product on the international market is not always easy. First, a product should be designed and then improved to meet the customers' demands. This study attempts to pinpoint to the main stages that Toyota covered before launching the brand Lexus, that is where the idea started from, what was different about the new product, which were the steps that led to develop the product and, as a final point, the promotion strategy. Moreover, this paper closely examines how this car brand has become one of the most sold luxury car brands on the international market.

Cuvinte cheie: *Toyota, Lexus, client, calitate, produs.*

1. Introducere

Tematica studiului are la baza marketingul international si modul in care un produs nou trebuie promovat pe piata. Ceea ce inseamna lansarea cu succes a unui produs va fi exemplificat printr-un studiu de caz, cel al lansarii marcii „Lexus” a Toyota. Unul dintre obiective este acela de a arata faptul ca un produs trebuie sa satisfaca, in primul rand, nevoile de baza ale clientilor pentru a avea succes. Un alt obiectiv este acela de a demonta mitul faptului conform caruia un produs poate sa aiba succes doar daca la baza lui se afla o idee inovatoare si/sau o imagine emotionala a marcii. Factorul inovator si, de asemenea, o imagine care sa vibreze la acelasi nivel emotional cu clientul pot fi adaugate in cazul in care produsul este deja unul de exceptie si a asigurat deja ceea ce clientul are nevoie.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Lansarea unui produs sau serviciu pe piata internationala nu este facila, mai ales cand este vorba despre ceva nou.

Pe pietele competitive din zilele noastre, afirmatii precum cele de mai jos sunt unanim acceptate:

- Clientul este stapanul nostru;
- Pentru a concura cu succes trebuie sa oferi un produs unic;
- In conditiile actuale, singurele solutii sunt: diferentierea marcii prin imagine, apelul la valori emotionale sau abordari care ies din tiparele traditionale pentru a schimba regulile in sectorul respective.

Conform unor autori, exista o anumita doza de adevar in fiecare dintre acestea, insa aceste adevaruri au fost supralicitate. O astfel de observatie este importanta, deoarece inseamna ca multe afaceri si-au concentrat eforturile in directii gresite. Iata cum stau lucrurile de fapt:

- In principiu, clientul este stapanul. Dar adeseori, clientul nu se simte tratat astfel. De foarte multe ori, companiile care inoveaza uita de nevoile de baza ale clientului. De exemplu, un telefon care are un design atractiv, camera foto etc., dar atunci cand clientul doreste sa apeleze pe cineva nu poate, deoarece se blocheaza din cauza multitudinii de aplicatii.

* Tomescu Gabriela Aneline, Facultatea Administrarea Afacerilor, Universitatea “Nicolae Titulescu” din Bucuresti; (e-mail: anneline.tomescu@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. dr. Mărgulescu Elena (email: elena.margulescu@univnt.ro)

• Nu este nevoie obligatoriu de ceva nou pentru ca afacerea sa mearga. HP, Sony, Wal-Mart sunt cateva dintre companiile care au dat o puternica lovitura mitului referitor la originile corporatiilor – acela care urmareste sa creeze imaginea unui antreprenor care isi fondeaza compania cu scopul de a profita de pe urma unei idei despre un produs unic. Rareori clientii cumpara un produs sau un serviciu doar pentru ca acesta ofera ceva ce alte produse similar nu ofera. Intre cele mai multe produse cu utilitate similara, clientii il aleg de obicei pe acela pe care il considera capabil de a le satisface nevoile de baza – fie ca este vorba de benzina, consultant de strategie sau credit ipotecar – putin mai bine sau intr-un mod convenabil decat ar face-o celelalte produse. Practic, clientii pur si simplu vor produse si servicii mai bune, nu mai diferite.

Multe companii ofera clientilor beneficii unice specifice marcii, insa putine dintre aceste beneficii au condus la obtinerea unui avantaj competitiv substantial si durabil. Chiar si atunci cand beneficiaza de protectie legala, multe idei bune pot fi usor copiate.

Pe o piata competitiva, beneficiile categoricale, prin definitie, nu pot fi unice. Orice companie care doreste sa intre in competitie pe un anumit segment trebuie sa ofere aceste beneficii intr-o masura cel putin acceptabila. Astfel, toate lanturile hoteliere viabile ofera un adapost sigur, cald, un pat curat si acces la serviciile sanitare; marcile de automobile ofera certitudinea si siguranta transportului dintr-un punct in altul; majoritatea magazinelor alimentare ofera o varietate rezonabila de alimente adecvate consumului zilnic. De asemenea, in cazul oricarei masini, trebuie ca acea companie sa se asigure ca modelul comandat va ajunge exact la locul desemnat al constructiei, la timp si in bune conditii, ca factura va fi intocmita corect de la bun inceput si ca serviciile post-vanzare, ca de exemplu service-ul de intretinere si interventiile in caz de defectiune, sunt prompte si eficiente.

Inovarea ramane de o importanta cruciala, insa orientata mai mult catre furnizarea de beneficii categoricale generice, si mai putin catre dezvoltarea de beneficii unice specifice marcii.

• Crearea unei imagini si apelul la valori emotionale sunt foarte bune – daca produsul sau serviciul este deja excelent. Campaniile de promovare a imaginii unui produs sau serviciu sunt namaipomenite – atunci cand functioneaza. Dar pentru ca si unele dintre cele mai bune companii pot realiza produse cu o performanta slaba a functiilor de baza, recomandarea celor care au experienta in marketing este sa porneasca de la continutul produsului sau al serviciului, asigurandu-ne in primul rand ca reusesc sa satisfaca in mod rezonabil asteptarile clientilor cu privire la produsul sau serviciul oferit. O data ce elementele de baza au fost asigurate, compania dispune de o platforma solida de pe care sa construiasca o imagine emotionala a marcii si sa dezvolte inovatii radicale.

Studiu de caz: Concentrarea asupra functiilor de baza pe piata automobilelor de lux – Toyota

Toyota a intrat pe piata Statelor Unite in 1957, intr-o perioada dominata de marile consumatoare de carburant, cu mult inainte de prima criza petroliera. Impresia facuta de automobilele Toyota era aceea de automobile asiatice, mici si nu de foarte buna calitate. Insa acele perceptii s-au evaporat rapid, pe masura ce soferii au inceput sa se declare satisfacuti de performanta excelenta a masinii si de calitatea raportata la pret. Cu o platforma de productie cu cea mai avansata tehnologie din Statele Unite, Toyota si-a construit in timp reputatia de cel mai eficient producator de automobile de masa din lume. Avantajul Toyota a fost clar aratat de consultantii de la McKinsey, care au comparat preturile de vanzare, stimulente si valoarea reziduala pentru Toyota Corolla pe de o parte si Chevrolet Prism pe de alta – automobile identice cu exceptia numelui, designul fiind realizat de Toyota si manufacturate pe aceeasi linie de asamblare. Desi General Motors a cheltuit cu 750\$ mai mult decat Toyota cu stimulentele pentru clienti, Toyota a vandut de patru ori mai multe masini si si-a mentinut valoarea pentru mai mult timp. Calitatea perceputa are o valoare imensa pe piata.

Sfarsitul anilor 1980 a marcat o mutare importanta pentru Toyota, atunci cand a creat Lexus, aventurandu-se pentru prima oara pe segmentul de lux al pietei. Putea Toyota sa realizeze o calitate care sa permita o atractie de masa pe acea piata? Ce ar fi trebuit sa insemne calitate? In cazul lui

„Lexus”, aceasta a însemnat perfecționarea funcțiilor de baza până la absolut. Cheia înțelegerii succesului, de altfel bine cunoscut, al Lexus sta în modul său de gândire orientat către client.

La începutul anilor 1980, cei mai înstăriți americani din generația „baby boom”-ului preferau marcele străine precum Mercedes-Benz și BMW marcilor locale, cum ar fi Cadillac. Toyota a văzut însă o slăbiciune a marcilor europene în aspect precum prețul și costurile de întreținere. Studiile pe care le-a făcut au arătat că principala motivație a cumpărătorilor de Mercedes din Statele Unite era „imaginea de prestigiu”. Toyota considera că există o piață, chiar și în rândul cumpărătorilor de Mercedes, pentru un automobil de lux cu un preț mai bun. Dosarul de design sugerează că Toyota realizase că performanța funcțiilor de baza ale unui autovehicul poate constitui o motivație importantă pentru cumpărători – chiar și pentru cei din segmentul cu venituri ridicate:

„ Un sedan de lux cu un aer inteligent, care elimină artificii și se concentrează asupra esențialului, o mașină ce prezintă respect pentru ființa umană, care nu se mișcă în mod automat, consumând excesiv, și urmând docile intențiile șoferului... Vom produce cel mai performant automobil de lux, bazându-ne pe experiența noastră de 50 de ani în producția de automobile. ”

Pe lângă redefinirea conceptului de automobile de lux, Toyota trebuia de asemenea să găsească moduri noi și mai bune de a comunica ideea de prestigiu. Un raport al Toyota afirma:

„ Nu putem comunica în mod sincer o imagine de prestigiu dacă nu avem toate datele pentru a satisface clienții; nu numai prin cel mai bun produs, dar și prin crearea celor mai bune show room-uri, cu cel mai sofisticat mod de vânzare și cel mai bun serviciu post-vânzare – totul fiind orientat către client. ”

Echipele de design și ingineri de la Toyota au trebuit să regăndească ce înseamnă „lux” în practică. De exemplu, membrii echipei au observat că, pe măsură ce acestea se învechesc, costul de întreținere al automobilelor de lux crește. Astfel, ei au căutat să elimine principalele cauze ale deprecierei și costurilor de întreținere pe termen lung, precum ruginirea și deteriorarea vopselei. În acest scop, Toyota a cumpărat câteva automobile concurente și le-a evaluat deteriorarea în nouăzeci și șase de aspect ale performanței tehnice. Curățarea suprafețelor cromate sau decolorarea neuniformă a tapiteriei, considerate ca normale de către concurenți, erau inacceptabile pentru Toyota. Echipa de design a crescut grosimea stratului de vopsea cromată de opt ori, a utilizat geamuri reflectorizante și a vopsit carcasa în șase straturi. Când automobilul a fost lăsat în desert timp de un an alături de cele ale concurenței, nu a suferit niciun fel de deteriorare cauzată de condițiile atmosferice și s-a prezentat în condiții mult mai bune decât acestea.

Echipa de dealeri a noului Lexus avea să cuprindă optzeci de dealeri, selecționați din o mie cinci sute câți își exprimaseră inițial interesul. Mulți erau dealeri Mercedes și BMW.

Numai aceia care au avut cele mai ridicate niveluri ale indexului de satisfacție a clienților (ISC) au fost luați în considerare. Aplicații au trebuit să trimită un plan de afaceri și, în plus:

- Sa prezinte documentație care să ateste atât un ISC înalt, cât și primatul în vânzări pe zona principală de piață;
- Sa prezinte o arhivă a operațiilor dealer profitabile;
- Sa demonstreze o înțelegere a nivelului ridicat de personalizare a serviciului de la care se așteaptă cumpărătorii de automobile de lux.
- Sa asigure o investiție de capital (trei până la 5 milioane de dolari) și de personal care să asigure o calitate înaltă a experienței clientului.

Angajamentul Toyota de a face din posesia unui Lexus o experiență de excepție prin atenția extremă acordată funcțiilor de baza a fost testat în mai puțin de trei luni. Lexus a primit o plângere de la un client cu privire la funcționarea deficitară a direcției și câteva plângeri privind una din luminile de frână. Dealerii i-au contactat personal pe toți proprietarii și au efectuat rapid reparațiile necesare. Mașinile au fost înapoiate spalate și cu rezervorul plin. Takao Kawamura, directorul serviciilor post-vânzare în Statele Unite, cel care a organizat această măsură, comenta:

„Lexus dorea sa continue intr-o maniera care sa depaseasca asteptarile clientilor. Noi consideram ca principalul aspect al prestigiului este un sentiment de incredere... Lexus nu este doar numele unui model sau al unei francize; este o << cultura >> dezvoltata in baza principiului << Clientul este pe primul loc >> (inca din fazele initiale ale dezvoltarii marcii Lexus, directorii executivi ai diviziei au ales ca obiectiv cantitativ principal, comun tuturor celor implicati, incepand de la angajatii biroului central Lexus pana la cei ai dealerului. Acest obiectiv, si consensul care s-a format in stabilirea acestuia, au orientat in mod consistent comportamentul si deciziile catre finalul dorit)”.

Lexus s-a lansat in Statele Unite cu modelul LS 400 in ianuarie 1989. Un an mai tarziu, a fost votat automobilul numarul unu in toate categoriile, inclusiv satisfactia clientilor, in sondajul „New Buyers” facut de revista *Car and Driver*. De asemenea, a devenit numarul unu in importurile de lux, cu vanzari de mai mult de saptezeci de mii de automobile, mai mult si decat Mercedes-Benz si decat BMW. In 1991, Lexus a fost desemnat pe primul loc in sondajul privind gradul de satisfactie al clientilor al J.D. Power and Associates.

The Toyota Way

„Modul de a face Toyota” sau „Metoda Toyota” („ The Toyota Way”) defineste asteptarile companiei si ii orienteaza actiunile. Aceasta sintagma constituie cea mai apropiata aproximatie pentru a descrie cultura acestei corporatii si este cea care a lansat Lexus in Statele Unite. Acesta consta in a masura totul – pana si zgomotul pe care il fac portierele masinilor cand se inchid si se deschid cu ocazia inspectiei finale a automobilelor proaspat fabricate.

Mesajul implicit este ca toate activitatile Toyota trebuie sa permita companiei sa realizeze automobile de exceptie si sa furnizeze servicii extraordinare – atat.

„ Modul de a face Toyota 2001 ” cuprinde cinci concepte, pe care se spijina doi piloni principali: imbunatirea continua (cuprinzand provocarea, *kaizen* si *genchi genbutsu*) si respectul pentru persoana (cuprinzand respect si munca in echipa). In prefata la „Modul de a face Toyota”, Fujio Cho, presedintele Toyota, prezinta asteptarile sale:

„Noi nu suntem niciodata satisfacuti cu ceea ce suntem si ne imbunatim in permanent afacerea contribuind cu ideile si eforturile noastre cele mai bune. Noi respectam oamenii, si credem ca succesul afacerii noastre este dat de eforturile individuale si lucrul in echipa, De la toti membrii echipei Toyota, la fiecare nivel, se asteapta utilizarea acestor doua valori in activitatea si interactiunile lor zilnice.”

In anul 2008, intr-un interviu acordat revistei „Harvard Business Review”, Katsuaki Watanabe, presedintele Toyota in acel moment, a detaliat ce inseamna: „Metoda Toyota a fost si va fi standardul pentru toti angajatii Toyota din toata lumea. Principiile noastre calauzitoare definesc misiunea si valorile noastre si valorile noastre, insa Metoda Toyota defineste modul in care muncim. Pentru mine este ca aerul pe care il respir. Metoda Toyota are doi piloni principali: imbunatirea continua si respectul pentru oameni. Respectul este necesar pentru a putea lucra cu oamenii. Prin cuvantul „oameni” ne referim la angajati, parteneri si client. „Clientul are prioritate” este unul dintre dictioanele noastre de baza. Si nu ne referim numai la clientul final; de-a lungul liniei de montaj, persoana de la urmatorul punct de lucru este de asemenea clientul nostrum. Aceasta duce la munca in echipa. Daca adopti acest principiu, vei incepe sa analizezi constant ceea ce faci pentru a vedea daca faci totul perfect, pentru a nu-ti incurca clientul. Aceasta iti va dezvolta capacitatea de a identifica problemele, si daca observi lucrurile cu atentie, vei ajunge la *kaizen*, imbunatirea continua. Radacina Metodei Toyota este sa fim nemultumiti de stagnare: trebuie in mod constant sa ne intrebam: „De ce facem asta?”. Oamenii pot aplica aceste conceptii in toata lumea, nu numai in Japonia. “

Aceasta concentrare constanta asupra inovarii, miscarii tot inainte si a a face mai bine se pare ca functioneaza. Toyota s-a bucurat de un succes enorm in Statele Unite si este bine pozitionata pentru a beneficia de liberalizarea crescanda a pietei UE. Capitalul ei de piata este de 87.7 miliarde de dolari, mai mare decat cea Daimler Chrysler si General Motors luata impreuna.

Extras din „Modul de a face Toyota” :

„Provocarea

Ne formam o viziune pe termen lung, confruntand provocarile cu curaj si creativitate pentru a ne realiza visele.

- Generarea de valoare prin producerea si livrarea de produse si servicii
- Prin spirit al provocarii
- Prin perspectiva pe termen lung
- Prin consideratie in luarea deciziilor

Kaizen („ imbunatire continua”)

Ne imbunatim continuu operatiile, urmarind mereu inovatia si evolutia:

- Prin gandire kaizen si gandire inovativa
- Construind sisteme si structuri simple
- Promovand o cultura organizationala a invatarii

Genchi genbutsu („du-te si vezi cu ochii tai”)

Mergem la sursa pentru a afla datele necesare luarii deciziilor corecte, realizarii consensului asupra obiectivelor noastre si atingerii acestora cat mai rapid:

- Realizarea efectiva a consensului
- Angajamentul catre reusita

Respect

ii respectam pe ceilalti, facem toate eforturile pentru a ne intelege unii pe ceilalti, ne asumam responsabilitatea si facem tot ce putem pentru a construi increderea reciproca.

- Respect pentru toate partile interesate
- Incredere si responsabilitate reciproca
- Comunicare sincera

Munca in echipa

Stimulam dezvoltarea personala si profesionala, difuzam oportunitatile de dezvoltare si maximizam performanta individuala a echipei:

- Angajament catre educatie si dezvoltare
- Respect pentru individ; realizarea unei forte consolidate ca si echipa – Toyota creeaza oameni de tip T. Liniuta verticala din litera T inseamna ca angajatii trebuie sa intensifice sau sa creasca ceea ce fac, iar liniuta orizontala ca trebuie sa invete si alte lucruri.

Toyota continua sa fie una dintre cele mai de succes companii de automobile in lume; se afla intr-o continua dezvoltare pentru a ajunge si ramane numarul 1. Presedintele Toyota, Katsuaki Watanabe declara, in 2008, ca „pentru mine, a fi nr. 1 nu inseamna sa fii lider mondial ca numar de masini vandute sau produse intr-un an, ori ca profit sau cifra de afaceri. Sa fii nr. 1 inseamna sa fii cel mai bun din lume in materie de calitate CONSECVENTA. Consider calitatea ca avand cea mai mare valoare si importanta; aceasta conceptie se afla la baza stilului meu de management. Pentru Toyota este essential sa fabrice masini de cea mai inalta calitate din lume – cele mai bune produse din orice punct de vedere, fara niciun defect. Daca nu imbunatim calitatea azi, nu putem spera la crestere maine. De aceea investim in tehnologii noi, procese noi si resurse umane. Prioritatea nr. 1 este sa ma asigur ca facem acest lucru, in mod hotarat, precis si pana la capat. Nu am incercat niciodata sa ajungem nr. 1 in materie de vanzari sau venituri; atata timp cat ne imbunatim permanent calitatea, cifrele nu vor intarzia nici ele sa creasca.

(...) In 1995 existau 26 de fabrici Toyota; in 2007 sunt 63. Am vizitat personal noile complexuri din China si Statele Unite si am vazut fabricile noi pe care le construim in Thailanda, Canada, China si Rusia. Desigur, toate fabricile noastre cunosc diverse provocari si dificultati, insa imi dau seama ca sistemul nostru poate ca s-a intins prea mult. Trebuie sa constientizam problemele. Problemele ascunse sunt cele care mai tarziu se transforma in amentintari. Daca problemele sunt

discutate sunt discutate deschis, ma voi simti mai linistit. Pentru ca o data ce problemele sunt constientizate, chiar daca pana atunci oamenii nostri nu le vazusera, ei se vor chinui sa le rezolve. Acesta este AND-ul pe care l-am mostenit toti prin intermediul sitemului de productie Toyota. Care sun problemele legate de noile modele pe care le-am lansat? Ne-am instruit noii angajati suficient de bine incat sa poata produce calitate? Noile noastre fabrici functioneaza cum trebuie? Care ar fi cea mai buna metoda de a vinde Tundra, date fiind conditiile din SUA? Atata timp cat stim care ne sunt nevoile si provocarile pe care trebuie sa le infruntam, putem gasi si solutii. Daca apar probleme pe care nu le putem solutiona pe loc, trebuie sa oprim, daca e nevoie, sa amanam proiectele si cresterea.”

3. Concluzii

In concluzie, povestea de succes a Toyota nu este una de geniu ingineristic, desi producatorul primului automobil hibrid comercializat, Toyota Prius, si multe alte primite in ceea ce priveste produsul, ar putea sa nu fie de acord cu aceasta afirmatie. Din punct de vedere istoric, nu este, de asemenea, una a stilului, indiferent de cat de mandri sunt directorii Toyota Europe de Yaris, castigatorul mult-ravnitului premiu Masina Europeana a Anului in 2000. Nu este, de asemenea, o poveste sentimentala, desi intrarea Toyota in cursele de formula 1 in 2002 incepe sa lege de marca mai multe emotii. J.D. Power and Associates a recunoscut in mod constant platforma de calitate incorporata in procesul de productie a Toyota ca numarul unu in industria automobilistica. Desi marca lasa rece unele capete de pasionati ai automobilelor, cei mai multi dintre cei sase milioane de cumparatori anuali ai automobilelor Toyota nu sunt de aceeasi parere. Functiile de baza conteaza, iar atunci cand se concentreaza asupra acestora, Toyota adopta o perspectiva in care clientul se situeaza pe primul loc si castiga – chiar si pe piata automobilelor de lux. Situarea clientului pe primul loc ar trebui sa fie o prioritate pentru orice companie care doreste sa aiba succes.

Referințe bibliografice

- Patrick Barwise, Sean Meehan, *Simply Better*, Publica, 2008, pp. 64-80
- Jim Collins, Jerry I. Porras, *Afaceri claditire sa dureze*, Curtea Veche, 2006, p. 49
- *Revista Biz*, nr. 155, 15 februarie – 3 martie 2008, pp. 40-46

FUNDAMENTAREA MIXULUI DE MARKETING AL S.C RCS&RDS S.A.

Stan Ana-Maria¹

Abstract:

Marketingul a cunoscut o dezvoltare rapida iar conceptul actual de marketing are in vedere dorinta si posibilitatea de cumparare a indivizilor si a organizatiilor.

Scopul activitatii de marketing este de a-l cunoaste si de a-l intelege pe client atat de bine incat produsul sau serviciul sa se potriveasca cu nevoile sale si sa se vanda singur.

Mixul de marketing are un rol foarte mare în activitatea de marketing, acesta combină toate resursele de care dispune firma: umane, materiale, financiare și informaționale pentru a atinge obiectivele firmei

Lucrarea mea se numeste : “Fundamentarea mixului de marketing al S.C. RCS&RDS S.A.” in care am incercat sa prezint mixul de marketing in general si particularizat in cadrul companiei. Aceasta atinge prin programele sale toate punctele esentiale pentru a se face cunoscuta clientilor sai, dar trebuie sa fie pregatita sa infrunte transformările radicale care se inregistreaza datorita recesiunii economice actuale.

Pentru functionarea cu succes a companiei se impune crearea unui sistem complex de marketing, precum si crearea serviciilor si sectiilor speciale. Acestea urmeaza sa fie incadrate in elaborarea programelor si planurilor de marketing, in pregatirea cadrelor pentru aceasta activitate.

Cuvinte cheie: *Pret, Produs, Promovare, Distributie, Analiza*

Introducere

Conceptul de marketing, formulat la începutul secolului trecut, a cunoscut o dezvoltare rapidă, ce reflectă evoluția economico-socială a aceluiași veac și marchează în fapt „trecerea de la societatea de producție la o societate de consum”. Conceptul actual de „marketing” se referă la indivizii și la organizațiile care au dorința și posibilitatea de a cumpăra anumite bunuri sau servicii.

Marketingul trebuie înțeles nu în sensul vechi de vânzare, ci în cel nou, de satisfacere a nevoilor consumatorului. Scopul activității de marketing este de a-l cunoaște și a-l înțelege pe client atât de bine, încât produsul sau serviciul să se potrivească cu nevoile sale și să se vândă singur.

Mixul de marketing presupune îmbinarea tuturor resurselor de care dispune firma umane, materiale, financiare și informaționale pentru a atinge obiectivele firmei. Acest proces este unul dificil care necesită multă muncă, timp și resurse, dar o combinație optimă a acestora va duce la realizarea unui mix optim de marketing care, la rândul său, va realiza scopurile firmei cu resurse limitate și în condiții de maximizare a profitului.

Lucrarea este formată din două capitole pe parcursul cărora am încercat să prezint mixul de marketing în general, precum și al mixului de marketing particularizat în cadrul companiei RDS&RCS.

În cadrul primului capitol - MIXUL DE MARKETING - ABORDĂRI CONCEPTUALE, am prezentat rolul marketingului în cadrul societății, mixul de marketing (politica de produs, de preț, de distribuție și de promovare), precum și tendințe noi în marketingul mix.

¹ Student, Facultatea de Științe Economice, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: ana_maria_stan90@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Mărgulescu Elena (elena.margulescu@univnt.ro)

În cadrul capitolului al doilea - FUNDAMENTAREA MIXULUI DE MARKETING AL S.C. RCS&RDS S.A., am prezentat în prima parte compania RCS&RDS S.A., iar în partea a doua am vorbit despre mixul de marketing al companiei.

În finalul lucrării am creionat câteva propuneri și concluzii ale analizei efectuate.

CAPITOLUL I MIXUL DE MARKETING - ABORDĂRI CONCEPTUALE

1.1 Rolul marketingului în cadrul societății

Marketingul face parte din familia științelor economice, devenind o necesitate a tuturor economiilor naționale, de la ramurile economice la cele mai mici întreprinderi, de la marile lanțuri de magazine și până la micile boutique-uri.

În linii mari, *a face marketing înseamnă a acționa pe piață*, dezvoltând produsele și serviciile distribuindu-le acolo unde este nevoie de ele și, aceluia, care le așteaptă și au cu ce le plăti.

Conform definiției date de către autorul Gheorghe Alexandru Catana, „marketingul este o filozofie de afaceri, în centrul căreia se afla clientul cu nevoile și dorințele sale, pe care organizația le satisface într-un mod cât mai profitabil”¹

Se spune că marketingul este acea funcție a organizației care identifică nevoile și dorințele clienților, determină piețele care pot fi servite cel mai bine și concepe produse și servicii adecvate servirii acestor piețe, sau mai pe scurt scopul activității de marketing este de a-i satisface pe clienți într-un mod profitabil, prin realizarea unor legături avantajoase cu aceștia².

1.2. Mixul de marketing - principal instrument al tacticii de marketing

Mixul de marketing este o completare a strategiei de piață în care după identificarea obiectivelor, întreprinderea trebuie să elaboreze strategii detaliate care se referă la preț, produs, distribuție și comunicare.

Prin conceptul de marketing - mix se înțelege „orientarea activității de marketing a întreprinderii – în funcție de resursele interne și de condițiile pieței – prin combinarea într-un tot unitar, coerent, sub forma unor programe, a elementelor politicii de produs, preț, distribuție și de comunicare.”³

Mixul de marketing reprezintă o soluție eficientă pentru atingerea obiectivelor strategice ale unei firme fără a dobândi caracter de permanență în timp.

Marketingul serviciilor captează tot mai multă atenție datorită dezvoltării acestora. Economii moderne, dezvoltate sunt economii bazate pe servicii, știință și practica marketingului devenind tot mai atrase în deslușirea evoluției serviciilor. În acest sens este necesară înțelegerea și identificarea diferențelor dintre bunurile materiale și servicii, în special în ceea ce privește aplicarea strategiilor și instrumentelor de marketing. Serviciile au ca specific o sumă de caracteristici: intangibilitate, inseparabilitate, variabilitate, perisabilitate și lipsa proprietății, cu impact deosebit asupra conținutului unei politici sau strategii de marketing.

Foarte importantă în orientarea acțiunilor întreprinderii este viziunea durabilă care subordonează toate activitățile întreprinderii unor obiective pe termen lung.

¹ Catană, Gh. A., Marketing: Filozofia succesului pe piață, Volumul I, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 2008, p.9

² Cetină Iuliana, Marketingul serviciilor: fundamente și domenii de specializare, Editura Uranus, București, 2009, p.187

³ Diaconescu Mihai, Marketing, Editura Universitara, București, 2010, p. 74

Mixul tradițional este format din cei patru P: produs, preț, plasament (distribuție), promovare:

1. Produsul – compania trebuie să identifice, să creeze și să pună la dispoziția clienților un produs care să corespundă necesităților acestora;
2. Prețul – compania trebuie să identifice un anumit preț pe care clienții sunt dispuși să-l plătească pentru produsele oferite;
3. Plasarea în lanțul de distribuție - livrarea produselor către clienți la locul și timpul dorit de către aceștia;
4. Promovarea – activitatea de informare a clienților și de comunicare a trăsăturilor și beneficiilor ce decurg din produsele/serviciile companiei.

Mixul de marketing urmărește realizarea combinației optime a celor “4P”, care este dependentă de viziunea organizației cu privire la poziționarea ei față de rivali. De aceea elaborarea mixurilor de marketing este o problemă de maximă importanță.

Cei 4P constituie variabilele cheie prin care organizația poate acționa în vederea obținerii impactului maxim asupra pieții și consumatorului și reflectă modul în care sunt antrenate diferite componente ale resurselor de care dispune organizația pentru obținerea efectelor scontate.

Mixul de marketing se referă la o anumită structură de eforturi de marketing, la combinarea, proiectarea și integrarea în diverse proporții într-un program de marketing a variabilelor controlabile în scopul dobândirii eficacității necesare realizării obiectivelor organizației într-o perioadă determinată.

Specialiștii apreciază că mixul de marketing este, unul dintre cele mai vechi și mai utile concepte de marketing.

Politica de marketing include un set de strategii și tactici de marketing, indicând modalitatea principală prin care este stabilită dezvoltarea de viitor a întreprinderii

1.2.1 Politica de produs

În lucrarea sa, Marketing, Bruhn Manfred considera că „politica de produs este politica care se ocupă cu deciziile de utilizare, care se află în corelație cu structura programului de presă al unei întreprinderi”¹.

Pentru a concepe și lansa un produs de succes pe piață, acesta trebuie să fie foarte bine gândit și conceput în așa fel încât să corespundă nevoilor și dorințelor consumatorilor, să fie realizat prin prisma faptului că resursele sunt limitate, deci cu o productivitate cât mai mare a resurselor folosite, iar costurile să permită lansarea unui preț care să aducă firmei și un profit, care pe parcurs să crească, să tindă spre maximizare.

În domeniul serviciilor produsul ocupă un loc important în alcătuirea mixului de marketing, orientarea întreprinderii în ceea ce privește dimensiunile, structura și evoluția serviciilor sale definind politica de produs a întreprinderii de servicii. În orientarea acesteia au o influență aparte caracteristicile acestui produs, produs privit atât din unghiul activității propriu-zise (prestare efectivă), cât și din unghiul suporturilor utilizate (mijloace și materiale ale prestației) sau a rezultatelor combinării acestora. Specifică serviciilor este participarea clientului în cadrul acestui proces de prestare, denumit generic în literatura de specialitate servucție.

De regulă, în cadrul celor patru componente ale mixului, accentul cade asupra primei componente – politica de produs.

O prima concluzie este că importanța a mixului de marketing ar fi aceea ca poziția și ordinea de importanță a celor patru elemente variază în funcție de condițiile concrete ale împlinirii mixului, de specificul strategiei în slujba căreia este pus. O a doua concluzie se referă la faptul că mixul de marketing nu conține în mod obligatoriu cele patru componente ale sale.

Cerința de baza a realismului mixului de marketing o constituie corelarea acestor elemente, lipsa unui element poate pune în pericol realizarea efectului global urmărit.

¹ Bruhn Manfred, Marketing, Editura Economică, București, 1999, p.131

1.2.2. Politica de preț

„Politica de preț cuprinde numeroase decizii, aflate în strânsă legătură cu stabilirea condițiilor pentru obținerea unui anumit rezultat al întreprinderii”¹.

Prețul se găsește într-o relație strânsă cu produsul, fiind una dintre componentele de bază ale acestuia.

În această calitate, prețul se constituie într-un motiv de cumpărare sau de necumpărare a produsului, al cărui rol este, de regulă, deosebit de important.

Din această cauză, este important să fie reliefate relațiile calitate - preț și imagine de marcă - preț, așa cum sunt ele percepute de către consumator.

Principala caracteristică pe care firma trebuie să o aibă în alegerea strategiilor de preț este flexibilitatea, deoarece prețurile pe piață sunt foarte dinamice și trebuie să se adapteze ritmului acestora.

Astfel „reevaluarea periodică a strategiei însăși, a corespondenței sale cu condițiile, în continuă schimbare, ale pieței, se impune cu necesitate, înscriindu-se drept trăsături ale unei politici de marketing în domeniul prețurilor”².

Prețurile, în marketing, reprezintă o variabilă majoră pentru formarea și influențarea cercetării, pentru determinarea volumului și valorii vânzărilor întreprinderii, precum și a mărimii veniturilor brute și nete ale acesteia. Prețurile influențează toate cheltuielile și rezultatele întreprinderii.

Beneficiul rezultă ca diferență dintre veniturile realizate și costuri. O parte din costuri sunt direct legate de volumul produselor vândute, iar costurile înseși sunt măsurate de prețurile lor.

La rândul ei, cererea este în funcție de nivelul prețului care determină puterea de cumpărare, astfel încât prețul afectează mărimea segmentului de piață care constituie ținta eforturilor de marketing ale întreprinderii.

Întrucât puterea de cumpărare este strâns legată de celelalte caracteristici social-economice ale consumatorului, prețul poate influența natura calitativă a pieței, ca și limitele cantitative ale acesteia.

1.2.3 Politica de distribuție

În servicii distribuția se realizează în mare parte direct de la prestator la beneficiar, cu unele excepții. În tratarea problematicii distribuției serviciilor trebuie să avem în vedere caracteristicile lor, natura fiecărui serviciu în parte, comportamentul și acțiunile intermediarilor și comportamentul consumatorilor.

Un aspect principal în analiza distribuției este dimensiunea ofertei de servicii, numărul și forța concurenților.

Firma de servicii adoptă alternative strategice în domeniul distribuției având în vedere realizarea unui obiectiv esențial – sincronizarea cererii cu oferta. Sunt importante obiectivele de eficientizare a distribuției, optimizare a activităților specifice acesteia și satisfacerea nevoilor solvabile de servicii ale consumatorilor.

Politica de distribuție influențează direct și celelalte variabile ale mixului de marketing.

În concluzie, pentru adoptarea unei variante strategice în domeniul distribuției trebuie avute în atenție: limitele, restricțiile materiale, financiare, umane ale firmei și condițiile mediului extern al acesteia.

1.2.4 Politica de promovare

Ca variabilă aflată sub controlul firmei, *promovarea* servește unei multitudini de obiective și ia forme practice dintre cele mai diverse. Probabil că aceasta ar fi una dintre principalele explicații

¹ Bruhn Manfred, Marketing, Editura Economică, București, 1999, p.173

² Florescu, C-tin (coordonator), Marketing, Editura Independența Economică, București, 2001, p. 253

ale impreciziilor și inconsecvențelor în accepțiunile atribuite noțiunii de „promovare” a unor componente din structura, la rândul ei, foarte bogată a activității promoționale.

În esență, termenul „promovare” sugerează ansamblul acțiunilor de impulsioneare a pătrunderii produselor pe piață și de consum, de stimulare a vânzărilor. Modul concret și locul de desfășurare a acestor acțiuni, destinatarii lor, obiectivele imediate vizate sunt diferite, de unde și delimitarea mai multor activități promoționale. Prin noțiunea generică de „promovare” se desemnează însă ansamblul acestor activități: ea se utilizează ca un fel de „umbrelă” pentru un set de termeni desemnând fiecare câte un domeniu mai restrâns din câmpul activității promoționale¹.

Intră în discuție *calitatea acțiunilor promoționale, calitatea mesajelor promoționale*, măsurate prin prisma obiectivității, a *onestității conținutului transmis*. Fără discuție că toate acțiunile promoționale vizează sporirea vânzărilor. Dar potrivit unei „reguli de aur” a marketingului acest obiectiv trebuie obținut nu în opoziție, ci în deplin acord cu interesele consumatorilor.

Promovarea face parte din procesul de marketing. Aceasta arată beneficiile oferite de un produs, adică este o modalitate prin care se fac noi clienți, însă este la fel de important (dacă nu chiar mai important) să le reamintești clienților existenței de beneficiile oferite de produsul tău.

Promovarea, formă deosebit de importantă a comunicării “se constituie într-un ansamblu de măsuri întreprinse de organizații (economice, sociale, politice, culturale, religioase) pentru a se face cunoscute din punct de vedere al potențialului pe care îl posedă, cu scopul de a atrage cumpărători, susținători, fonduri, aprecieri etc.”².

În zilele noastre există tot mai multe forme prin care companiile își pot face cunoscute produsele sau serviciile. Prezentăm, în continuare, cele mai importante și utilizate tehnici promoționale.

Publicitatea a devenit astăzi o mare întreprindere. Ea reprezintă, de asemenea, o industrie în sine și un instrument folosit de mulți afaceriști. Într-o societate complexă și industrializată, afacerile trebuie susținute prin comunicare indirectă și mai ales prin publicitate. Publicitatea servește unui scop contemporan. Facem publicitate pentru că ne ajută³.

Obiectivele publicității pe termen lung sau „misiunea” publicității este aceea *de a influența acei indivizi sau grupuri a căror decizii și acțiuni determină succesul companiei*. Obiectivele pe termen scurt sau obiectivele oricărei campanii publicitare reflectă această „misiune”. Oricum, obiectivele trebuie să determine mult mai mult decât simpla reacție a consumatorilor.

Noțiunea de promovare include toate activitățile de marketing menite a stimula și crea cererea, prin comunicațiile informative și persuasive ale întreprinderii cu piața.

Promovarea este alcătuită din patru tipuri de activități: publicitatea, vânzarea prin eforturi personale, activitățile specializate de promovare și relațiile publice.

Publicitatea este un complex de activități prin care un mesaj cu semnificație comercială privind un produs, serviciu sau o firmă este prezentat publicului prin presă, radio, televiziune, video, afișe, cinematograf sau prin poștă.

Ierarhia efectelor publicității implică, la cel mai înalt nivel, crearea loialității față de marcă, fiecare stagiul reprezentând modul în care trebuie să se progreseze.

Publicitatea reprezintă o cheltuială financiară. Este un mod de a cheltui banii corporației și, în termeni financiari, nu este cu nimic mai diferit decât alte modalități de a cheltui banii firmei. Organizația acceptă cheltuiuala, deoarece pe baza ei va primi ceva în schimb. Deci ea judecă această cheltuială în termenii ei și ai valorii rezultatului⁴.

¹ Balaure V. (coord.), Marketing, Editura Uranus, București, 2000, p.29

² Nicolescu, C., Puiu, O., Morozan, C., Moarcăș, 2000, Tehnici Promoționale, Editura Independența Economică, Pitești, p.7

³ Farbey, A.D., Publicitate eficientă – noțiuni fundamentale, Editura Niculescu, 2005, p.7

⁴ Farbey, A.D., Publicitate eficientă – noțiuni fundamentale, Editura Niculescu, 2005, p.144

Vânzarea prin eforturi personale presupune contactul direct, individualizat, prin care o persoană încearcă să determine pe cumpărătorii potențiali să cumpere anumite bunuri sau servicii.

Activitățile specializate de promovare cuprind activități de marketing care contribuie la stimularea vânzărilor, cum sunt: concursul, cuponul, demonstrația, eșantionul, premiul, restituirea produsului, reducerea promoțională a prețului, timbrele comerciale, etalarea la punctul de vânzare, evidențierea promoțională a produselor, târgurile și expozițiile.

Relațiile publice reprezintă activitatea menită să creeze printre oameni o stare de spirit favorabilă unei întreprinderi sau activitatea de a transmite, prin mijloacele existente de comunicare, ceea ce întreprinderile spun despre ele însele.

Scopurile promovării sunt următoarele: diseminarea ideilor; influențarea și convingerea consumatorilor; ridicarea eficienței competitive a eforturilor de marketing pentru cucerirea unui segment al pieței.

Un produs bun, un canal adecvat și un preț corespunzător nu asigură succesul de marketing dacă programul eforturilor întreprinderii nu cuprinde și o puternică promovare.

CAPITOLUL II

FUNDAMENTAREA MIXULUI DE MARKETING AL S.C. RCS&RDS S.A.

2.1. Prezentarea generală a S.C. RCS&RDS S.A.

RCS & RDS reprezintă un important operator de servicii de telecomunicații din România.

Societatea comercială RCS & RDS S.A are sediul în Municipiul București, str. Dr. Staicovici, nr.75, iar obiectul său de activitate este cel de activități de telecomunicații prin rețele de cablu.

Romanian Data Soft, înființată în 1992, cu capital mixt: romano-francez, a reușit să se impună ca unul dintre furnizorii importanți în dezvoltarea de sisteme informatice, bazate pe aplicații de gestiune, Internet / Intranet, Comunicații și E-Business.

Romanian Cable Systems (RCS) a fost înființată în 1994.

Doi ani mai târziu, grupul RCS s-a consolidat și a fost pregătit pentru noi investiții.

În 1998 s-a înființat Romania Data Systems (RDS), companie ce aparținea grupului și care este specializată în transmisii de date și Internet; în prezent lider al pieței de profil din România.

În aprilie 2000 este inițiat proiectul de construire a unei rețele naționale de fibră optică de mare capacitate (4.200 km), care a devenit între timp funcțională la nivel național și metropolitan, în cele mai importante orașe din țară.

Aprilie 2002 este momentul în care grupul RCS & RDS achiziționează primul operator de servicii Internet, TotalNet.

În 20 iulie 2009, compania de cablu RCS&RDS a lansat oficial televiziunile sportive Digi Sport și Digi Sport 2.

În luna iunie 2010 a fost lansată tehnologia HD pe cablu.

În septembrie 2010 operatorul avea 2,1 milioane de abonați de cablu digital și analogic. Pe când la finalul lui 2009, compania avea 1,1 milioane de clienți de televiziune digitală prin satelit. Ceea ce înseamnă că este vorba de o evoluție spectaculoasă a acestei societăți comerciale.

RCS&RDS a înființat în decembrie 2010 postul de televiziune generalist 10TV.

În luna martie 2011 compania a lansat postul Digi Film, iar în luna iunie 2011 a fost lansat la compania RCS&RDS postul Digi Sport 3. În martie 2012 a fost lansat și Digi Sport 2 HD.

În luna martie 2012 s-a lansat prima televiziune de știri Full HD Știri aduse de jurnaliști de elită.

La începutul lunii iunie 2012 RCS&RDS lansează un serviciu care, prin intermediul unei aplicații software gratuite, permite convorbiri nelimitate prin Internet către orice destinație, oricărui utilizator.

Serviciul se numește Digi Oriunde. Aplicația software este disponibilă pentru terminalele care rulează pe Android, iOS (Apple) și Microsoft Windows Mobile, astfel încât orice utilizator, indiferent de rețeaua în care se află, dacă are acces la Internet pe smartphone din orice rețea, poate comunica nelimitat cu orice alt utilizator al aplicației.

2.2. Mixul de marketing al companiei RCS&RDS

Orice mix de marketing se elaborează pornind de la exigențele mediului în care funcționează societatea, de la oportunitățile și pericolele identificate în acest mediu, în corelație cu punctele forte și punctele slabe ale acesteia.

Produsele pe seama cărora societatea trebuie să se diversifice și să-și ridice cota de piață sunt cele ale căror cerere se află în creștere ca urmare a caracteristicilor tehnico-funcționale și comerciale pe care le posedă.

În concordanță cu opțiunile strategice ale RCS&RDS, intensificarea activităților de promovare a produselor companiei poate contribui în mod hotărâtor la îmbunătățirea cifrei de afaceri a societății.

Utilizarea mixului de marketing (produs, preț, promovare, distribuție, politica), reprezintă în termeni reali, o strategie comercială pe care RCS&RDS o poate adopta în scopul creșterii cifrei de afaceri pe termen mediu și lung.

2.2.1. Politica de produs

Produsul reprezintă de fapt, nucleul central al oricărei politici de marketing; prin intermediul produsului întreprinderea/firma poate acționa și influența piața pe care își desfășoară activitatea.

Unul din obiectivele fundamentale ale politicii de produs urmărite în activitatea comercială a firmei îl reprezintă creșterea cifrei de afaceri dar și maximizarea profitului. Totuși în cadrul RCS&RDS nu se caută numai partea financiară ci și atragerea unui număr cât mai mare de clienți încercându-se apropierea de ei oferindu-le o încredere care nu se găsește la alte companii.

Un alt obiectiv al politicii de produs constă în asigurarea unei stabilități ridicate prin care se fidelizează clientela și se încearcă introducerea serviciilor și produselor existente pe piețele și segmentele de piață noi. Linia de produse existente nu ar trebui modificată prin renunțarea la produse ci doar prin adăugarea altor produse noi.

Oferta companiei RCS&RDS nu se reduce la un singur produs sau la un singur serviciu oferit, ea este alcătuită din mai multe produse, care alcătuiesc gama de produse și servicii a companiei.

În cazul societății RCS&RDS aceasta adoptă o strategie de înnoire a produselor. Introduce produse noi pe piață pentru castigarea de noi segmente de cumpărători.

Figura nr.2.3 – Televiziunea RCS&RDS

The screenshot displays the RCS & RDS website with a navigation menu at the top: HOME, TELEVIZIUNE, INTERNET, TELEFONIE FIXA, and TELEFONIE MOBILA. The main content area is divided into several columns:

- Digi TV C** (left sidebar):
 - Pachete
 - Digi TV C
 - Digi TV C
 - Digi TV S
 - Program T
- TV analogica prin cablu**:
 - Baza
 - Program TV
- TV digitala prin cablu**:
 - Baza Digital
 - Extra Digital
 - Digi Film**
 - Extraoptiuni
 - Program TV
- TV digitala prin satelit**:
 - Popular
 - Extra 2 Popular
 - Baza
 - Extra 2
 - Extra 1
 - Extra Complet
 - Digi Film**
 - Extraoptiuni
 - Activeaza-ti cartela
 - Beneficii TV Satelit
 - Program TV
- Televiziune prin cablu HD**:
 - Televiziune Pay-per-View**
 - Continut TV**
 - Digi Sport
 - Digi Film
 - Digi World
 - Digi Life
 - Digi24
 - UTV

Sursa: <http://www.rcs-rds.ro/televiziune-digi-tv/cablu-analogic>

După cum putem observa din imaginea de mai sus, televiziunea prin cablu oferită de către companie este mult diversificată, astfel aceasta prezintă clienților săi diverse variante în funcție de necesitățile fiecăruia:

- TV analogică prin cablu
- TV digitală prin cablu
- TV digitală prin satelit
- Televiziune prin cablu HD
- Televiziune Pay-per-View

Fiecare dintre aceste variante prezintă o mulțime de extra opțiuni și posibilități.

Figura nr.2.4 – Televiziune prin cablu

The screenshot displays the RCS & RDS website with a navigation menu at the top: HOME, TELEVIZIUNE, INTERNET, TELEFONIE FIXA, and TELEFONIE MOBILA. The main content area is divided into several sections:

- Digi TV Cablu** (left sidebar):
 - Pachete si Grila de programe
 - Digi TV Cablu Digital
 - Digi TV Cablu HD
 - Digi TV Satelit
 - Program TV
- PACHETE SI GRILA PROGRAME**:
 - Pachete de Baza
 - Baza
- ACOPERIRE**:
 - Digi TV Cablu

The central image shows a family of four (two adults and two children) sitting on a sofa, watching a television. The television screen displays a map of Romania with the Digi TV logo overlaid on it.

Sursa: <http://www.rcs-rds.ro/televiziune-digi-tv/cablu-analogic>

Așa cum putem observa și mai sus, fiecare variantă oferită prezintă diverse pachete și grile de programe specifice fiecărui tip de client în parte.

De asemenea, compania RCS&RDS a adăugat treptat și servicii de internet și telefonie.

Înainte ca internetul să fie introduse pe piață a fost necesar ca acestea să urmeze aceleași etape parcurse de orice serviciu care se dorește a fi lansat. Dintre acestea vom prezenta doar pe cele mai importante, cele în care strategia de marketing a avut un rol foarte important:

1. concretizarea serviciilor de internet și telefonie sub forma unor prototipuri;
2. verificarea acestora prin testarea utilizării lor în consum;
3. perfecționarea constructivă tehnică, punerea la punct a noilor servicii și a procesului de transmitere, adică construirea rețelei;
4. testele de piață;
5. lansarea în producție și pe piață;
6. urmărirea serviciilor în consum.

La început serviciile de internet au fost concepute sub forma unor pachete numite „Cablelink 1” și pachetul „Cablelink 2”. Pachetul „Cablelink 1” prezenta internet Standard cu pana la 3 Mbps, viteză de download, iar pachetul „Cablelink 2” internet Plus cu pana la 5 Mbps, viteză de download.

De asemenea, compania a creat și pachetul Fiberlink care este împărțit în Digi Net Fiberlink 1 și Digi Net Fiberlink 2.

Alături, de acestea compania RCS&RDS a creat o serie de servicii de internet: Digi Net Cablelink, Digi Net Mobil, Digi Wi-Fi și Digi Live.

Figura nr.2.5 – Internet RCS&RDS

The screenshot displays the RCS & RDS website interface. At the top, the logo 'RCS & RDS' is prominent in blue. Below it, a navigation bar includes links for 'HOME', 'TELEVIZIUNE', 'INTERNET', 'TELEFONIE FIXA', and 'TELEFONIE MOBILA'. On the right side of the navigation bar, there are links for 'Alte servicii', 'Promotii', 'Abonare', 'Contul Meu', and 'Asistenta'.

The main content area is divided into several sections:

- Digi Net Fiberlink:** A sidebar menu listing various services: 'Pachete Fiberlink', 'Digi Net Cablelink', 'Digi Net Mobil', 'Digi Wi-Fi', 'Digi Live', 'Email Anywhere', 'Testeaza-ti viteza!', 'IPv6', and 'Protejeaza-ti calculatorul'.
- PACHETE:** A section titled 'PACHETE' with a dropdown menu showing 'Digi Net Fiberlink 1' and 'Digi Net Fiberlink 2'. Below the text is a graphic of blue gears and arrows.
- OFERTE REGIONALE:** A section titled 'OFERTE REGIONALE' with a dropdown menu showing 'Digi Net Cablelink'. Below the text is a photograph of a row of houses.
- ACOPERIRE DIGI NET FIBERLINK:** A section titled 'ACOPERIRE DIGI NET FIBERLINK' with a dropdown menu showing 'Acoperire'. Below the text is a green map of Romania with the 'DIGI net' logo overlaid.

Sursa: <http://www.rcs-rds.ro/internet-digi-net/fiberlink>

Serviciul Digi Net Mobil este de două feluri: Digi Net Mobil prin modem USB și pe telefonul mobil.

Figura nr.2.6 – Digi Net Mobil prin modem USB

Sursa: <http://www.rcs-rds.ro/internet-digi-net/mobil/prin-modem-usb>

La abonament de internet de mare viteză prin fibra optică sau prin cablu Fiberlink 2 sau Cablelink 2, de până la 100 Mbps și de 39 de lei (inclusiv TVA), compania oferă GRATUIT internet mobil cu:

- viteze de transfer de până la 7,2 Mbps
- trafic nelimitat
- promoțional, un modem USB cu discount de 100% al chiriei lunare

Figura nr.2.7 - Digi Net Mobil pe telefonul mobil

Sursa: <http://www.rcs-rds.ro/internet-digi-net/mobil/pachete>

Se poate folosi orice terminal care are încorporat un modem de date 3G.

Digi Net Mobil 4 Asociat - internet mobil pe telefoanele mobile, este gratuit pentru abonații la internet fix și telefonie

RCS&RDS a testat și un sistem alternativ cu circa 200 de familii care au avut acces la Internet prin intermediul televizorului și al unui echipament special de conectare. Proiectul pilot s-a desfășurat pe durata a șase luni, timp în care compania a verificat dacă există interes pentru acest serviciu și cât sunt dispuși să plătească utilizatorii pentru acesta.

Pe baza informațiilor obținute cu ajutorul acestui proiect, RCS&RDS a construit strategia de lansare a internetului în anul 2001.

Lansarea a fost un succes și a determinat compania să instrumenteze strategia de lansare a Internetului și în rețelele medii.

Compania de comunicații prin cablu RCS&RDS a lansat un ghid educativ pentru părinți și copii, despre navigarea în siguranță pe Internet în luna februarie 2011.

Inițiativa vine în urma celei de-a cincea ediții a Zilei Siguranței pe Internet. Documentul este realizat în colaborare cu rețeaua europeană "INSAFE- European Internet Safety Network" și cofinanțat de Uniunea Europeană.

Ghidul cuprinde:

- sfaturi detaliate de utilizare în siguranță a Internetului, pentru părinți;
- carte de activități practice pentru copiii între 6 și 12 ani;
- grile de testare a cunoștințelor despre Internet.

În 2003 grupul lansează serviciul de telefonie RDS.Tel, care permite apelarea (prin voce sau fax) a unor destinații internaționale.

Acest serviciu a avut un real succes deoarece oferta constă în gratuitate în rețea, gratuitate la telefonul propriu-zis precum și la adăugarea acestui serviciu dacă mai deține încă unul de la noi, fie cablu, fie internet.

Serviciul acesta concurea la momentul respectiv cu firma prestatoare de servicii de telefonie fixa Romtelecom pe întreaga țară și alte firme mici de telefonie fixă pe plan local.

RCS&RDS oferă clienților săi două produse de telefonie fixă:

- Digi Tel Național
- Digi Tel în Familie

Figura nr.2.8 – Digi Tel

HOME TELEVIZIUNE INTERNET TELEFONIE FIXA TELEFONIE MOBILA Alte servicii Tombola Digi Abonare Contul Meu Asistența

Digi Tel

- Digi Tel Național
- Digi Tel In Familie
- Servicii Optionale
- Calculatoare tarife convorbiri

50% REDUCERE

Tăiem tarifele la jumătate

Convorbiri naționale cu 50% mai ieftine!
către național fix și mobil

PACHETE	SERVICII OPTIONALE	ASISTENȚA CLIENTI
<ul style="list-style-type: none"> ▶ Digi Tel Național ▶ Digi Tel In Familie 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Numere Preferentiale ▶ CLIP/CLIR ▶ CALL BARRING ▶ CALL FORWARD ▶ CALL ON HOLD ▶ CALL TRANSFER 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Portabilitate ▶ Intrebări frecvente ▶ Abonare ▶ Modalități de plată ▶ Lista prefixe țări și județe din România

Sursa: <http://www.rcs-rds.ro/telefonie-fixa-digi-tel>

Cu *Digi Tel Național* clienții companiei pot vorbi nelimitat în toată România, aceștia primesc convorbiri nelimitate în toate rețelele fixe din România, în cel mai mic abonament, de numai 2.48 euro lunar (TVA inclus).

Digi Tel In Familie, cu acest produs, clienții pot vorbi oricând și oricât în rețeaua fixă și mobilă Digi, cu numai 1.24 euro lunar.

Serviciul de Digi mobil la început nu avea acoperirea extinsă, însă pe parcurs au reușit să ridice mai multe site-uri 3G ca să existe semnal la telefon în mai multe zone ale țării. Aceasta extindere are loc și în prezent.

Figura nr.2.9 – Digi Mobil

HOME TELEVIZIUNE INTERNET TELEFONIE FIXA TELEFONIE MOBILA Alte servicii Tombola Digi Abonare Contul Meu Asistența

Digi Mobil

Pachete

Servicii Optionale

Calculator tarife convorbiri

Digi Mobil Prepaid

Digi Net Mobil

Digi Mobil Spania

Digi Mobil Italia

50% REDUCERE

Tăiem tarifele la jumătate

Convorbiri naționale cu 50% mai ieftine!
către național fix și mobil

PACHETE

- Digi Mobil Plus
- Digi Mobil în Familie

ACOPERIRE

- Acoperire Digi Mobil

SERVICII OPTIONALE

- Cost Control
- Casuta Vocala
- Apel Video
- Roaming
- Digi Oriunde

Sursa: <http://www.rcs-rds.ro/telefonie-mobila-digi-mobil>

RCS&RDS oferă clienților săi două produse de telefonie mobilă:

- Digi Mobil Pachete (Digi Mobil Plus și Digi Mobil în Familie)
- Digi Mobil Prepaid
- Digi Net Mobil
- Digi Mobil Spania
- Digi Mobil Italia

Cu *Digi Mobil Plus* clienții au posibilități nelimitate de comunicare, astfel cu 2.48 euro, TVA inclus, comunică nelimitat în rețea, pe fix și pe mobil și au cu 50% mai multe convorbiri către alte rețele naționale fixe și mobile.

În prezent se testează un nou serviciu de internet care se numește IPv6.

Noul protocol de acces la internet oferă următoarele avantaje:

- gestionare simplificată a adreselor
- autoconfigurarea ușoară a acestora
- rutare optimizată
- o mai bună securizare a datelor transmise

Protocolul de internet (IP) este limbajul utilizat de computere pentru a comunica între ele pe internet folosind adrese IP. Acesta funcționează asemenea numerelor de telefon, care ne permit să conectăm un telefon la un altul. IPv6 este noua versiune a protocolului de internet.

Sunt folosite aproape toate adresele utilizate de versiunea actuală a protocolului internet, IPv4. IPv6 este esențial pentru sănătatea și accesibilitatea internetului. Permițând tuturor dispozitivelor dintr-o rețea să comunice între ele în mod direct, IPv6 va aduce inovații și va permite internetului să se dezvolte tot mai mult.

Pentru acest nou serviciu este nevoie de un dispozitiv care se montează la fiecare client care dorește să-l testeze.

Ca strategie de produs, societatea RCS&RDS a ales:

- în funcție de gradul de înnoire a produselor și serviciilor o strategie de perfecționare a acestora, care presupune o îmbunătățire permanentă a parametrilor calitativi ai serviciilor din gama prezentă deja pe piață;
- în funcție de dimensiunile gamei de servicii societatea a ales strategia de selecție sau restrângere sortimentală, urmând a renunța treptat la serviciile uzate moral și la cele aflate în declin;
- în funcție de nivelul calitativ, se alege strategia de stabilitate calitativă, pentru a se păstra standardul calității cu care toți clienții societății sunt obișnuiți;
- în funcție de scopul urmărit societatea a ales o strategie de productivitate, care urmărește îmbunătățirea permanentă a serviciilor oferite;

- în funcție de căile de menținere pe piață, societatea a ales o strategie de adaptare prin ameliorarea serviciilor conform așteptărilor consumatorilor.

Politica de produs a fost continuu îmbunătățită.

2.2.2. Politica de preț

Un alt domeniu care consider că trebuie dezvoltat este politica de preț a firmei. Obiectivele politicii de preț a firmei sunt atât obiective cu caracter general cât și obiective concrete, acestea fiind dictate de mediul și factorii externi care pot fi controlați în foarte mică măsură. Acțiunea negativă a acestor factori poate fi contracarată doar prin aplicarea cu consecvență a acestor politici de preț.

Lărgirea clientelei cu ajutorul factorului preț este destul de importantă, deoarece traversăm o perioadă de transformări, de criză financiară globală care persistă încă de formare incipientă a unei piețe bazate pe disciplină, liberă inițiativă și concurență loială, iar cumpărătorii sunt sensibili la preț.

Obiectivele politicii de preț se află în strânsă corelație cu cele ale politicii de produs, de comunicare și promovare, de distribuție.

Astfel pentru penetrarea pe piața se utilizează prețuri reduse pentru anumite produse, în corelație cu promoții ale produselor respective, cu publicitate, concursuri și convingerea clientului de către agenții firmei.

Prețurile sunt în mare măsură dictate de concurență și de costurile pe care și le permite RCS&RDS. Totuși RCS&RDS a reușit să se impună pe piață datorită unor produse care au cea mai bună calitate pe piață adică oferă produse și servicii care sunt eligibile raportului ofertă/preț.

Principalele tehnici utilizate în strategiile de preț de către RCS&RDS sunt reducerile temporare de preț care sunt în funcție de caracteristicile demografice și socio-profesionale ale clientului (veterani de război și pensionari), practicarea unor prețuri scăzute de penetrare și reducerea primelor luni ale abonamentului la toate serviciile oferite.

Ofertele speciale se află printre principalele strategii pe termen scurt pe care RCS&RDS le folosește. Astfel clienților li se oferă prima lună gratuită pentru serviciul de Internet, iar pentru serviciul de Telefonie abonamentul gratuit în luna instalării.

Această strategie este prezentă și prin reducerile excepționale de preț pe care RCS le oferă: 50% reducere pentru orice tip de abonament de televiziune, internet și telefonie pentru primele 3 luni de la data încheierii contractului.

O altă strategie de preț pe care o aplică compania RDS& RCS în momentul de față este o reducere de 50% pentru oricare dintre serviciile Digi nou contractate.

Figura nr.2.10 – Reduceri de preț

The image shows a promotional banner for RCS & RDS. At the top, the logo 'RCS & RDS' is displayed in blue. Below it, a navigation menu includes 'HOME', 'TELEVIZIUNE', 'INTERNET', 'TELEFONIE FIXA', 'TELEFONIE MOBILA', and 'Alte servicii Promotii Abonare Contul Meu Asistenta'. A search bar is located on the right. The main banner has a blue background with several Digi service logos (Digi Sport, Digi Film, Digi World, Digi 24, Digi Family) on the left. On the right, the text reads '100% DIVERTISMENT PRIVEȘTI NAVIGHEZI VORBEȘTI'. A red tag with a white border says 'REDUCERE -50%' and 'La abonament primele 6 luni'. At the bottom of the banner, the Digi logo is present with the tagline 'Digi PENTRU FAMILIA TA'.

Aboneaza-te pana la 30 iunie si primești 50% reducere¹ pentru oricare dintre serviciile Digi nou contractate.

Sursa: <http://www.rcs-rds.ro/promotii>

Reducerea de 50% pentru abonamentele Digi se aplica în primele 6 luni de contract iar în cazul serviciului de televiziune prin cablu se poate aplica în primele 12 luni de contract.

Pentru clienții fideli care încheie un contract pe durata de minim 2 ani pentru unul din cele trei servicii, vor avea reducere 20% la valoarea abonamentului pentru care s-a încheiat contractul.

RCS&RDS a dezvoltat tot la nivelul prețului o strategie prin care serviciile sale devin accesibile și unor categorii sociale cu venituri reduse. Clienți care în alte condiții nu și-ar fi putut permite aceste servicii au acum posibilitatea să beneficieze de oferta de programe RCS&RDS la tarife mai mici cu până la 20%.

RCS&RDS a lansat, în luna decembrie 2007, o ofertă de pachete de servicii adresată IMM-urilor care includ internet de mare viteză de până la 24 Mbps, telefonie fixă cu minute incluse, email și servicii de televiziune.

Serviciile pot fi achiziționate individual sau la pachet, iar reducerea de preț la împachetare ajunge până la 20%. Pentru companiile mari, oferta poate fi adaptată la nevoile de comunicare ale acestora.

Vânzările grupate (asortate) reprezintă ansamblul de tehnici promoționale ce vizează vânzarea simultană sau succesivă a două sau mai multe produse la un preț global inferior celui rezultat prin însumarea prețurilor individuale.

Ca exemple concrete sunt 2 pachete asortate:

- serviciul de televiziune cu cel de telefonie
- serviciul de internet cu telefonie:

Dacă există contract pentru televiziune prin cablu sau satelit la o adresă se poate solicita în mod gratuit serviciul de telefonie fixă sau mobilă la aceeași adresă.

Dacă există contract pentru internet cablelink 2 sau fiberlink 2 la o adresă se poate solicita în mod gratuit serviciul de telefonie fixă sau mobilă

În ambele cazuri dacă se doresc contracte separate atunci rămâne abonamentul inițial (cablu sau internet) și se mai adăuga lunar abonamentul la telefonie de 2 sau 3 euro. Trebuie specificat ca se oferă ca gratuitate doar abonamentul deoarece convorbirile neincluse în abonament se plătesc.

2.2.3. Politica de distribuție

Obiectivele distribuției sunt acoperirea unui segment de piață cât mai mare pentru a avea o strânsă legătură cu potențialii clienți ai pieței.

Această distribuție se realizează prin consultanții care merg la firme și fac prezentări despre serviciile RCS&RDS.

Însă pe partea de persoane fizice se lucrează mult pe activitatea de piață caldă adică prin recomandare care se face fie de la prieteni fie de la rude sau fie de la clienți mulțumiți, iar pe piața rece se merge pur și simplu la persoane însă se lucrează foarte puțin pe această piață.

Segmentele de piață pe care se lucrează sunt persoane cu vârsta minimă de 18 ani care să fie interesate de aceste produse.

În cazul distribuitorilor se urmăresc: stimularea comenzilor, menținerea și dezvoltarea fidelității, sporirea eficacității vânzărilor, sporirea accesibilității produsului, dezvoltarea notorietății.

Principalul canal de distribuție a serviciilor RCS&RDS se manifestă cu ajutorul agenților de vânzări coordonați de către departamentul de marketing și vânzări. Agenții de teren folosesc liste centralizate în urma activității de telemarketing sau după listele de abonați ai firmei, desfășurându-și și organizându-și activitatea pe teren după o a doua centralizare, a clienților sau posibililor clienți, în funcție de străzile, adică domiciliul clienților.

Serviciile RCS&RDS sunt promovate și în afara centrelor de relații cu clienții de către operatorii de teren, care interacționează cu clienții atunci când aceștia sunt solicitați pentru defecțiuni tehnice sau instalări.

Un alt canal de distribuție pentru clienți existenți sau cei potențiali este cel al departamentului de relații clienți prin telefon unde se pot solicita informații cu privire la oferta fiecărui serviciu furnizat de către companie.

2.2.4. Politica de promovare

Promovarea reprezintă pentru RCS&RDS acea parte a procesului de comunicare a companiei prin care aceasta încearcă să influențeze comportamentul clienților săi actuali și potențiali în vederea obținerii unor rezultate cât mai bune pe o perioadă cât mai lungă de timp.

Politica de promovare a RCS&RDS își propune să vândă serviciile sale cat mai multor utilizatori, să îi fidelizeze pe cei deja existenți, dar și să atragă alți potențiali clienți.

Tehnicile promoționale utilizate de RCS&RDS sunt:

Publicitatea

Tema centrală a publicității realizate de compania RCS&RDS pentru produsele și serviciile sale este menită să inspire consumatorilor ideea că această societate *nu este doar o marcă, ci un simbol al tradiției*, mai mult chiar un membru al familiei.

RCS&RDS folosește majoritatea formelor de publicitate existente în cadrul instrumentarului de promovare.

● Publicitatea prin televiziune

Publicitatea cu ajutorul televiziunii are avantajul combinării imaginii în mișcare cu sunetul și a unei largi audiențe.

Derularea campaniilor publicitare TV se realizează prin cele mai importante posturi TV naționale (PRO TV, Antena 1, Prima TV, Kanal D), evitându-se posturile locale de televiziune ce nu au posibilitatea de a-și măsura audiența sau cele puțin consacrate.

● Publicitate prin radio

Radioul ca urmare a utilității lui în masă, constituie un alt mediu de publicitate care acoperă în mod rapid și cu regularitate cea mai mare parte a publicului.

Posturile de radio prin intermediul cărora RCS&RDS își face cunoscute produsele sunt: România Actualității, Radio Contact, Radio 21, Radio Star etc. Reclamele cu produsele RCS&RDS sunt auzite periodic la aceste posturi de radio în intervalele orare: 9,00-10,00 și 14,00-15,00.

Această formă de publicitate este mult mai avantajoasă decât publicitatea TV datorită numărului mare de ascultători și costurilor mult mai scăzute.

● Presa

Presa scrisa, are o foarte largă răspândire și este suportul cel mai utilizat pentru transmiterea informațiilor publicitare. După frecvența aparițiilor distingem: presa cotidiană și presa periodică.

Presa cotidiană este adesea folosită ca instrument de promovare de RCS&RDS prin reclamele din ziarele zonale cele mai cunoscute. Acest tip de publicitate se adresează tuturor categoriilor de clienți, iar apariția reclamelor se face frecvent pentru ca cititorii să înregistreze mesajul transmis.

Publicitatea prin intermediul presei locale conferă imaginii RCS&RDS următoarele avantaje:

- flexibilitatea;
- prestigiul de care se bucură ziarele locale prin intermediul cărora RCS&RDS își transmite mesajele clienților;
- natura mesajului transmis nu se referă la aspecte majore legate de existența RCS&RDS sau dezvoltarea acesteia ci doar promovează serviciile de care dispune sau promovarea brand-ului;
- zona de difuzare a cotidianului acoperă zona de interes a RCS&RDS-ului.

Presa periodică, oferă posibilități variate de vehiculare a mesajelor publicitare asigurând totodată și o selectivitate socio-profesională a mesajului transmis, o receptivitate sporită a

destinatarului vizat și mai mult decât atât, ea asigură o calitate superioară a reproducerilor și utilizării colorilor, care vor permite o mai bună scoatere în evidență a mesajelor.

Uneori RCS&RDS folosește și acest gen de publicitate datorită următoarelor avantaje pe care aceasta le oferă:

- lectura publicațiilor este mai aprofundată, motiv pentru care anunțul publicitar este mai amplu;

- se adresează unor segmente caracteristice de populații: categorii profesionale, femei, copii, preșcolari, școlari etc. – de exemplu RCS&RDS a introdus în revista pentru femei „Ioana” reclama postului de televiziune, dedicat femeilor, Euforia TV însoțită de un mesaj publicitar;

- calitatea reproducerilor este de regulă superioară putând fi utilizate atât culorile specifice brandului RCS&RDS cât și imaginea acestuia care este denumirea firmei RCS&RDS.

Datorită faptului că radioul acoperă în mod rapid, cu regularitate cea mai mare parte a publicului, RCS&RDS își întărește imaginea sa și a serviciilor sale și prin reclamele difuzate frecvent la diferite ore pe tot parcursul zilei prin posturile de radio locale sau naționale.

Datorită dezavantajelor pe care le prezintă atât presa scrisă cât și radioul RCS&RDS apelează cel mai des la tehnica audio-vizualului care s-a dezvoltat din ce în ce mai mult în ultimii ani.

Televiziunea, fie ea publică sau privată, oferă o multitudine de avantaje: are cea mai mare și mai rapidă expansiune combinând imaginea cu sunetul, cu mișcarea, fiind atractivă, stimulând simțurile.

RCS&RDS a apelat la toate formele de publicitate pentru a transmite informații despre serviciile sale sau despre firma. În general afișele urmăresc consolidarea imaginii, a brand-ului sau transmit informații în legătura cu serviciile de televiziune, internet și telefonie sau în legătură cu ofertele speciale.

- Publicitatea prin tipărituri

Panourile publicitare sunt prezentate cu sigla RCS&RDS însoțită de un mesaj publicitar sau pur și simplu de sloganul: Digi pentru familia ta.

Insemnele luminoase prezintă diferite imagini ce oferă informații legate de calitatea televiziunii, internetului și telefoniei, ofertele speciale sau orice alt element nou apărut cu privire la aceste servicii.

Publicitatea pe vehicule care aparțin firmei RCS&RDS se face tot cu ajutorul siglei RCS&RDS însoțit de adresa de internet a firmei și numărul de telefon pentru relații cu clienții. Faptul că aceste vehicule pot apărea în trafic foarte des pe timpul zilei, deoarece ele se deplasează, atât pentru cablarea noilor clienți cât și pentru rezolvarea diverselor probleme tehnice, la domiciliul clienților, acest tip de publicitate este foarte eficient și avantajos.

Adresa de internet, numărul de telefon destinat relațiilor cu clienții, adresa sediului central al firmei sunt câteva elemente care pot să apară alături de imaginile publicitare de pe afișe. Culorile cel mai des folosite sunt albastrul deschis, deoarece este culoarea siglei RCS&RDS sau albul care să atragă atenția și să transmită ideea de energie.

Dintre avantajele acestui tip de publicitate enumerăm: costul scăzut comparativ cu celelalte mijloace de publicitate, durata medie a expunerii și flexibilitatea ridicată deoarece afișele pot fi oricând modificate în funcție de schimbările intervenite în structura ofertei. Dezavantajele sunt date de timpul redus de vizualizare de către trecători, chiar dacă acestea sunt amplasate în aglomerări urbane unde există o circulație intensă, și unele restricții legale referitoare în special la amplasare și la conținut.

Cu privire la informații referitoare la activitatea RCS&RDS, evoluția firmei, serviciile oferite, obiectivele viitoare ale firmei, RCS&RDS tipărește diferite materiale: cataloage, pliante, broșuri, agende, calendare etc.

Pliantele sunt cele mai folosite, ele se găsesc în incinta tuturor casieriiilor pe suporturi speciale, la vederea clienților și cuprind principalele informații despre servicii cu privire la preț, oferte speciale, sistem de facturare etc.

- Publicitate online

Compania RCS&RDS are un site foarte bine pus la punct, adresa fiind <http://www.rcs-rds.ro/>.

Pe pagina de internet a companiei putem găsi toate informațiile de care avem nevoie. Astfel, site-ul este foarte bine structurat.

Figura nr.2.11 – Site-ul RCS&RDS

Sursa: <http://www.rcs-rds.ro/>

Publicitatea prin e-mail este un alt instrument folosit de RCS&RDS atât pentru promovarea serviciilor cât și pentru informarea clienților privind noutăți, modificări și evenimente ce au loc în cadrul companiei.

Site-ul are o grafică deosebită, informațiile sunt clar prezentate, iar accesul de pe o pagină pe alta se face extrem de ușor.

Navigarea pe pagina de internet a companiei este una plăcută, dar în același timp foarte ușoară și utilă, astfel clientul poate găsi foarte ușor informațiile de care are nevoie.

Site-ul RCS&RDS oferă clienților posibilitatea de a se informa rapid și eficient în legătura cu defecțiunile tehnice, situația plăților, modalitățile de plată și toate detaliile referitoare la serviciile de televiziune, internet și telefonie.

Figura nr. 2.12 – Rubrica Asistenta

Sursa: <http://www.rcs-rds.ro/asistenta>

De asemenea pentru RCS&RDS este important să comunice cu clienții săi oferindu-le posibilitatea de a formula prin intermediul site-ului întrebări, comentarii și sugestii accesând rubrica Asistenta.

- **Relații publice**

RCS&RDS apelează pentru promovarea produselor și serviciilor sale la diverse metode și tehnici promoționale.

Alături de cele prezentate mai sus, RCS&RDS își prezintă produsele și serviciile și prin intermediul reclamelor de televiziune, la radio, dar și în presă și prin comunicatele de presă pe care le face.

RCS&RDS își propune prin politica de relații publice adaptată la nivel de companie să sprijine întreaga activitate de marketing.

Scopul dedicat al politicii de relații publice în cadrul organizației este întărirea imaginii RCS&RDS

Relațiile publice construite în cadrul RCS&RDS nu își propun să creeze o imagine favorabilă care nu se bazează pe fapte concrete ci acționează în sensul construirii unei imagini favorabile.

Suportul media utilizat în politica de relații publice cuprinde:

1. organizează seminarii și ateliere de lucru în scop informativ și demonstrativ în orașe unde se prezintă diferite servicii și produse

2. derulează acțiuni de sponsorizare destinate promovării imaginii companiei; în aceasta categorie intră sponsorizarea unei echipe feminine de baschet, sponsorizarea unor așezăminte monahale precum și a unor evenimente organizate de instituții de învățământ

4. participarea la târguri și expoziții de profil și nu numai

5. organizarea de conferință de presă atât cu lansarea de noi servicii dar și cu ocazia unor evenimente importante pentru companie;

6. participarea la emisiuni radio/TV dedicate dezbaterii unor teme legate de serviciile oferite;
 7. organizarea unor întâlniri de lucru cu operatorii de la Call Center pentru a stabili cu cod de conduită în relația cu clienții.

Strategia de publicitate adoptată va trebui să se evidențieze prin originalitate și prin simplitate.

Prin bugetul de publicitate se va încerca acoperirea unui segment cât mai mare din media locală și/sau națională. Pentru îndeplinirea acestui obiectiv se va urmări realizarea de contracte publicitare atât în mass – media tipărită cât și în cea audio – vizuală.

- Forțele de vânzare

Cu toată importanța pe care o au publicitatea și promovarea vânzarilor, în răspândirea informațiilor și în stimularea interesului pentru produsele și serviciile RCS&RDS, există numeroase situații care impun contactul personal pentru efectuarea unei vânzări.

Funcția vânzării personale este aceea de a oferi motivații specifice pe care alte forme de promovare nu le pot oferi la nivel individual.

Organizarea și conducerea forței de vânzare în cadrul firmei RCS&RDS presupune mai multe decizii cum sunt:

- stabilirea obiectivelor;
- determinarea strategiei, structurii, mărimii și modului de retribuire;
- recrutarea și selecționarea personalului de vânzări;
- supravegherea personalului de vânzări;
- evaluarea activității personalului de vânzări;

Referitor la recrutarea și selectarea personalului de vânzări compania RCS&RDS acordă o foarte mare importanță angajaților, recrutării angajaților, astfel procedura este una laborioasă cu teste și interviuri diverse.

Personalul de vânzări este, cum am spus foarte atent selecționat, dar și supravegheat și evaluat constant.

RCS&RDS dispune de o echipă de traineri interni care se ocupă de instruirea periodică a angajaților, astfel clienții au un suport de calitate în consultarea angajaților companiei.

- Utilizarea mărcii

Marca firmei servește la identificarea bunurilor și diferențierea de cele ale concurenței. Numele de marcă în acest caz este RCS&RDS.

Figura nr. 2.13 – Marca RCS&RDS



RCS&RDS este o marcă depusă adică se bucură de protecție legală ea garantând juridic dreptul exclusiv al proprietarului ei de a o utiliza.

Politica de marcă a firmei RCS&RDS vizează obiectivele dictate de necesitatea individualizării și diferențierii produselor și serviciilor sale față de cele ale concurenței, în funcție de specificul segmentelor de piață.

Concluzii

Marketingul este acea funcție a organizației care identifică nevoile și dorințele clienților, determină segmentele de piață care pot fi servite cel mai bine și concepe produse, servicii și programe adecvate servirii acestor piețe.

Conceptul de mix de marketing a fost introdus în anul 1964 de către americanul Neil Borden și „semnifică dozarea și manipularea coerentă și unitară a celor patru elemente variabile (produs, preț, distribuție și promovare) prin care întreprinderea acționează asupra pieței”¹.

Dintre toate elementele mixului de marketing, prețul este cel mai problematic din punct de vedere al responsabililor de marketing.

Spre deosebire de celelalte componente ale mixului de marketing, acesta are influențe asupra cifrei de afaceri și a marjei comerciale a firmei.

În unele organizații, de obicei prețul este singura componentă a mixului de marketing care nu se află doar sub influența responsabililor de marketing.

Distribuția în cadrul mixului de marketing definește locul în care este vândut produsul, prin ce canale este distribuit, cu ce mijloace logistice etc.

Există mai multe modalități prin care clientul poate intra în contact cu compania și acestea pot contribui, individual sau combinate, la crearea mai multor canale de distribuție: față în față, cu ajutorul telefonului sau al internetului etc.

Voi încerca să creionez câteva propuneri de îmbunătățire a activității de marketing ai companiei RCS&RDS:

- ar trebui să aibă o strategie clară și bine distribuită care să pornească de la vârf și să aibă în vedere efectele activității de marketing, împreună cu continuarea procesului efectiv de măsurare a performanței.

- să aibă în vedere dezvoltarea cercetării de piață, realizarea unor campanii de reclamă publicitară, precum și asigurarea că dețin un personal adecvat și o continuitate a celui mai potrivit plan de afaceri.

- să aibă în vedere o abordare strategică activă a securității informaționale, menținerea unui personal adecvat, punerea în practică a unor controale și teste, actualizate în funcție de dezvoltarea pieței.

- să se asigure că procesele de administrare al stărilor de criză pot face față unor incidente care pot apărea pe Internet.

Concluzionând, subliniez faptul că societățile comerciale, de asemenea și RCS&RDS trebuie să fie pregătite să înfrunte transformările radicale, ce au loc datorită recesiunii.

Pentru funcționarea cu succes a companiei se impune crearea unui sistem complex de marketing, precum și crearea serviciilor și secțiilor speciale. Acestea urmează să fie încadrate în elaborarea programelor și planurilor de marketing, în pregătirea cadrelor pentru această activitate.

BIBLIOGRAFIE

- Adam, C., Marketing financiar - bancar, Editura Mirton, Timișoara, 2007
- Balaure, V. (coordonator), Marketing, Editura Uranus, București, 2000
- Baker M.J., Marketing, Editura S.C. Știința și Tehnica S.A. București, 1996
- Belu, M., Strategii de distribuție în spațiul European, Editura ASE, București, C
- Catană, Gh. A., Marketing: Filozofia succesului pe piață, Volumul I, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 2008
- Cetină Iuliana, Marketingul serviciilor: fundamente și domenii de specializare, Editura Uranus, București, 2009

¹ Stancioiu Aurelia Felicia, Strategii de marketing în turism, Ediția a II-a, Editura Economică, București, 2004, p.116

-
- Diaconescu Mihai, Marketing, Editura Universitara, București, 2010
 - Bruhn Manfred, Marketing, Editura Economică, București, 1999
 - Florescu, C-tin (coordonator), Marketing, Editura Independența Economică, București, 2001
 - Balaure V. (coord.), Marketing, Editura Uranus, București, 2000
 - Nicolescu, C., Puiu, O., Morozan, C., Moarcăs, 2000, Tehnici Promoționale, Editura Independența Economică, Pitești
 - Farbey, A.D., Publicitate eficientă – noțiuni fundamentale, Editura Niculescu, 2005
 - Stancioiu Aurelia Felicia, Strategii de marketing în turism, Ediția a II-a, Editura Economică, București, 2004

Publicații

- *** Popescu A., Memoria și efectul în publicitate, în revista Tribuna Economică, nr. 43/2002
- *** New marketing: for P's passé; C- words take over Advertising Age – 1 oct. 1990
- *** <http://www.rcs-rds.ro/>

STRATEGII DE DEZVOLTARE A MULTINAȚIONALELOR DIN ȚĂRILE ÎN CURS DE DEZVOLTARE

Cristina MUNTEAN*

Andrei NICULAE**

Abstract

Lucrarea de față vizează strategiile companiilor multinaționale ale țărilor în curs de dezvoltare. Ne aplecăm atenția asupra acestor companii întrucât s-a observat un avânt economic puternic ale țărilor emergente, cu un ritm de dezvoltare de două ori mai ridicat decât cel al țărilor dezvoltate. De asemenea, cele peste 1000 de companii cu vânzări de peste un miliard de dolari nu trebuie ignorate, întrucât piața acestora crește de două ori mai repede decât piața de desfacere a companiilor aparținând țărilor dezvoltate. Obiectivul nostru este de a observa creșterea acestor companii în ultimii ani și observarea tehnicilor de dezvoltare ale acestora.

Cuvinte-cheie: *strategii de dezvoltare, companii multinaționale, internaționalizarea afacerii, țări emergente, BRICS*

Introducere

S-a observat pe plan internațional o tendință spre externalizare economico-socială. Odată cu acest fenomen a apărut și extinderea companiilor de la nivel local la nivel global. Încercăm, în lucrarea de față, să studiem parcursul economic pe care l-au avut companiile din statele în curs de dezvoltare în ultimii ani. Cu un potențial economic impresionant și cu tehnici și strategii care au lăsat în urmă mărci de renume ce nu au reușit să țină pasul cu acestea, companiile din statele emergente au intrat în vizorul global și sunt de atunci în atenția internațională. De la construirea unui brand durabil, la fuziunea cu alte mărci, deja cunoscute pe piața internațională, regăsim odată cu analiza unui număr de potențiali jucători globali, o multitudine de tactici și strategii de marketing și management inovatoare. Antoine van Agtmael a fost cel care a “inventat” termenul de piață emergentă, odată cu apariția cărții sale “The emerging markets century” în 2007. Acest fenomen a stat la baza a cinci rapoarte realizate de Boston Consulting Group¹. Aceste rapoarte analizau primele 100 de companii din țările în curs de dezvoltare și mișcările acestora odată cu trecerea anilor. Astfel, s-a observat că din anul 2006 până în anul 2013 doar 50 de companii au reușit să-si păstreze statutul de candidat global. Însă acestea din urmă nu au bătut pasul pe loc, ci au reușit, unele dintre ele, chiar să spulbere numeroși competitori din piețele în care își desfășoară activitatea. Vorbim despre companii care își desfășoară activitatea în țări care devin consumatori din ce în ce mai mari. Numai clasa de mijloc din India și China se estimează că va cheltui până în 2020 peste 10 trilioane de dolari. Și pentru asta luptă atât companiile deja existente, de renume, cât și companiile noi care speră să câștige o cotă cât mai mare de piață.

Globalizarea reprezintă extinderea și externalizarea relațiilor economico-sociale pe toată suprafața Terrei. Folosit pentru prima dată în anii 1930, acest termen se referă la apariția unor rețele

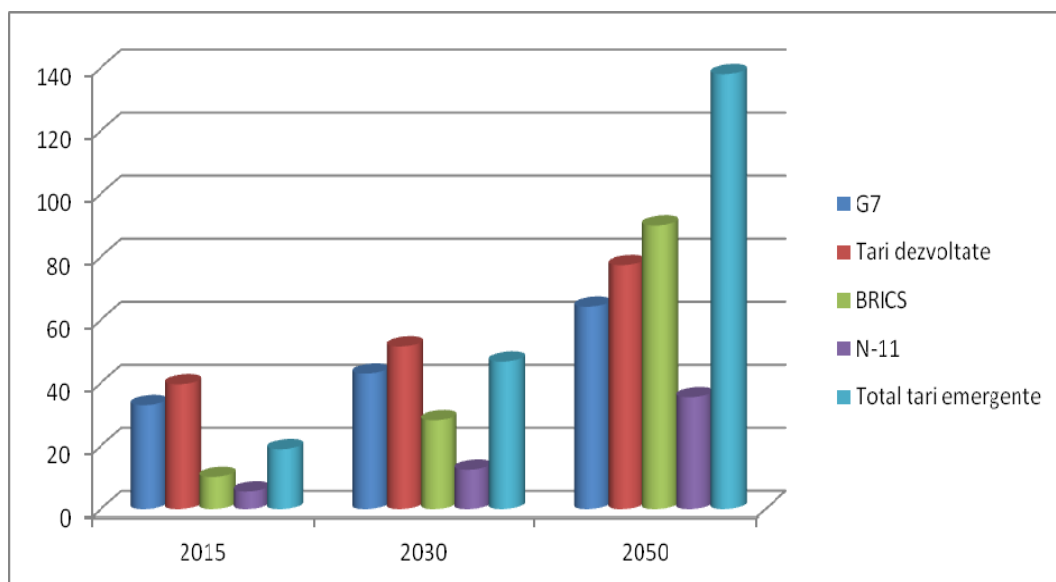
* Cristina Muntean, Facultatea de Științe economice, Universitatea Nicolae Titulescu din București (muntean.m.cristina@gmail.com)

** Andrei Niculae, Facultatea de Științe economice, Universitatea Nicolae Titulescu din București

Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. Univ. Dr. Mărgulescu Elena (Elena.margulescu@univnt.ro)

¹ (BCG Names 100 'Global Challengers' From Emerging Markets)

internaționale de sisteme sociale și economice. O altă definiție dată de Roland Robertson, profesor de sociologie la Universitatea din Aberdeen, un scriitor timpuriu în domeniu, susține că globalizarea reprezintă o "compresie a lumii și intensificarea conștiinței lumii ca un întreg". De ce vorbim despre globalizare? Pentru că nu putem vorbi de contribuția multinaționalelor pe plan economic internațional fără a conștientiza acest fenomen al globalizării. Și, de asemenea nu putem ignora avântul economic al țărilor în curs de dezvoltare care în 25-30 de ani vor surclasa țările dezvoltate din punct de vedere al produsului național brut, cu un PNB cumulat mai mare decât al țărilor G7, iar primele 15 țări emergente vor surclasa G7 după anii 2030.

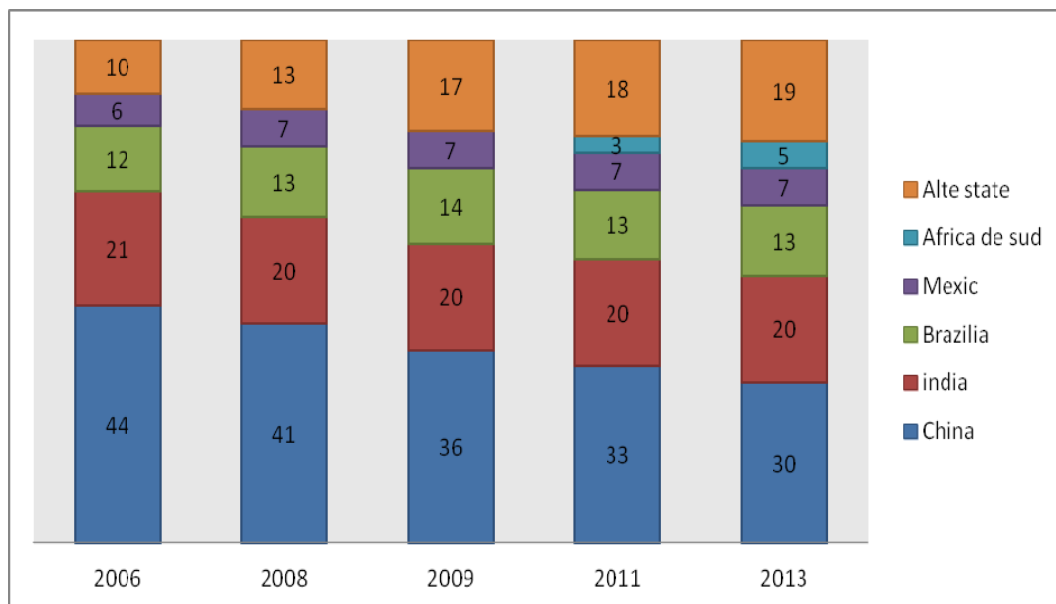


	G7	Țări dezvoltate	BRICS	N-11	Total țări emergente
2015	33.0	39.6	10.2	5.6	19.0
2030	43.0	51.6	28.2	12.5	46.8
2050	64.2	77.4	90.0	35.5	138.0

Țările BRICS dețin la momentul actual 43% din populația lumii și 28% din economia mondială, procent ce va crește în anii următori. China, conducătoare a statelor BRICS (Brazilia, Rusia, India, China, Africa de Sud), care după estimările Goldman Sachs ar depăși SUA în aproximativ 30 de ani, surprinde pe plan mondial și conform estimărilor actualizate ar depăși SUA în mai puțin de 15 ani. Nu este nici un secret faptul că cele mai mari companii din lume mizează pe piețele emergente pentru a se dezvolta în această perioadă. Potrivit Business Insider, clasa de mijloc, care se află în creștere în China și India, va cheltui peste 10 trilioane de dolari până în 2020.

Am observat deci că țările emergente reprezintă o mare putere economică, însă nu trebuie să uităm și de companiile deja existente în aceste țări. În anul 2006 un număr de 100 de companii din BRICS dețineau active în valoare de 520 de miliarde de dolari, mai mult decât primii 20 de producători de automobile ai lumii. Tot mai multe companii din țările dezvoltate investesc în statele emergente și, în același timp, tot mai multe companii din țările în curs de dezvoltare devin jucători importanți în economia mondială.

În ultimii cinci ani aceste companii, majoritatea dintre ele fiind mai puțin cunoscute în Occident, au adăugat 1.4 milioane de locuri de muncă la locurile deja existente, în timp ce în țările dezvoltate numărul de locuri de muncă a rămas constant. Venitul mediu al acestor companii era în 2011 de 26.5 miliarde de dolari. În același an aceste companii au cheltuit peste 1700 de miliarde de dolari constând în bunuri și servicii și au investit peste 330 de miliarde pentru extinderea activelor, potrivit raportului Boston Consulting Group din 2013. David C. Michael, coautorul raportului afirmă „am monitorizat creșterea acestor potențiali jucători globali de aproape 10 ani și ambiția acestor companii – pe care le numim acceleratoare de mentalitate – nu a fost niciodată mai puternică”². Potrivit aceluiași raport, între primele 100 de companii din țările emergente se regăsesc 26 de companii nou intrate pe această listă, companii care au reușit să surclaseze alte firme care au întâlnit obstacole în dezvoltarea lor. Câteva dintre companiile surclasate sunt firme din țările BRICS, care se regăsesc în listă cu 69 de companii, în scădere de la 84. Ba mai mult, din cele 100 de companii enumerate în raportul BCG din 2006 doar 50 au reușit să își păstreze poziția de potențial jucător global.



"We have been monitoring the rise of global challenger companies for nearly a decade, and the ambition of these companies -- what we call the *accelerator mindset* -- has never been stronger." David C. Michael, coautor al raportului BCG „The challengers” 2013

Potrivit lui Antoine van Agtmael, putem enumera câteva criterii ce definesc extinderea unei companii spre statutul de companie globală:

- Să fie lider mondial în industria respectivă
- Să aibă o prezență globală în exporturi și chiar în producție
- Să dețină una din primele trei poziții ca pondere de piață într-un număr suficient de țări pentru a fi considerată un jucător global
- Să fie competitivă la nivel global, nu numai la capitolul preț dar și în domeniul calității, tehnologiei și proiectării
- Să se raporteze la companiile cele mai mari și mai performante din lume

Cum să ajungi la acest nivel? Cu siguranță nu este ușor, e nevoie de o strategie foarte bună de dezvoltare durabilă bazată pe calitate, preț, inovație, de consumatori fideli și de un management bine

pus la punct. Observând companiile din țările emergente în ultimii ani, și analiza strategiilor acestora am ajuns la cațiva factori comuni ai acestor firme:

- Relația cost la un nivel redus-calitate ridicată
- Servicii impecabile oferite clienților
- Investiții în tehnologie
- Motivarea angajaților și formarea unei relații degajate la locul de muncă
- Atenție deosebită la opinia clienților asupra brandului
- Obținerea poziției de leader pe cele mai importante piețe ale lumii

Este posibil însă ca și cu aceste elemente bine puse la punct să nu se ajungă la succesul neașteptat al companiilor din țările emergente. Boston Consulting Group ajunge la concluzia că sunt 5 tipuri de strategii determinante, regăsite în strategiile companiilor din țările emergente:

1. Creșterea unor branduri de pe piața locală la nivel global (Tata motors din India, producător de autovehicule care în 2008 a cumpărat de la Ford Motor Company producătorul Jaguar Land Rover, companie care produce mașinile de lux Jaguar, Land Rover și Daimler, compania Hisense din China, cu peste 40 de fabrici atât în țară cât și în alte state atât din Asia cât și din Africa)

2. Transformarea în leader global pe un produs de nișă (BYD din China, producător de baterii, Johnson Electric din Hong Kong, producător de motoare electrice pentru camere foto-video)

3. Avantajul deținerii de resurse naturale și a unei strategii de marketing și distribuție inovatoare (Vale din Brazilia, exportator mondial de minereu de fier)

4. Intrarea pe noi piețe prin utilizarea unui model mai nou și mai performant de business (Cemex, companie mexicană din industria materialelor de construcție)

5. Excelența inginerească (Embraer din Brazilia, companie producătoare de avioane regionale, Samsung din Coreea, producător de bunuri electronice)

Aceste companii pot fi împărțite în două categorii, companii care au ajuns să dețină un brand prin dezvoltare continuă și susținută (Samsung, BenQ) și companii care au ajuns la poziția de lider global prin fuziuni și achiziții (Bajaj Auto sau Tata Motors din India, sau Lenovo, respectiv Haier din China).

Aspen Pharmacare

Aspen este cel mai mare producător și furnizor de produse farmaceutice universale din emisfera sudică. Produsele Aspen ajung în peste 150 de țări din întreaga lume. În 2011, peste 50% din veniturile anuale de 1.8 miliarde de euro proveneau din vânzările din afara Africii de sud. Aspen a cumpărat în 2012 25 de mărci de la GlaxoSmithKline din Australia pentru suma de 268 de milioane de dolari. Aspen deține 17 facilități de producție în 12 locații, patru dintre ele fiind situate în Africa de Sud, patru în Australia și câte unul în Kenya, Tanzania, Brazilia, Mexic și Germania.

Produsele farmaceutice Aspen, renumite pentru calitatea, eficacitatea și accesibilitatea lor, sunt dezvoltate de oameni de știință de înalta calificare și în colaborare cu ale companii renumite la nivel mondial.

Embraer

Compania Embraer a fost înființată de guvernul brazilian în 1969 pentru a produce aeronave militare și de comerț. După succesul din perioada în care firma a fost sponsorizată de către stat, vânzările au scăzut brusc de la 700 de milioane de dolari la 177 de milioane între 1989 și 1994 și a fost privatizată. Embraer s-a concentrat apoi pe dezvoltarea modelelor de aeronave cu 50 de scaune, ale căror vânzări i-au făcut să continue cu aceste tipuri de avioane de mici dimensiuni. Embraer nu a ajuns să fie o companie atât de cunoscută precum Boeing sau Airbus, însă deja domina piața avioanelor regionale. A ajuns să fie al treilea cel mai mare producător pe această ramură, construind peste 5400 de avioane din 1969, cu o producție medie anuală de 140 de avioane. Lucrează cu companii precum US Air, Cross Air sau Chinese Southern Airlines.

Compania s-a dezvoltat pe plan global, prin deschiderea de linii de producție pe toate continentele, devenind astfel importanți angajatori de forță de muncă în țările în curs de dezvoltare, creând astfel locuri de muncă în domeniul producției, domeniul proiectării, promovării, furnizării de produse și materiale, sediul companiei și o bază de producție fiind în Sao Jose dos Campos, Sao Paulo, Brazilia, celelalte baze de producții și birouri fiind în Beijing, Fort Lauderdale (SUA), Paris, Singapore și Washington DC(SUA).

Embraer a reușit să transforme ingineria locală în avantaj global prin dezvoltarea unui program de pregătire ce îi permitea să producă în fiecare an 150 de ingineri bine pregătiți. De-a lungul timpului, acest program a creat un avantaj bazat pe inginerie de înaltă calitate și soluții de design ingenioase, de care Embraer s-a folosit pentru dezvoltare internațională. Embraer are de asemenea parteneri în Asia, Canada, Europa și Statele Unite, lărgind astfel reputația companiei și orizonturile cunoștințelor lor. Ca rezultat, compania a ajuns să transforme un pericol de faliment într-un success internațional, fiind al treilea producător în industria producătoare de avioane de mici dimensiuni, după Boeing și Airbus. Numai ultimele modele de aeronave se vor produce în mai mult de 30 de state și au comenzi de peste 20 de miliarde de dolari.

Concurența companiei Embraer

	Capitalizare de piață (mld. \$)	Volumul vânzărilor (mld. \$)
Embraer	6.6	3.8
Boeing	53.4	54.8
Airbus	30.1	42.5
Bombardier	4.6	14.7

Succesul Embraer se datorează :

- pe găsirea unei ramuri a pieței ignorată de marii producători de avioane
- inginerie puternică și cu un cost redus
- avioane de înaltă calitate însă cu un cost mai redus și mai eficiente

Ranbaxy

Firma Ranbaxy a fost înființată în anul 1937 de către Ranbir Singh și Grubax Singh ca distribuitoare pentru compania japoneză Shionogoi. În anul 1952 aceasta a fost cumpărată de către Bhai Mohan Singh de la verii săi, Ranbir și Grubax.

În anul 1998 Ranbaxy intră pe cea mai mare piață de produse farmaceutice din SUA unde începe să se dezvolte și să câștige o cotă de piață din ce în ce mai mare, ajungând astfel ca până în anul 2005 să dețină o cotă de 28% în vânzările totale pe piața produselor farmaceutice.

La sfârșitul anului 2005 vânzările globale ale companiei erau în valoare de 1 178 milioane de dolari, împreună cu piețele de peste mari aceasta deținând 74% din vânzările globale astfel: SUA 28%, Europa 17%, Brazilia, Rusia și China 29%, urmând ca până la sfârșitul anului 2006 vânzările globale să crească până la 1.300 milioane de dolari. În anul 2007 Grupul GlaxoSmithKline Plc va extinde alianța de cercetare și dezvoltare cu firma indiană de farmaceutice Ranbaxy Laboratories Ltd, acest acord putând aduce câștiguri de peste 100 milioane de dolari pentru compania din India și majorând responsabilitățile grupului indian în

ceea ce privește detaliile financiare și dezvoltarea de noi medicamente. Acest acord reprezintă creșterea interesului marilor companii farmaceutice în ceea ce privește exploatarea experienței Indiei în producția de medicamente, precum și de costurile reduse de producție.

Precum majoritatea companiilor farmaceutice din India, Ranbaxy s-a concentrat în trecut pe producerea de medicamente generice pentru piețele din Statele Unite ale Americii și Europa, însă momentan este interesată de extinderea operațiunilor sale pentru a pătrunde și pe piața medicamentelor patentate.

Ranbaxy Laboratories Limited este o companie internațională de produse farmaceutice integrată, bazată pe cercetare, cu sediul central în India. Compania își deservește clienții din peste 125 de țări și are un portofoliu extins de filiale, sucursale și alianțe, operațiuni locale în 49 de țări și operațiuni de producție în 8 state.

În iunie 2006 Ranbaxy Laboratories Ltd. a anunțat finalizarea procesului de achiziție de către Ranbaxy Netherlands BV a 96,7% din compania românească de produse generice Terapia SA.

Operațiunile combinate ale Terapia Ranbaxy au pus bazele celei mai mari companii de produse generice din România. Numele comercial al companiei este Terapia Ranbaxy. Compania este implicată în procesul de integrare care include rebrandarea și dezvoltarea profesională a personalului comercial, pregătindu-se de lansarea a peste 40 de noi produse în anii următori.

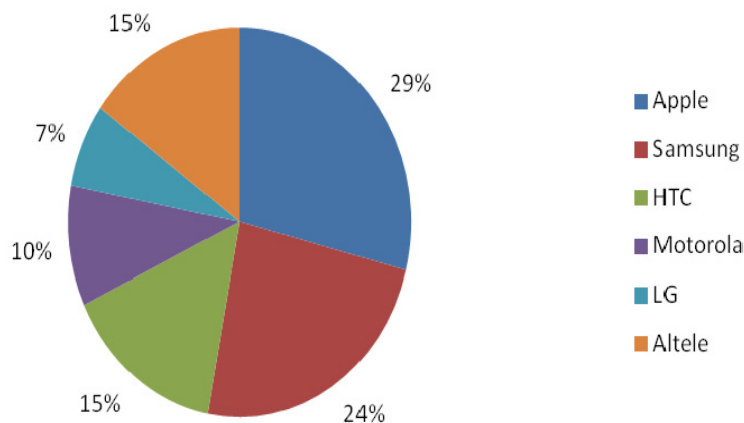
Samsung

Compania Samsung General Stores a fost înființată în anul 1938, ca o firmă coreeană exportatoare de pește, fructe, și legume, piața vizată fiind piața chineză. În anii 1990, active în numeroase domenii, precum domeniul tehnologiilor avansate (semiconductori, zgârie-nori) și construirea de uzine, petrochimie, modă, finanțe, hoteluri și altele. În prezent, Samsung se bazează pe producția de produse electronice de înaltă calitate și de media digitală. Firma are aproximativ 188 000 de angajați în 65 de țări. Veniturile Samsung reprezintă 20% din Produsul intern brut al Coreei de Sud.

În anul 2012, compania se afla pe locul 3 în topul celor mai inovatoare companii mondiale, situându-se după Apple și Google. Samsung este numărul 1 mondial în producția de memorii, monitoare TFT și telefoane CDMA. Samsung a ajuns să fie lider pe piața în producția de televizoare cu ecran plan, având o cotă de piață de 25%, la egalitate cu LG, urmând în top Videocon, cu 19% și cei trei producători japonezi Sony, Toshiba, Panasonic, cu o cotă de 13%.

Probabil cea mai rapidă ascensiune a companiei Samsung a fost pe piața telefoanelor mobile, piață dominată în ultimii ani de Apple. În prezent Samsung are o cotă de piață cu doar 5% mai mică decât cota Apple, fiind în continuă creștere datorită lansării noilor modele de telefoane de tip smartphone ale companiei.

Piața telefoanelor mobile - 2012



Lenovo

Lenovo a evoluat rapid de la o firmă necunoscută la producător de calculatoare dominant în China, cu sediul în statul cu cea mai rapidă dezvoltare a pieței de calculatoare. După achiziția mărcii ThinkPad de la IBM a ajuns să fie al treilea producător al lumii, după Dell și HP.

În 1984 Liu Chuanzhi a înființat compania New Technology Development. Succesul a apărut datorită dezvoltării componentelor pentru calculatoare produse pentru vorbitorii limbii chineze. Cu un an mai târziu, aceste componente au cunoscut un mare succes și compania și-a schimbat numele în Legend, de la produsul „legend card” dezvoltat de aceștia. În 1992 pe piața chineză Legend avea vânzări mai mari decât HP, IBM sau alte mărci străine. În 1993 Legend a început să producă propriile calculatoare personale. Până în 1995 ajunsese al cincilea producător de calculatoare al lumii. Firma a apelat la o nouă schimbare a numelui ca urmare a succesului internațional.

Având vânzări de aproape 3 miliarde de dolari, Lenovo a cumpărat ThinkPad de la IBM, acțiune ce a avut ca efect creșterea vânzărilor până la 12 miliarde de dolari. Cu o cotă de piață de 27%, Lenovo este al doilea cel mai cunoscut producător de electronice din China, după producătorul de electrocasnice Haier.

Concurența companiei Lenovo

	Capitalizare de piață (mld \$)	Venituri (mld \$)
Lenovo	2.5	2.9
Dell	102.0	49.2
HP	79.5	86.7
Toshiba	18.7	56.0
Acer	5.3	9.9

Hon Hai Precision Industry Co., Ltd.

Hon Hai produce un număr foarte mare de electronice pe care consumatorii din Occident le folosesc zilnic, calculatoare Dell, telefoane Nokia, Sony PlayStation. Hon Hai este în secret producătorul acestor mărci. Compania produce componente pentru aceste mărci, sau chiar produsul final în fabricile sale din China și le exportă în toata lumea. Hon Hai a avut o creștere impresionantă în ultimii 20 de ani și astăzi este cel mai mare producător de electronice din lume, depășind vânzările fostului lider de piață Flextronics. Prin dezvoltarea unor relații solide cu clienții săi și prin practicarea unor prețuri mici și execuție de înaltă calitate, Hon Hai continuă să crească și astăzi pe măsură ce adaugă la portofoliul său tot mai multe produse și tot mai mulți clienți.

Cunoscut ca Foxconn în Statele Unite ale Americii, Hon Hai a fost înființată în Taiwan în anul 1974. Pe atunci, Hon Hai producea componente de plastic pentru televizoare într-un garaj mic. Odată cu creșterea numărului de utilizatori de calculatoare compania a început să producă module și circuite pentru acestea. În 1996 Hon Hai a început să fabrice carcase pentru calculatoare personale și până în 1999 deținea fabrici în Scoția, Marea Britanie, Irlanda și Statele Unite. În 2003 compania a trecut la producția de telefoane mobile, servere, iar astăzi este cel mai mare producător de electronice din Taiwan. Veniturile Hon Hai le-au depășit pe cele ale producătorilor Dell, Intel sau Microsoft.

Concurența companiei Hon Hai

	Capitalizare de piață (mld. \$)	Venituri (mld. \$)
Hon Hai	22.1	28.3
Solectron	3.9	10.4
Flextronics	5.9	15.3

Factori de succes:

- fabrici de dimensiuni mari și cu înaltă tehnologie
- numărul mare de produse fabricate într-un timp scurt
- căutarea de consumatori exigenți care să le solicite o bună organizare și funcționare

Concluzii

Principalele aspecte discutate privind contribuția multinaționalelor din statele în curs de dezvoltare la nivel global și evoluția acestor companii ne arată într-o oarecare măsură punctele slabe ale marilor corporații din țările dezvoltate. Acestea, deși au o istorie și o experiență de zeci de ani în domeniile pe care le acoperă sunt deseori surclasate de mici companii care cu ajutorul unor strategii bine puse la punct și inovații în domeniul tehnologic și investiții în producție au ajuns să depășească veniturile corporațiilor. Cazurile analizate ne-au arătat că uneori e nevoie de zeci de ani pentru a dezvolta un brand global, însă se poate întâmpla ca în doar câțiva ani un business de mici dimensiuni să depășească adevărate corporații. Cu un nivel al consumului în continua creștere, țările emergente au fost și vor fi și de acum încolo piețe de desfacere importante pe care se bazează jucătorii internaționali și trebuie să fie atent analizate și luate în considerare de economia mondială și de companiile care vor să se dezvolte pe plan internațional.

Referințe bibliografice

- Antoine van Agtamel, *The emerging markets Century* (New York: Free Press, 2007).
- Elena Niculescu, Elena Hlaciuc, *Marketing modern: Concepte, tehnici, strategii* (Iasi: Polirom, 2000)
- Gregory Neil, *China's emerging private enterprises: Prospects for the new century* (Washington D.C.: International Finance corporations, 2000)
- „Introducing the 2013 BCG Global Challengers.” Last modified January 15, 2013. https://www.bcgperspectives.com/content/articles/globalization_growth_introducing_the_2013_bcg_global_challengers/
- „2011 BCG Global Challengers: Companies on the Move: Rising Stars from Rapidly Developing Economies Are Reshaping Global Industries.” Last modified January 18, 2011. <http://www.bcg.com/documents/file70055.pdf>.

MANAGEMENTUL RECLAMAȚIILOR

Surlica Nicoleta-Luiza

Specializarea: Administrarea Afacerilor anul, 3

- CUPRINS-

INTRODUCERE

CAPITOLUL I. NOȚIUNI TEORETICE PRIVIND MANAGEMENTUL RECLAMAȚIILOR

- 1.1. Definirea conceptului de reclamație
- 1.2. Gestionarea eficientă a reclamațiilor
- 1.3. Etapele procesului de tratare a reclamațiilor
- 1.4. Principiile procesului de tratare a reclamațiilor

CONCLUZII

BIBLIOGRAFIE

INTRODUCERE

În zilele noastre cel mai greu lucru pentru companii nu reprezintă doar cum să dobândească interesul consumatorilor ci și cum să-i convingă să cumpere, acest lucru are la bază creerea încrederii. Deseori acest lucru nu se realizează pentru că eventualele reclamații ale clienților nemulțumiți nu se tratează corect de persoanele care lucrează în front-line. Dacă consumatorul nu se întâlnește cu un produs sau serviciu impecabil dar primește o compensare satisfăcătoare se va simți din nou mulțumit, și va folosi bunurile și serviciile companiei pe durată îndelungată. De aceea este foarte important cum ne comportăm cu cei care depun reclamații. Managementul reclamațiilor are un proces esențial în activitatea unei întreprinderi, care ajută la dezvoltarea unor relații favorabile cu clienții și totodată ajută în creșterea satisfacției clienților.

Obiectivul managementului reclamațiilor este reacția în așa fel la nemulțumirea exprimată de client, încât această nemulțumire să fie eliminată. Iar după ce acest proces specific se termină satisfacția clientului să fie reconstruită. Dacă satisfacția clientului este reinstalată, în mod direct crește și fidelizarea acestuia. Deci obiectivul principal al managementului reclamațiilor reprezintă redarea satisfacției prin soluționarea reclamațiilor. Tratarea amabilă a clientului nemulțumit și exprimarea unei reacții operative îmbunătățește șansa ca, clientul să revină, evită word of mouth-ul negativ și reduce numărul clienților nemulțumiți.

Cel de al doilea obiectiv al unei întreprinderi privind managementul reclamațiilor este acela de a obține cât mai multe informații despre punctele slabe și negative ale ofertei întreprinderii din punctul de vedere al pieței și a proceselor. Identificarea corectă a informațiilor obținute din reclamații ajută firma să adopte în timp strategii pentru îmbunătățirea ofertei și a performanțelor.

CAPITOLUL I. NOȚIUNI TEORETICE PRIVIND MANAGEMENTUL RECLAMAȚIILOR

1.1. Definirea conceptului de reclamație

Reclamația înseamnă orice nemulțumire exprimată de către un client în legătură cu produsele, angajații sau activitatea firmei. O nemulțumire al unui client nu constituie o reclamație dacă această nu este adusă la cunoștința firmei în cauză. Cel mai bun mod pentru soluționarea unei reclamații în legătură cu un serviciu este corectarea serviciului care cauzează nemulțumirea, însă acest lucru nu se poate face de fiecare dată și în fiecare caz. În sensul său mai restrâns, reclamația este un act unilateral prin care clientul se adresează unui organism de arbitraj. De la acest organism clientul va cere să i se acorde plătitărea unei daune pentru problema cauzată de entitatea în cauză.¹

În literatura de specialitate este diferență între reclamații și plângeri. Reclamațiile se referă la deficiențele produselor sau serviciilor. Plângerile se referă la activitatea firmei, la modul în care sunt stabilite prețurile, la atitudinea angajaților. În cazul unor nemulțumiri clienții pot dezerta (schimba firma de la care cumpără) sau pot depune reclamații. În cazul în care depun reclamații, clienții ne arată că nu vor să cumpere de la alte firme, ci ei vor să ajute firma în a rezolva problema, vor o schimbare de la firmă. Firmele au două tipuri de clienți: atenți și inerți. Clienții atenți vor alege să dezerteze pe când cei inerți vor fi vocea nemulțumirii, depunând reclamații.

Este important ca în cazul unui client care se plânge să vedem valoarea „negativă” și să o transformăm în pozitiv. Cu alte cuvinte, cei care se plâng au o valoare potențială foarte mare. Dacă plângerea nu este rezolvată, posibilitatea este mare, ca și clientul care se plânge să nu mai cumpere și să transmită acest lucru și altor persoane, astfel cauzând pierderea mai multor clienți.

Un client reclamant trebuie tratat cu multă atenție. Sursele reclamațiilor pot fi diferite și variază în funcție de tipul serviciului sau produsului, de locul prestării serviciului sau locul cumpărării și de angajați. Reclamațiile pot lua naștere din prestarea greșită a serviciului, prestatori de servicii care nu sunt pregătiți corespunzător, un număr mic de angajați.

Reclamația poate fi considerată o cercetare gratuită, deoarece în cadrul unei reclamații clienții formulează așteptările și nevoile lor și descrie cum ar trebui să fie un produs sau serviciu în concordanță cu acestea. Între clienții care depun plângeri putem găsi destul de mulți care cu timpul vor deveni clienți loiali mărcii.

S-a dovedit că mulți consumatori nu depun reclamații, dar folosesc word of mouth-ul și în acest fel îi influențează pe potențialii clienți ai firmei. Deoarece mulți oameni nu depun reclamații, folosirea garanțiilor este utilă. Clienții vor apela la aceste garanții primite mai degrabă, decât să depună reclamații. Cu cât este un client mai nemulțumit, cu atât mai siguri putem să fim că va depune o reclamație, își va prevenii prietenii, nu va mai apela la firma în cauză.²

1.2. Gestionarea eficientă a reclamațiilor

În cadrul firmelor atitudinea față de plângeri și reclamații este foarte importantă. Angajații firmelor trebuie să vadă depunerea acestora ca un aspect pozitiv, deoarece ele pot ajuta firma să-și perfecționeze produsul sau modul de prestare al serviciilor, și totodată ajută firma în a vedea care sunt nevoile și așteptările consumatorilor. Nu putem să uităm importanța proceselor de gestiune a reclamațiilor și în continuare vom vorbi despre acest lucru sarcinile managementului reclamațiilor sunt: stimularea exprimării reclamațiilor, primirea reclamațiilor, reacția la reclamații, tratarea reclamațiilor. În cadrul stimulării exprimării reclamațiilor activitatea întreprinderii este aceea de a

¹ Peppers D., Rogers M.- Managing Customer Relationships, 2007, pagina 36.

² Bruhn, M. - Orientarea spre client – Temelia afacerii de succes, Editura Economică, București, 2005, pagina

influența clienții să exprime insatisfacția sub forma unei reclamații. Obiectivul este crearea unei condiții care să faciliteze exprimarea reclamațiilor. În cadrul primirii reclamațiilor obiectivul este consemnarea sistematică și completă a conținutului informațional al reclamațiilor. În cadrul reacției la reclamații, tratarea reclamațiilor: „După consemnarea integrală a informațiilor privind reclamația și stabilirea responsabilităților în cadrul managementului relațiilor, urmează derularea fazelor active ale procesului. În centrul tratării reclamațiilor se situează analiza cauzelor care au determinat reclamația, transmiterea informațiilor la departamentele și persoanele vizate, ca și forma în care se va răspunde la reclamație, ea cade în sarcina componentei de reacție la reclamații.”¹

1. Stimularea reclamațiilor:

Problemele întâlnite în acest caz: căile prin care pot fi preluate reclamațiile, ce alte căi mai pot fi aplicate, modul potrivit de a anunța clienții despre canalele și mijloacele care stau la dispoziție. În general o reclamație poate fi transmisă întreprinderii prin mai multe canale ca verbal, scris, telefonic, multimedia. Acesta depinde de ramura de activitate a întreprinderii sau de cultura antreprenorială specifică al acesteia. Modurile alese de a informa clienții despre căile comunicării reclamațiilor sunt: în cadrul publicității tipărite sau spoturilor televizate, de asemenea și prin precizările scrise pe ambalajul produselor, pe corespondență sau pe documentele firmei.

„Anterior măsurilor de comunicare, pentru stimularea reclamațiilor este necesară planificarea capacităților și alocarea resurselor corespunzătoare solicitărilor probabile ale canalelor de transmitere a reclamațiilor și timpul de muncă impus de rezolvarea acestora. Aceasta devine importantă mai ales pe fondul unor nemulțumiri pe care le-ar putea provoca o suprasolicitare a canalelor de transmitere a reclamațiilor din cauza prelungirii timpului de așteptare; într-un asemenea caz apare riscul întreruperii procesului de reclamație chiar din primele faze”.

„Alături de instrumentele folosite pentru stimularea continuă a reclamațiilor se pot aplica măsuri punctuale cu scopul stimulării complementare pe termen scurt a exprimării nemulțumirilor. Poate fi imaginat, de exemplu, organizarea și desfășurarea unui concurs de idei care să solicite clienților dezvoltarea propriilor idei privind perfecționarea ofertei întreprinderii. Utilizarea unor asemenea soluții nu poate decât să întregască aplicarea unor măsuri de stimulare continuă a reclamațiilor”.

2. Primirea reclamațiilor:

Constă în responsabilitatea primirii reclamațiilor, comportamentul personalului cine primește reclamația, conținutul informațional al reclamațiilor. Responsabilitatea pentru primirea reclamațiilor depinde de natura canalului de transmitere și de organizarea generală a întreprinderii. De obicei angajatul care primește reclamația trebuie să se ocupe de tratarea și rezolvarea acestuia. Există de asemenea, la unele întreprinderi, compartimente centrale de reclamații, adică un serviciu pentru clienți (Call Center).

Când un angajat primește reclamația Hamburg și Werner (1988) recomandă ca acesta să aibă un comportament amabil, să transmită sentimentul că sesizarea este luată în serios, să încerce să rezolve imediat reclamația sau cel puțin să transmită reclamația urgent către angajații responsabili, să confirme în scris receptarea reclamației, să-i asigure clientului un interlocutor direct din partea firmei, să precizeze concret termenul până la care va fi soluționată reclamația. Trebuie identificată metoda cea mai optimă prin care conținutul reclamației poate fi înregistrată, adică informații legate de problema sesizată, persoana care face reclamația și obiectivul acestuia.

3. Reacția la reclamații, tratarea acestora:

Prin tratarea reclamațiilor înțelegem măsurile interne ale firmei care conduc la soluționarea acestuia. Iar prin reacția la reclamații înțelegem toate măsurile pe care reclamantul percepe în mod direct. Acestea contribuie la creșterea nivelului de satisfacere a clientului. Dacă reclamația este

¹ Constantin Draghici – Managementul relațiilor cu clienții, Editura Sitech, București, 2009, pagina 81-82

soluționată într-o viteză mare, și cu profesionalism atunci de cele mai multe ori clientul nu va migra la un alt furnizor.¹

În literatura de specialitate de limba maghiară am găsit cinci reguli de urmat în cazul reclamațiilor:

1. Principiul prevenirii: Este mai ușor să prevenim o situație de reclamație, decât să o rezolvăm cât mai bine.

2. Principiul depistării: Avem o situație de reclamație în cazul în care clientul este nemulțumit, chiar dacă nu ne comunică acest fapt.

3. Principiul pregătirii: Trebuie să stabilim standarde și moduri de rezolvare a reclamațiilor. În plus este bine să nu improvizăm.

4. Principiul competenței: Rezolvarea reclamațiilor trebuie făcută de persoanele cele mai competente.

5. Principiul compensării: Serviciul nu poate fi reparat, de aceea trebuie să folosim supracompensarea.

Principiul prevenirii este cunoscut în managementul calității ca principiul zero defecte. Eficiența acestui principiu poate fi sporită, dacă înregistrăm reclamațiile tipice. Acest lucru însă nu ne dă răspunsuri la toate motivele plângerilor, etc. Trebuie să cunoaștem și momentul la care se referă reclamația sau plângerea. Ea se poate referi la un moment din incinta entității, la momentul prestării serviciului sau după prestarea serviciului.

Trebuie să depistăm persoanele care nu sunt satisfăcute de serviciile prestate sau de produse, pentru că sunt persoane care nu vor să facă reclamații. Clienții pot să-și arate nemulțumirea firmei în cauză, dar ei pot opta pentru folosirea word of mouth-ului negativ, dar pot să se adreseze și unei terțe părți.

În cazul reclamațiilor avem câteva lucruri importante de făcut:

- Să-i mulțumim persoanei pentru reclamație.
- Să-i explicăm de ce considerăm important să cunoaștem detaliile referitoare la reclamație.
- Să ne cerem scuze.
- Să promitem că vom face pași pentru rezolvarea problemei.
- Să întrebăm.
- Dacă putem, să rezolvăm imediat problema.
- Să verificăm nivelul de mulțumire al clientului.
- Să prevenim repetarea erorii.

Trebuie să luăm în considerație și câteva puncte de vedere speciale(de ex. în cazul unor situații mai greu gestionabile):

- Să mutăm lucrurile din sfera emoțională în cea practică.
- Să ne punem în poziția reclamantului.
- Să folosim tonul potrivit la momentul potrivit.
- Să-l facem pe client parte al rezolvării.
- Să punem accentul pe abordarea personală.

În cazul în care vorbim față în față cu un client, este important să ne punem la dispoziția lui, să fim atenți, să-l ascultăm până la sfârșit, să ne uităm în ochii lui când vorbim cu el, expresia de pe fața noastră să fie una calmă și să evităm expresiile negative. În situații conflictuale reprezentantul firmei trebuie să rămână calm, trebuie să-l asigure pe client că problema lui va fi rezolvată și dacă nu poate controla situația atunci trebuie să-și cheme superiorul. În cazul reclamațiilor mâniași nu trebuie să răspundem cu aceeași monedă, deoarece reprezentăm firma la care lucrăm.²

¹ Peppers D., Rogers M.- Managing Customer Relationships, 2007, pagina 45-47

² Bruhn, M. - Orientarea spre client – Temelia afacerii de succes, Editura Economică, București, 2005, pagina

În cazul în care reclamația este legitimă, vânzătorul sau reprezentantul firmei trebuie să-și ceară scuze și să înlocuiască produsul sau să returneze suma plătită de reclamant. Cu cât acest lucru este făcut mai rapid și este perceput ca fiind mai generos, cu atât mai mulțumit va fi clientul și va avea numai cuvinte de laudă despre rezolvarea reclamației.

Cosmeticele, alimentele sau produsele chimice de uz casnic trebuie înlocuite sau suma plătită pe ele trebuie rambursată, depinzând de alegerea reclamantului. Calitatea acestor produse este stabilită de organele competente.

Plângerile sau reclamațiile pot fi verbale sau scrise. În cazul reclamațiilor verbale, trebuie să încercăm să rezolvăm problema în această fază. Clientul va fi mulțumit de rezolvarea rapidă a problemei și firma nici nu va avea vreo urmă scrisă a

reclamației în cauză. Cum am mai afirmat, reprezentanții firmelor trebuie să rămână calmi și în momentul în care ascultă plângerile verbale. Când un client se adresează entității economice cu o plângere verbală, el trebuie luat deoparte, ascultat cu atenție și asigurat că problema lui va fi rezolvată. Dacă plângerea nu este justificată, acest lucru trebuie explicat într-un mod calm, dar totodată reprezentantul firmei trebuie să găsească o rezolvare la problema clientului. Cazurile mai grave sau care exced competența și cunoștința reprezentanților, trebuie trimise la superiori.

În cazul reclamațiilor scrise, acestea trebuie investigate și trebuie trimis un răspuns scris în maxim 30 de zile către reclamant. În cazul în care firma contestă legitimitatea plângerii sau reclamației, trebuie explicată de ce nu este de acord firma cu reclamantul. Reclamațiile scrise trebuie păstrate în arhivă pentru eventuale clarificări.

În cazul primirii reclamațiilor scrise reprezentantul firmei trebuie:

- să-i mulțumească clientului pentru reclamație și trebuie să-și ceară scuze
- trebuie să-l informeze pe client de acțiunile luate
- în cazul în care trebuie, să recunoască legitimitatea plângerii
- să aibă un ton personal
- să folosească un limbaj simplu, dar profesional
- să compenseze paguba cauzată.

Cazurile de plângere sau reclamație pot fi rezolvate în mai multe moduri: clientul poate primi un alt produs sau poate cere rambursarea sumei pe care a plătit-o pentru produs, putem să punem întrebări clienților pentru a afla adevăratul motiv al plângerii, sau în unele cazuri putem refuza plângerea clientului, dacă știm că ea nu este justificată.

Pentru a putea fi eficienți în gestiunea reclamațiilor, firmele trebuie să aibă o orientare spre client. Firma trebuie deci să stimuleze formularea plângerilor, cultura întreprinderii trebuie să fie pro plângeri și reclamații (deoarece ele ajută firma să evolueze), iar angajații trebuie să fie deschiși în preluarea plângerilor.

Ca gestiunea reclamațiilor să fie corectă, trebuie stabilită cum și unde se primesc reclamațiile și modul în care vor fi prelucrate acestea, totodată cine le va prelucra. Trebuie stabilită cum se tratează reclamațiile, dar și modul în care vor fi rezolvate reclamațiile. Este foarte important ca reacția personalului la reclamații să fie una pozitivă. Reclamațiile nu trebuie luate personal, doar dacă se referă la o persoană din cadrul firmei.

S-a arătat că dacă un centru de legătură poate rezolva o problemă de la un client ca acesta să fie funcțional pentru consumator, atunci consumatorul care s-a plâns devine mulțumit și i se poate măria loialitatea față de companie cu până la 50%. De obicei dacă compania recheamă consumatorul sau consumatorul trebuie să resune, mulțumirea și loialitatea scade cu 10%.

S-a demonstrat și faptul că acei consumatori care au devenit mulțumiți în urma unei probleme rezolvate au arătat mai mare loialitate decât aceia care nu au avut nicio problemă.

În urma plângerilor, consumatorul intră în dialog cu compania asigurând astfel cooperare. Pentru o companie acest lucru este o șansă, deoarece dacă rezolvă bine plângerile poate să le folosească pentru a măria loialitatea consumatorului.¹

¹ Constantin Draghici – Managementul relațiilor cu clienții, Editura Sitech, București, 2009, pagina 111-112

1.3. Etapele procesului de tratare a reclamațiilor

1. Comunicarea. Informațiile privind procesul de tratare a reclamațiilor vor fi puse prompt la dispoziția clienților, într-un limbaj clar, în formate accesibile tuturor. Exemple de astfel de informații:

- unde pot fi făcute reclamațiile;
- cum pot fi făcute reclamațiile;
- informațiile care trebuie furnizate de reclamant (prin completarea unui formular);
- procesul de tratare a reclamațiilor;
- perioadele de timp asociate cu diferite faze din proces;
- opțiunile reclamantului pentru remediere, inclusiv prin mijloace externe
- cum poate obține reclamantul feedbackul privind stadiul reclamației.

2. Primirea reclamației.

3. Urmărirea reclamației. Reclamația se va urmări de la primirea inițială, de-a lungul întregului proces până când reclamantul este satisfăcut sau este luată decizia finală.

4. Confirmarea de primire a reclamației imediat reclamantului (prin poștă, telefon sau e-mail) de către reprezentantul organizației.

5. Evaluarea inițială a reclamației, după primire, în raport cu criteriile precum severitatea, implicația asupra securității, complexitatea, impactul și necesitatea și posibilitatea acțiunii imediate.

6. Cercetarea reclamațiilor. Nivelul cercetării ar trebui să fie proporțional cu gravitatea, frecvența apariției și severitatea reclamației.

7. Răspunsul la reclamații. În cazul în care reclamația nu poate fi rezolvată imediat, aceasta va fi tratată astfel încât să ducă la o rezolvare eficientă cât de curând posibil.

8. Comunicarea deciziei. Decizia sau orice acțiune întreprinsă privind reclamația, care este relevantă pentru reclamant sau personalul implicat, va fi comunicată îndată ce decizia sau acțiunea este luată.

9. Închiderea reclamației. Dacă reclamantul acceptă soluția propusă, atunci aceasta va fi îndeplinită și înregistrată. Dacă reclamantul respinge soluția propusă, reclamația rămâne deschisă iar reclamantul va fi informat cu privire la alternativele pe care le are de a face recurs. În astfel de situații, organizația va continua să urmărească evoluția reclamației până când toate opțiunile rezonabile de recurs (intern sau extern) sunt epuizate sau reclamantul este satisfăcut.

1.4. Principiile procesului de tratare a reclamațiilor

Pentru tratarea eficientă a reclamațiilor, organizațiile trebuie să respecte următoarele principii:

1. Vizibilitate. Informațiile referitoare la modul și locul în care se poate formula o reclamație trebuie făcute publice pentru clienți, personal și alte părți interesate.

2. Accesibilitate. Un proces de tratare a reclamațiilor trebuie să fie ușor accesibil tuturor reclamantilor, să fie disponibile informații privind formularea și rezolvarea reclamațiilor, formulate clar. Informațiile și asistența în formularea reclamației trebuie să fie disponibile, în aceeași limbă sau format în care au fost oferite / furnizate produsele.

3. Capacitate de răspuns. Fiecare reclamant va trebui să primească imediat confirmarea de primire a reclamației. Reclamațiile trebuie tratate prompt, în concordanță cu urgența lor. Organizația trebuie să trateze reclamantii cu politețe și să îi țină la curent cu evoluția reclamației lor în procesul de tratare a reclamațiilor.

4. Obiectivitate. Fiecare reclamație trebuie tratată într-un mod echitabil, obiectiv și imparțial în cadrul procesului de tratare a reclamațiilor.

5. Costuri. Accesul la procesul de tratare a reclamațiilor trebuie să fie gratuit pentru reclamant.

6. Confidențialitate. Procesul trebuie conceput astfel încât să protejeze identitatea reclamantului și a clientului, atât cât este posibil în mod rezonabil. Acest aspect este foarte important

pentru a evita împiedicarea posibilelor reclamații din partea persoanelor care se tem că furnizarea de detalii ar putea duce la neplăceri sau discriminări.

7. Abordarea orientării către client. Organizația trebuie să adopte o abordare orientată către client, să fie deschisă la feed-back și să demonstreze prin acțiunile sale, implicare în rezolvarea reclamațiilor.

8. Responsabilitate. Organizația trebuie să stabilească clar responsabilitatea pentru acțiunile și deciziile sale și raportarea acestora, privind tratarea reclamațiilor.

9. Îmbunătățire continuă. Îmbunătățirea continuă a procesului de tratare a reclamațiilor și a calității produselor trebuie să devină un obiectiv permanent al organizației care dorește și își propune să rezolve reclamațiile clienților.

Pentru a fi în stare să trateze cu succes orice reclamație, organizația trebuie să planifice și să proiecteze un proces de tratare a reclamațiilor eficace și eficient pentru a crește loialitatea și satisfacția clientului cât și pentru a îmbunătăți calitatea produselor furnizate. Acest proces ar trebui să cuprindă un set de activități interrelaționate care funcționează armonios și utilizează resurse diverse de personal, de informații, materiale, financiare și de infrastructură, pentru a se conforma politicii de tratare a reclamațiilor și a îndeplini obiectivele.¹

Organizația este necesar să își stabilească o politică privind rezolvarea reclamațiilor explicit orientată către client. Politicile referitoare la calitate și tratarea reclamațiilor ar trebui puse de acord.

Politica va fi disponibilă și cunoscută de întregul personal, clienți și alte părți interesate.

Atunci când se stabilesc politica și obiectivele pentru procesul de tratare a reclamațiilor, ar trebui avuți în vedere următorii factori:

- orice cerințe legale și reglementate relevante;
- cerințe financiare, operaționale și organizaționale;
- datele provenite de la clienți, personal și alte părți interesate.

Pentru o bună desfășurare a procesului de tratare a reclamațiilor, acesta trebuie planificat, proiectat, implementat, menținut și îmbunătățit continuu în conformitate cu politica organizației referitoare la tratarea reclamațiilor, iar această responsabilitate revine managerului de vârf ca și identificarea și alocarea resurselor de management necesare.

După ce a fost desemnat managerul pentru tratarea reclamațiilor acestuia îi revin următoarele responsabilități privind:

- stabilirea unui proces de monitorizare, evaluare și raportare a performanței;
- raportarea referitoare la procesul de tratare a reclamațiilor către managementul de la vârf, cu recomandări de îmbunătățire;
- menținerea desfășurării eficace și eficiente a procesului de tratare a reclamațiilor, inclusiv recrutarea și instruirea personalului corespunzător, cerințele tehnologice, documentația, stabilirea și respectarea termenelor țintă stabilite și alte cerințe, și analizele procesului.

Toți angajații care vin în contact direct cu clienții trebuie să:

- să fie instruit în tratarea reclamațiilor,
- să se conformeze oricărei cerințe de raportare privind tratarea reclamațiilor stabilite de organizație,
- să trateze clienții în mod politicos și să răspundă prompt la reclamațiile lor sau să-i îndrume către persoana adecvată,
- să prezinte aptitudini interpersonale și de comunicare bune.

¹ Bruhn, M. - Orientarea spre client – Temelia afacerii de succes, Editura Economică, București, 2005, pagina 49-50

CONCLUZII

Principala dificultate in sensul orientarii spre client si al evaluarii continue a satisfactiei clientilor este adeseori mai mult de natura culturala decat manageriala. Aceasta dificultate nu consta in capacitatea de a utiliza instrumente adecvate de evaluare, cat de a transpune in actiuni adecvate datele si informatiile colectate si prelucrate ca urmare a aplicarii acestor instrumente.

Deci pentru un comerciant sa aiba cat mai putine reclamatii sau poate chiar deloc, este necesara atenta a tuturor problemelor ce apar din partea clientilor. Asadar, un comerciant bine pregatit va avea si clienti multumiti.

BIBLIOGRAFIE

1. **Peppers D., Rogers M.** – Managing Customer Relationships, 2007
2. **Bruhn, M.** – Orientarea spre client - Temelia afacerii de success, 2005
3. **Constantin Draghici** – Managementul relatiilor cu clientii, 2009

BRANDUL NAȚIONAL DE TURISM AL ROMÂNIEI

Cristina DOROFTEI¹

Abstract

În prezent, turismul are o importanță destul de semnificativă asupra dezvoltării economice a unei țări sau zone, acesta generând venit și noi locuri de muncă. Turismul reprezintă unul dintre cele mai vizibile aspecte ale brandingului de țară, care implică investiții atât în industrie cât și în activități de marketing. La rândul său, brandul de țară joacă un rol esențial în promovarea unei țări ca zonă turistică prin realizarea unei imagini cât mai pozitivă și clar definită, printr-un logo și un slogan atractive. În cazul României, turismul a fost principalul domeniu care a atras cele mai controversate campanii de imagine de țară, în ultimi ani.

Scopul acestei lucrări este de a prezenta evoluția brandurilor turistice din Romania și apoi selectarea a două branduri pentru a le analiza punctele slabe și punctele forte și de a găsi soluții pentru îmbunătățirea acestora. Voi aborda un studiu de caz despre cele mai cunoscute branduri turistice ale României, și anume: „Explore the Carpathian Garden” și „Dracula”. Ca metodologie voi folosi analiza SWOT pentru a scoate în evidență lipsurile brandului turistic românesc și apoi găsirea de soluții noi pentru a putea avea o imagine mai bună care să atragă câți mai mulți turiști. Rezultatele așteptate sunt de a analiza principiile după care România se ghidează în promovarea brandului turistic național și dacă aceasta a reușit până acum să aibă un brand de țară clar definit, un logo și un logo atractiv.

Cuvinte cheie: *turism, branding de țară, Explore the Carpathian Garden, Dracula, analiza SWOT.*

Introducere

În această lucrare voi analiza politica de brand național în domeniul turismului a României, ceea ce presupune studierea domeniului politicilor publice. Acest domeniu reprezintă „ansamblul activităților derulate de autoritățile publice pentru realizarea de strategii, planuri de acțiune ce au ca finalitate realizarea obiectivelor guvernării unui stat, la nivel național sau a obiectivelor și a sarcinilor diferitelor autorități publice, la nivel local sau pe domenii de activitate.”² Autoritatea publică care se ocupă de domeniul turismului este reprezentată de Ministerul Dezvoltării Regionale și Turismului. Turismul a fost și este un domeniu important pentru economia unei țări, iar imaginea pe care o percep turiștii despre o țară este esențială, deoarece fiecare dintre noi dorește să viziteze locuri interesante, atractive, unde oamenii sunt primitivi.

Obiectivele propuse ale acestui studiu sunt: de a prezenta evoluția brandurilor turistice din România și studierea mai pe larg a două branduri recente, mai exact „Explore the Carpathian Garden” și „Dracula”. Pentru a realiza aceste obiective este necesară analiza SWOT pentru a vedea punctele forte și punctele slabe, cât și oportunitățile și amenințările brandurilor naționale de turism ale României. Analiza SWOT reprezintă „una dintre cele mai răspândite metode de evaluare calitativă folosită la identificarea argumentelor pro și contra, a impactului mediului extern, precum și

¹ Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: dorofteicristina20@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asit. univ. dr. Neaga Diana Elena (diana_elena_neaga@yahoo.com).

² Gabriel Moinescu, *Politici publice*, (Editura Sitech, Craiova, 2008), pag. 12

a factorilor de risc.”¹ Denumirea provine de la acronimul în limba engleză Strengths care înseamnă puncte forte și care se referă, spre exemplu la avantajele pe care le are o politică publică, Weaknesses-puncte slabe adică aspectele negative sau lipsuri ale unei politici, Opportunities-opportunități și Threats-amenințări care se referă la avantajele și respectiv dezavantajele exterioare unei politici. Această analiză este o tehnică simplă și apreciată, ce s-a creat în domeniul marketingului și al planificării strategice în afaceri, dar este folosită și în cadrul elaborării sau modificării politicilor publice, în evaluarea alternativelor și a procesului decizional. Din păcate, brandul turistic național nu este foarte exploatat în țara noastră fiind puțini cei care au scris în acest domeniu. Prin intermediul analizei SWOT se pot oferi puncte de plecare în corectarea politicilor, dar și scoaterea în evidență a punctelor forte a acestora, precum și riscurile și oportunitățile viitoare.

Brandul de țară și turismul

În general, brandul este văzut ca fiind imaginea unei țări, ceea ce presupune felul în care percepem o țară ca o eventuală destinație turistică, ca un loc profitabil pentru a face investiții sau ca sursă pentru unele bunuri. Brandul unei țări este un fenomen complet nou, dar devine din ce în ce mai important în lumea contemporană, unde aproape totul este „branduit.”² Brandingul comunităților, fie că ne referim la orașe, regiuni sau țări reprezintă o nouă manifestare a competiției din ce în ce mai strânsă pentru resurse, acestea din urmă sunt sub forma turiștilor, a investițiilor, a dezvoltărilor industriale și comerciale, adică sub toate formele care pot genera activitate economică ce va conduce la dezvoltarea zonei respective.

Nworah definește crearea unei imagini de țară ca reprezentând “procesul prin care o țară caută în mod activ să creeze o identitate unică și competitivă cu scopul de a se poziționa atât intern, cât și extern ca o bună destinație pentru comerț, turism și investiții.”³

Ceea ce este foarte important în crearea unui brand de țară este faptul că trebuie să se țină cont de principalele aspecte care pot influența imaginea țării respective. Spre exemplu, din punct de vedere al riscului de țară, în ceea ce o privește pe România i s-a acordat de către compania de evaluare și consultanță Coface calificativul B de risc, ceea ce înseamnă că țara noastră are un mediu politic și economic instabil. Riscul de țară se referă la probabilitatea pierderilor financiare în afacerile internaționale, pierderi generate de unele evenimente macroeconomice și/sau politice din țara analizată.

International Country Risk Guide⁴ grupează componentele riscului de țară în trei categorii, și anume:

- a) riscul politic ce necesită, spre exemplu evaluarea stabilității guvernamentale, conflictele interne și externe, corupția calitatea birocrăției;
- b) riscul economic, la stabilirea acestuia trebuie să se țină cont de produsul intern brut pe locuitor, rata anuală a inflației, deficitul bugetar;
- c) riscul financiar care cuprinde rata datoriei externe în produsul intern brut, serviciul datoriei externe, lichidarea netă și acoperirea pe luni a importului.

Așadar, având în vedere faptul că România are probleme în ceea ce privește politica și economia țării, astfel trebuie să gestioneze resursele financiare exact acolo unde este nevoie urgentă și să stabilească niște obiective clare pentru a își îmbunătăți imaginea de țară.

¹ Sandra Briggs, Baiba Peterson, Manual de metode folosite în planificarea politicilor publice și evaluarea impactului, București, 2006, pag. 35, 11.03.2013, http://www.minind.ro/politici_publice/manual_metode_planificare_politici_publice_evaluare_impact_pdf

² Aldea Valentin, *Branding de tara*, (Editura Sigma, Bucuresti, 2008), pag. 100

³ Luminița Nicolescu, *Imaginea României sub lupă! Branding și rebranding de țară*, (Editura ASE, București, 2008), pag. 32

⁴ Irina Isaic Maniu, Măsurarea și analiza statistică a riscului în România, 19.03.2013, <http://www.biblioteca-digitala.ase.ro/biblioteca/carte2.asp?id=206&idb=>

Obiectivele brandingului de țară au ca principale scopuri stimularea exporturilor, creșterea turismului, atragerea de investiții străine și combaterea unor idei negative despre imaginea țării respective.

Turismul reprezintă unul dintre cele mai vizibile aspecte ale brandingului de țară, care de multe ori implică investiții substanțiale atât în industrie, cât și în activități de marketing. Pentru a crea o imagine completă unei țări este necesară asocierea imaginii prin turism cu alte domenii de comunicare despre țara respectivă. Promovarea turismului prin imaginea de țară se face cu ajutorul publicității în media internațională, realizată de către instituții specializate ale statului și de asociații profesionale în domeniu, și susținută de o promovare mai amplă de către asociații și firme de turism, la nivel individual.

În ceea ce privește formarea brandului, acesta implică identificarea, realizarea și comunicarea componentelor identității care sunt favorabile anumitor grupuri țintă: se adresează emoțiilor, actelor introspective și constante, are mai multe aspecte, se referă la active/ valori, cu sentimente și ia în considerare preferințele. Destinațiile întâmpină probleme specifice în crearea de branduri deoarece acestea nu pot schimba resursele de bază și istoria țării.

Brandul unei țări are o importanță destul de mare în ceea ce privește modelarea destinului ei economic, politic și cultural, cât și competitivitatea acesteia în plan internațional.

Pentru a crea o imagine unei țări, în mod eficient, putem să apelăm la utilizarea marketingului strategic pentru a putea promova imaginea țării, turismul și investițiile străine directe. Marketingul strategic reprezintă “ansamblul criteriilor de decizie care ghidează comportamentul unei întreprinderi în vederea realizării obiectivelor propuse.”¹

Din 1980 și până în 1990, managementul strategic este cel care este adoptat în sectorul serviciilor și în cel manufacturier, iar în ultimul deceniu a fost mult dezbătut în domeniul turismului. Marketingul turistic are rolul de a stimula cultura consumatorului, care este în creștere în întreaga lume. Managementul strategic este reprezentat ca fiind “procesul de analiză a situației prezente și viitoare, de formulare și de adoptare pe termen lung a obiectivelor întreprinderii, de implementare și de control al deciziilor concentrate pe realizarea acestor obiective în condițiile de mediu prezente și viitoare.”²

În funcție de obiectivele de marketing există mai multe tipuri de strategii, și anume:

- Creșterea cotei de piață, ceea ce presupune strategia de îmbunătățire a calității produselor, a serviciilor turistice și dezvoltarea gamei de prețuri și / sau creșterea cheltuielilor cu publicitatea,
- Intrarea pe noi piețe prin intermediul dezvoltării de noi produse turistice, achiziționarea unui produs, mărci sau întreprinderi,
- Câștigarea unei poziții superioare (lider pe piață) ce se realizează prin distribuția exclusivă și /sau promovare de înaltă calitate și /sau prețuri adecvate,
- Îmbunătățirea imaginii firmei sau a produselor ei care se poate face prin relansarea gamei de produse, a serviciilor turistice de calitate superioară și o campanie de publicitate adecvată. Aceste obiective și strategii de marketing au un rol destul de important asupra realizării unui brand.

Însă realizarea brandului de țară se mai poate concepe și cu ajutorul brandurilor de oraș sau de regiune, deoarece imaginile promovate în aceste zone își pun amprenta asupra imaginii țării.



Un exemplu de brand de oraș important pentru imaginea țării respective este brandul orașului Edinburgh din Scoția – „Orașul care inspiră”. Acest oraș este cunoscut pentru patrimoniul său bogat și divers, care găzduiește foarte multe festivaluri, evenimente și

¹ Aurelia Felicia Stăncioiu, *Strategii de marketing în turism*, (Ediția a doua revizuită și adăugită, Editura Economică, București, 2004), pag.88

² Ibidem⁴, pag.25

expoziții internaționale. Brandul regiunii reprezintă o componentă esențială a strategiei și a planului de acțiune a Forumului Economic Local și a Grupului de Acțiune în Domeniul Turismului din Edinburgh. Obiectivul brandului „Orașul care inspiră” a fost de a “construi și comunica o identitate puternică și plină de înțeles care înglobează cu acuratețe atributele unice, valorile și personalitatea orașului Edinburgh.”¹ În prezent, acest oraș este considerat ca principalul motor al întregii economii scoțiene.



În cazul României, cel mai important și cunoscut brand de oraș îl reprezintă Programul Sibiu, Capitală Culturală Europeană 2007 - sub deviza „City of Culture –City of Cultures”² care are ca scopuri principale îmbunătățirea imaginii orașului Sibiu pe plan internațional, dezvoltarea culturală și cooperarea la nivel european. Încă din anul 2005, sibienii au început să se pregătească să devină o Capitală Culturală Europeană cu ajutorul marketingului de loc, dar și printr-o strategie de dezvoltare bine pusă la punct de

către primăria Sibiu ce a constat în: înființarea unui birou specializat pentru turism, crearea unor materiale de promovare, participarea la târguri de profil din țară și străinătate cât și transmiterea de informații către mass-media internă și internațională cu privire la importanța orașului Sibiu ca zonă turistică.

Evoluția capacității și activității de cazare turistică din Sibiu

Județe Anii	Capacitate de cazare		Sosiri (mii)	Innoptari (mii)	Indicii de utilizare netă a capacității în funcțiune (%)
	Existentă (locuri)	În funcțiune (mii locuri- zile)			
Sibiu					
1995	5611 ¹⁾	1436.7	234.6	446.4	31.1
2000	5269 ²⁾	999.9	156.8	275.3	27,5
2001	5183 ²⁾	972.9	165.6	309.8	31.8
2002	4583 ²⁾	831.9	164.5	293.5	35.3
2003	4449 ²⁾	994.2	188.2	316.2	31.8
2004	4589 ²⁾	1107.5	214.9	368.3	33.3
2005	4754 ²⁾	1162.8	228.6	369	31.7
2006	4333 ²⁾	1384.3	252.7	434.5	31.4
2007	5123 ²⁾	1752.3	327.9	530.1	30.3

¹ Ruxandra Irina Popescu, Rolul strategiei în promovarea și dezvoltarea orașelor, pag. 126, 13.03.2013, <http://www.rtsa.ro/files/TRAS-20-2007-8Popescu.pdf>

² Sibiu Capitala Culturală Europeană 2007, Strategia Sibiu 2007, <http://www.sibiu2007.ro/ro3/strategia.htm>

2008	5265 ²⁾	1536.1	287.1	459.3	29.9
2009	6013 ²⁾	1604.3	244.7	381.7	23.8
2010	6538 ²⁾	2018.6	228.2	401.6	19.9

¹⁾ Capacitatea de cazare existentă la sfârșitul anului

²⁾ Capacitatea de cazare existentă, la 31 iulie

Sursa: <http://www.sibiu.insse.ro/main.php?lang=fr&pageid=496>

Orașul Sibiu merită titlul de capitală culturală deoarece aici își desfășoară activitatea mai multe teatre, o orchestră filarmonică și câteva muzee, dintre care cele mai cunoscute sunt Muzeul Național Brukenthal și complexul Național ASTRA. Tot aici se organizează mai multe evenimente importante, cum ar fi: Festivalul Internațional de Teatru, Festivalul de Jazz, Festivalul ARTmania și Festivalul de film documentar “Astra film.”

Aceste două branduri de oraș au în comun faptul că au o cultură bogată și sunt printre cele mai cunoscute orașe la nivelul Europei. În schimb, orașul Edinburgh este mai dezvoltat din punct de vedere economic decât orașul Sibiu, permițându-i celui dintâi să investească mai mult în promovarea și dezvoltarea brandului turistic.

În ceea ce privește turismul, acesta este definit de către J. Medecin ca reprezentând “o activitate din timpul liber care constă în a voiăja sau locui departe de locul de reședință, pentru distracție, odihnă, îmbogățirea experienței și culturii datorită cunoașterii unor noi aspecte ale activității umane și a unor peisaje necunoscute.”¹

Turismul are o serie de efecte pozitive dar și negative asupra dezvoltării unei țări sau zone. Efectele pozitive ale turismului sunt: în primul rând contribuie la dezvoltarea economică a unei zone sau țări, reprezintă o sursă importantă de creare de noi locuri de muncă pentru un număr semnificativ de persoane, contribuie la creșterea gradului de urbanizare a unor țări și cel mai important lucru, dezvoltă și alte sectoare: transportul aerian și feroviar, agricultura, construcțiile, comerțul, stabilimentele culturale.

Efectul negativ ale turismului ar consta în faptul că, datorită dezvoltării prost planificate al acestuia poate conduce la creșterea poluării, la degradarea siturilor și a monumentelor istorice. Mediul înconjurător este foarte important pentru turism deoarece reprezintă domeniul de activitate și locul în care se desfășoară acesta. Organizația Mondială a Turismului consideră că: „turismul durabil dezvoltă ideea satisfacerii nevoilor turiștilor actuali și a industriei turistice și, în același timp, a protejării mediului și a oportunităților pentru viitor, menținându-se integritatea culturală, ecologică, diversitatea biologică și toate sistemele ce susțin viața.”²

Astfel, turismul durabil implică conservarea resurselor naturale, istorice și culturale pentru a putea beneficia și generațiile viitoare de acestea.

Din aceste motive, Codul mondial de etică în turism, adoptat de Adunarea Generală a OMT, la Santiago de Chile, din 1999, evidențiază „voința de a promova, peste tot în lume, un turism responsabil și durabil, în beneficiul tuturor: statele lumii, operatori turistici, turiști, dar și populațiile locale.”³

Codul mondial de etică în turism cuprinde un set de principii ce se adresează guvernelor, angajaților din turism, turiștilor și chiar membrilor comunităților. Acest set de principii cuprinde: contribuția turismului la înțelegerea reciprocă și respectul între popoare și societăți, turismul ca

¹ Gruescu Ramona, *Turism International*, (Editura Universitaria, Craiova, 2010), pag.11

² Gianina Buruiană, *Politici Macroeconomice în Turism*, (Editura Uranus, București, 2008), pag.64

³ Ion Dănuț Jugănar, *Politici si strategii in turismul mondial*, (Editura Expert, Bucuresti, 2007), pag. 264

posibilitate de împlinire individuală și colectivă, ca factor al dezvoltării durabile, libertatea de mișcare turistică.

Tot în același an, Comisia Europeană înființează un grup de lucru sub numele de “Promovarea protecției mediului înconjurător și a dezvoltării durabile în materie de turism.” Acest grup a propus Agenda 21 pentru sectorul turismului la nivel European, în cazul în care acesta o să participe la adoptarea instituțională a politicii pentru încorporarea obiectivelor privind mediul dar și a celor economice și sociale.

Agenda 21 are ca principii generale: adaptarea turismului la conceptul de dezvoltare durabilă, contribuția turismului la durabilitate, întărirea rolului Uniunii Europene, în respectul principiului subsidiarității și punerea în practică a Agendei 21.

Politicile de brand în domeniul turismului din România

Turismul reprezintă pentru țara noastră unul dintre sectoarele prioritare și care constituie un factor important pentru dezvoltarea economică.

Strategia de dezvoltare economică a României între 2007-2013, în aprilie 2006, susține faptul că:

“România se poate lăuda cu resurse naturale extraordinare și cu un patrimoniu cultural și istoric bogat. Crearea brandului turistic național reprezintă o prioritate. În acest sens, crearea de obiective și destinații turistice (pentru iarnă și pentru vară) este necesară, pentru a îmbunătăți imaginea României și oferta turistică.”¹

Programul de guvernare 2009-2012 a avut ca obiective principale: creșterea competitivității și atractivității României ca destinație turistică și a turismului românesc la nivel regional și internațional; conservarea și reabilitarea obiectivelor turistice care fac parte din patrimoniul cultural universal și național, în colaborare cu autoritățile publice centrale și locale sau în parteneriat public-privat; dezvoltarea și modernizarea infrastructurii de turism; creșterea calității produselor și serviciilor turistice din România și creșterea numărului de locuri de muncă în turism.²

Programul de guvernare propus de USL în domeniul turismului are la bază crearea și dezvoltarea următoarelor programe:

- Programul Național pentru Realizarea de Centre Balneare cu scopul de a susține turismul balnear, în localitățile care dispun de resurse geotermale sau alte resurse cu potențial terapeutic;
- Programul Național pentru Turism Verde în localitățile care dispun de valori naturale protejate sau dispun de zone verzi cu potențial turistic în cadrul localităților care pot fi exploatate în scop turistic;
- Programul Național pentru reabilitarea infrastructurii de acces în Stațiunile Turistice precum și reabilitarea rețelelor de utilități publice din stațiuni.³

Programul de guvernare propus de ARD în ceea ce privește turismul are ca obiective următoarele:

- crearea și modernizarea infrastructurii de turism pentru valorificarea resurselor naturale și creșterea calității serviciilor turistice;
- conservarea obiectivelor turistice care fac din patrimoniul cultural universal și național, modernizarea infrastructurii conexe;
- dezvoltarea turistică adaptată la specificul regional și la crearea de servicii turistice de masă și de nișă, la standarde calitative competitive;
- creșterea atractivității României ca destinație turistică prin campanii eficiente de brand și marketing turistic.¹

¹ Ibidem ³, pag. 215

² Program de Guvernare 2009-2012, 23.03.2013, <http://www.cdep.ro/pdfs/guv200912/ProgramGuvernare.pdf>

³ Programul de Guvernare 2012, pag. 37, 13.03.2013, http://media.rtv.net/other/201205/programul-de-guvernare-2012_57741500.pdf

Prin cele prezentate mai sus am vrut să scot în evidență faptul că turismul reprezintă un domeniu important pentru dezvoltarea României.

În ultimii ani, România a promovat la întâmplare diferite componente ce contribuie la crearea unei imagini de țară: turismul, Brâncuși, produsele made in Romania, Festivalul Enescu și diverse târguri comerciale. Fiecare minister și-a promovat activitățile cum au știut mai bine, de unul singur, iar campaniile de imagine ale României au fost lipsite de cea mai elementară coordonare.

Turismul a fost principalul domeniu care a atras și atrage cele mai controversate campanii de imagine de țară, în experiența ultimilor ani, orientându-se mai mult către publicul intern.



În 2001, România a lansat prima sa campanie promoțională la nivel internațional cu scopul de a avea o imagine de țară mai bună și de a atrage turiști străini. Aceasta este cunoscută sub numele de “România mereu surprinzătoare”, o campanie care s-a transmis la TV și prin panotaj stradal, realizată de Ogily & Mathers Romania.

Campania a fost criticată datorită costurilor sale destul de ridicate de aproximativ 20 milioane USD. Țintind europenii cu un nivel mediu de educație, cu vârste cuprinse între 30 și 55 de ani, Campania “România mereu surprinzătoare” a urmărit să schimbe percepția străinilor despre țara noastră și să anunțe că serviciile din turismul românesc s-au îmbunătățit.

În concluzie, această campanie are un slogan ambiguu și nepersonalizat deoarece turiștii străini își pot pune întrebarea: România este surprinzătoare în bine sau în rău?

Alte proiecte care s-au bazat pe imaginea României ca destinație turistică au fost: albumul foto “Eterna și fascinantă Românie” în 1996 și “Imaginează-ți România” în 2005.

Albumul foto Eterna și fascinantă Românie a costat aproximativ 6 milioane de dolari și trebuia să fie o apariție editorială de succes, dedicată promovării externe a imaginii țării noastre.

Imaginează-ți România a constat în organizarea de seminarii și workshopuri pentru a dezbate imaginea pe care o are România și inițierea de proiecte pentru a îmbunătăți imaginea acesteia.

În anul 2005, Agenția pentru Strategii Guvernamentale este cea care preia problema brandingului de țară. Aceasta a început o campanie pentru realizarea unui brand de țară printr-o serie de studii privind modul în care sunt văzuți românii în străinătate, un “Manual de Identitate Vizuală pentru Administrația Publică”, și discuții cu personalități ale vieții publice românești. Proiectul nu a avut ca finalitate crearea unui brand, deoarece această sarcină a fost preluată de către Ministerul Afacerilor Externe. În același timp, Autoritatea Națională pentru Turism a realizat studii despre imaginea României ca destinație turistică, în țări precum: Germania, Italia, Norvegia, Suedia și Marea Britanie. Principala concluzie a fost că majoritatea călătoriilor turiștilor străini care vin în România sunt un fel de vacanțe pentru a-și vizita rudele sau prietenii, mai degrabă, de cât o vacanță în adevăratul sens al cuvântului.

În anul 2006, publicațiile „Banii Noștrii” și “Eurolider” au organizat un seminar cu ocazia primei ediții a Conferinței Internaționale de Branding, unde Simon Anholt afirma faptul că, „România va trebui să-și cristalizeze acum identitatea națională. Astfel riscă să fie ștersă de pe hartă în zece ani și să devină un cartier al Europei.”²

În 2008, Ministerul pentru Întreprinderi Mici și Mijlocii, Comerț, Turism și Profesii Liberale este cea care preia problema creării unei imagini pozitive a României ca destinație turistică prin definirea și promovarea brandului turistic național. Ministerul organizează o licitație internațională

¹ ARD, Repornește România, program de guvernare 2013-2016, București, octombrie, 2012, pag. 36, http://media.hotnews.ro/media_server1/document-2012-11-6-13561607-0-program-guvernare-ard-6-noiembrie-2012.pdf

² Luminița Nicolaescu, *Imaginea României sub lupă. Branding și rebranding de țară*, (Editura ASE, București, 2008), pag. 55

numită “Brandul de turism al României.” Bugetul alocat acestei inițiative a fost de 75 de mil. de euro, din care 85% provenit din fondurile structurale alocate de Comisia Europeană, restul fiind suportat de către statul român.

Construirea și promovarea brandului turistic al României reprezintă unul dintre proiectele principale ale Ministerului pentru Întreprinderi Mici și Mijlocii, Comerț, Turism și profesii liberale pentru perioada 2007-2013, care are finanțare europeană.

Pentru ca aceste politici să se fi realizat cu succes trebuia să țină cont de următoarele condiții de implementare perfectă a unei politici a lui Hogood și Gun, și anume:

- circumstanțele exterioare agenției responsabile cu implementarea unei politici nu impun constrângeri paralizante,
- programele trebuie să dispună de timpul și resursele necesare,
- combinația necesară de resurse să fie disponibilă,
- politica ce urmează a fi implementată trebuie să se bazeze pe o teorie a cauzelor și efectelor ,
- relația dintre cauză și efect trebuie să fie directă, cu puține, sau chiar lipsită de legături intermediare,
- relațiile de dependență trebuie să fie minime,
- trebuie să existe o înțelegere și un acord asupra obiectivelor,
- sarcinile trebuie să fie definite în totalitate și încadrate corect în secvențe,
- trebuie să existe o coordonare și o comunicare perfectă,
- cei cu autoritate trebuie să solicite ascultare și să fie ascultați.¹

Aceste condiții sunt foarte greu de atins în realitate, iar în ceea ce privește turismul lucrurile par a fi și mai complicate. Schimbările frecvente, existența unor autorități diferite care se ocupă de turism, lipsa unei planificări strategice atrag atenția asupra dificultăților de implementare ale politicilor în turism și cu atât mai mult ale politicilor de brand.

Analiza brandurilor turistice naționale “Explore the Carpathian Garden ” și „Dracula” Brandul turistic “Explore the Carpathian Garden”



După 15 ani de la “Eterna și fascinantă Românie”, țara noastră are un nou slogan turistic: “Explore the Carpathian Garden” ce s-a lansat în iulie 2010. Noul logo invită străinii să exploreze “pădurea carpatică” prin culori vii, predominant nuanțe de verde, dar și portocaliu, galben și albastru. În centrul logoului apare “România” în nuanțe de verde, iar în dreapta sus un element grafic asemănător unei frunze de-a lungul unei ape curgătoare. Noul brand a fost prezentat la Shanghai, cu ocazia Zilei României, la expoziția mondială 2010.

Modelul acestui brand național de turism se bazează pe “promisiunea brandului de satisfacție profundă și nivel ridicat de recunoaștere ca explorator al unei destinații intacte și noi, care nu se regăsește pe traseele clasice din Europa; elementele principale de diferențiere fiind natura intactă, moștenirea culturală unică, stil de viață autentic în zonele rurale și având ca grup țintă, turiști care caută destinații unice cu natură sălbatică și cultură autentică.”²

Brandul Explore the Carpathian Garden se bazează pe următoarele concepte, și anume:

¹ Adrian Miroiu, *Politici publice*, (Editura Politeia- SNSPA, București, 2002), pag. 128

² România, Explorați Grădina Carpaților, Valori de referință și de identitate vizuală, 15.03.2013, http://www.mdrt.ro/userfiles/brosura_manual_brand.pdf

- Verde și rural. Acest concept se bazează pe climatul, înălțimea munților și tipul de agricultură ce se regăsec în țara noastră și ceea ce reprezintă bazele predominanței culorii verde a acestui brand, dar și pe faptul că părți însemnate ale populației trăiesc în mediul rural, îndeosebi din activități agricole.

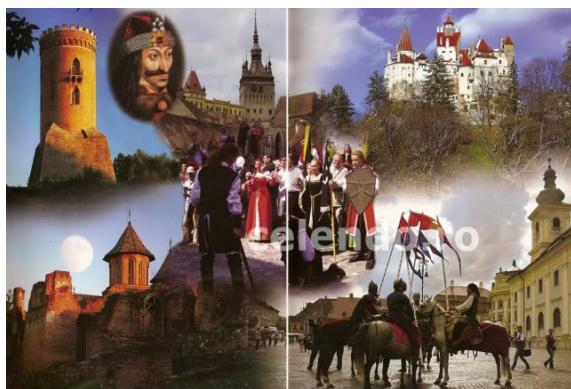
- Autentic, pur și inocent. Acest concept se referă la faptul că România încă își păstrează ospitalitatea și tradițiile locale, cum ar fi îmbrăcămintea, mâncarea, dansurile și muzica din zonele rurale, iar în multe zone ale țării unde natura a rămas în starea sa pură.

- Amabil și inimos. Chiar dacă serviciile nu sunt peste tot de lux sau exclusiviste, românii știu să își primească oaspeții care le calcă pragul deoarece au o atitudine prietenoasă și caldă.



Acest brand a stârnit mari controverse deoarece logoul României seamănă foarte mult cu un alt logo al unei companii britanice Change Transport care a susținut faptul că logoul putea fi cumpărat de pe internet cu suma de 250 de dolari, pe când Ministerul Turismului a plătit 890 de mii de euro unei firme spaniole THR-TNS, una dintre cele mai importante firme de branding din lume, pentru a realiza acest brand.

Brandul “Dracula”



Acest brand are la bază mitul lui Dracula care este asociat cu Vlad Țepeș și cu castelul Bran.

În 2001 a fost lansat celebrul plan “Dracula Park”, care din păcate nu s-a concretizat, deoarece ridicarea parcului tematic a fost împiedicată din cauza unor probleme cu terenul de la Sighișoara. Mulți români au contribuit cu bani la fondul public de subscriere destinat pentru a se construi Dracula Park, însă numai unii au reușit să își recupereze banii, mai exact investitorii mai mari pentru că

administratorii fondului au decis să înființeze o firmă pentru a administra banii.

O altă tentativă de realizare a acestui brand a fost la începutul anului 2009, atunci când Ministrul Turismului Elena Udrea a susținut că Ministerul Turismului a ajuns la o înțelegere cu proprietarii castelului Bran, familia de Hasburg în ceea ce privește promovarea Castelului Bran ca obiectiv turistic și că va colabora și cu administrația locală din Bran – Moeciu pentru a dezvolta infrastructura.

În 2012, Federația Patronatelor din Turism și Servicii a lansat alături de tour operatorul S&S Travel un produs special destinat turiștilor străini bazat pe faima pe care o are în străinătate legenda lui Dracula. Discover Dracula Tour – the history and the legends, în concepția FPTS și S&S Travel, este mai mult decât un produs turistic, este “o modalitate de promovare a României pe piețele exotice acolo unde promovarea țării noastre încă nu și-a făcut simțită prezența îndeajuns”, a declarat președintele FPTS, Dan Matei Agathon. Proiectul Discover Dracula Tour avea ca scop promovarea mai întâi pe piețele asiatice, mai precis China, Thailanda și Japonia, apoi în Europa și SUA. “Brandul Dracula nu trebuie promovat cu milioane de euro, nici construit, pentru că el există deja. Singura noastră grijă trebuie să fie să aducem turiștii străini pe urmele faimoase ale acestei legende și să le descoperim România. Mulți străini nici nu știu că Transilvania legendei lui Dracula se află într-o țară

numită România. Este greșeala noastră dacă vom lăsa această ignoranță să continue¹, a mai spus Agathon. Discover Dracula Tour - The History and the Legends trebuia să se desfășoare pe o perioadă de opt zile, în cinci orașe.

Circuitul trebuia să înceapă din București și încheierea cu o vizită la Cetatea Sighișoara, printre obiectivele incluse numărându-se Castelul Peleş din Sinaia și Castelul Bran, dar și alte obiective turistice din Brașov.

Tot Agathon a mai afirmat faptul că “nici un circuit anunțat nu a fost implementat de autorități. Până acum avem proiecte și idei.”²

Pentru ca brandul Dracula să fie mai bine promovat ar trebui să facem mai cunoscută istoria lui Vlad Țepeș și mitologia românească prin intermediul unor evenimente, festivaluri, literatură și filme, astfel să ne creăm o imagine specifică și personalizată.

Din păcate, în cultura românească mitul Dracula a fost foarte puțin dezvoltat și promovat, însă străinii au știut să profite de acest mit. Spre exemplu, acest mit românesc a fost promovat pentru prima dată de către un irlandez, Bram Stoker care a scris romanul „Dracula” în 1897, acesta din urmă bazându-se pe personajul principal Conte Dracula, pe elementele mitologice românești și caracteristicile specifice ale lui Vlad Țepeș, acțiunea romanului petrecându-se în Transilvania. Un alt exemplu, în 2012 a apărut la Hollywood filmul animat „Hotel Transylvania” ce a avut un succes mondial, după care puteam să profităm pentru a ne promova nu numai mitul lui Dracula, ci și promovarea Transilvaniei ca zonă turistică în lumea întreagă.

Analiza SWOT

	Explore the Carpathian Garden	Dracula
Puncte forte	<ul style="list-style-type: none"> - România are potențial turistic montan în toate sezoanele, și beneficiază de o faună și floră bogată. - În zonele montane ale României s-au păstrat folclorul și tradițiile. - Promovează natura. 	<ul style="list-style-type: none"> - Este cel mai metiatizat și atractiv dintre brandurile turistice ale României. - Este cel mai cunoscut din lume. - Promovează cultura, tradițiile și miturile românești. - Este un brand specific și personalizat pentru România.
Puncte slabe	<ul style="list-style-type: none"> - Nu are un slogan personalizat deoarece munții Carpați se întind pe teritoriul a șapte state. - Imaginea țării a fost afectată de acuzația că logoul României este aproape identic cu cel al unei companii britanice Change Transport. - Ministrul turismului, Elena Udrea a fost acuzată că suma acordată pentru crearea acestui brand este foarte mare doar pentru o frunză. - Are un slogan și un logo prea simplu 	<ul style="list-style-type: none"> - Deși este foarte cunoscut acest brand, acesta nu a fost promovat suficient de către țara noastră. - Au existat mai multe tentative de a crea acest brand, însă nimeni nu a avut o strategie bine pusă la punct pentru a îl promova pe contele Dracula. - A existat o lipsă de interes și de coordonare pentru a duce la bun sfârșit realizarea brandului Dracula.

¹ Mirabela Tiron, 15.03.2013, <http://www.zf.ro/companii/dracula-tour-pariul-unei-agentii-pentru-atragerea-de-turisti-asiatici-9949749>

² Pot fi Dracula și Ceaușescu agenți turistici pentru Romania? Ce zic specialiștii în domeniu, 24.03.2013, <http://www.stiri-turism.com/category/branding-romania/>

	și banal.	
Oportunități	<ul style="list-style-type: none"> - Ecoturismul este la mare căutare fiind foarte mult preferat de către oamenii care locuiesc în orașe mari și poluate. -Atenția internațională acordată turismului montan în general și domeniului schiabil în principal ar putea aduce mulți turiști în țara noastră dacă am ști să ne promovăm mai bine munții. 	<ul style="list-style-type: none"> - Poate atrage foarte mulți turiști străini deoarece lumea este fascinată de acest mit a lui Dracula. - Prin acest brand România va fi cunoscută în întreaga lume. - Un alt avantaj al brandului Dracula este și faptul că putem promova castelele medievale. - Acest brand poate aduce multe beneficii economice și crearea de noi locuri de muncă.
Amenințări	<ul style="list-style-type: none"> - Domeniul schiabil mai mult dezvoltat în majoritatea țărilor europene. - Calitatea și diversificarea serviciilor turistice pe plan extern ar fi un mare dezavantaj pentru România care mai are mult de investit în dezvoltarea serviciilor turistice. - Preferința unor turiștilor pentru rmare și locuri exotice. - Munții Carpați nu sunt numai în România. 	<ul style="list-style-type: none"> - A fost mai mult promovat și mai bine de către străini, spre exemplu de către scriitorul irlandez Bram Stoker prin romanul “Dracula” și filmul de animație “Hotel Transylvania” regizat de David Feiss și Anthony Stacchi. - Străinii s-au dovedit mult mai inspirați în a promova pe Dracula, astfel câștigând foarte mulți bani. - Se adresează unui public restrâns, deoarece nu tuturor le plac vampirii.

Concluzii

În urma celor analizate România are un potențial turistic bogat, având o istorie și cultură bogată, însă nu a profitat nimeni după aceste lucruri.

În cazul brandului Explore the Carpathian Garden, acesta are un mesaj vag, nepersonalizat deoarece nu numai țara noastră are munți.

Ar fi fost unul de succes dacă se axa mai mult pe prezentarea tradițiilor și poveștile acelor locuri, a oamenilor ce trăiesc în munți, principalele locuri pe care merită să le vezi. Un mare dezavantaj al acestui brand a fost faptul că s-a iscat un scandal pe tema logoului care seamănă mult cu logoul unei firme britanice Change Transport.

În ceea ce privește brandul Dracula, acesta este o poveste fascinantă care a cucerit întreaga lume, însă România nu a știut să își promoveze propriul mit. Spre exemplu, s-a încercat crearea acestui brand în anul 2001 prin proiectul Dracula Park, în 2009 promovarea castelului Bran de către Ministrul Turismului, Elena Udrea sau în 2012 Discover Dracula Tour care se dorea a fi promovat mai întâi pe piețele din Asia, apoi în Europa și SUA.

Însă au știut să profite inspirându-se din acest mit străinii care au creat o poveste fascinantă prin intermediul filmelor cu vampiri și vârcolaci, prin romanul „Dracula” scris de Bram Stoker.

România are nevoie să identifice și să dezvolte un brand turistic în funcție de resursele sale turistice, ale atracțiilor și de facilitățile pe care le pot oferi. Are nevoie de o promovare atractivă în care să construiască și să definească percepția României ca destinație turistică, capabilă să satisfacă nevoile și interesele multor piețe și segmente de piață. Ar trebui să ne uităm la cei care știu să se promoveze pentru a învăța metodele pe care aceștia le folosesc în crearea unui brand de țară. Majoritatea țărilor care reușesc să atragă mulți turiști se axează pe ce au ei mai specific, spre exemplu când ne gândim la Franța ne vine imediat imaginea Turnului Eiffel, sau în cazul Egiptului piramidele.

Astfel România ar putea promova ca brand național, spre exemplu: Coloana Infinitului, Poarta sărutului și Masa Tăcerii a lui Constantin Brâncuși, Sfinxul, Babele și Vulcanii Noroioși sau Delta Dunării ce sunt specifice țării noastre.

În opinia mea cele mai mari greșeli pe care le-a făcut România în crearea brandurilor turistice naționale sunt faptul că și-a propus să creeze o imagine perfectă, nu a transmis un mesaj destul de clar și nu a știut să se axeze pe ce are mai specific.

România este o țară frumoasă, însă are multe probleme în ceea ce privește infrastructura, serviciile de calitate în toate zonele țării, totuși merită vizitată.

Bibliografie:

- Adrian Miroiu, *Politici publice*, Editura Politeia-SNSPA, București, 2002,
Aldea Valentin, *Branding de țară*, Editura Sigma, București, 2008 ,
Aurelia Felicia Stăncioiu, *Strategii de marketing în turism*, Ediția a doua revizuită și adăugită, Editura Economică, București, 2004
Gabriel Moinescu, *Politici publice*, Editura Sitech, Craiova, 2008,
Gianina Buruiiană, *Politici Macroeconomice în Turism*, Editura Uranus, București, 2008,
Gruescu Ramona, *Turism Internațional*, Editura Universitaria, Craiova, 2010,
Ion Dănuț Jugănar, *Politici și strategii în turismul mondial*, Editura Expert, București, 2007,
Luminița Nicolaescu, *Imaginea României sub lupă. Branding și rebranding de țară*, Editura ASE, București, 2008.
http://media.hotnews.ro/media_server1/document-2012-11-6-13561607-0-program-guvernare-ard-6-noiembrie-2012.pdf
http://media.rtv.net/other/201205/programul-de-guvernare-2012_57741500.pdf
http://www.mdrt.ro/userfiles/brosura_manual_brand.pdf
http://www.minind.ro/politici_publice/manual_metode_planificare_politici_publice_evaluare_impact_pdf,
<http://www.sibiu2007.ro/ro3/strategia.htm>,
<http://www.rtsa.ro/files/TRAS-20-2007-8Popescu.pdf>,
<http://www.zf.ro/companii/dracula-tour-pariul-unei-agentii-pentru-atragerea-de-turisti-asiatici-9949749>,
<http://www.cdep.ro/pdfs/guv200912/ProgramGuvernare.pdf>,
<http://www.stiri-turism.com/category/branding-romania/>.

ÎNCEPUTURILE STATULUI MODERN: MACHIABELLI ȘI IBN HALDUN

Ruxandra Elena NEAGU (YILMAZ)*

Ana-Maria POPA*

Abstract

In this paper, we would like to bring into discussion the early moments of a modern Political Science, throughout the analysis of two major political thinkers, N.Machiavelli and his great work of the “Prince” and Ibn Haldun, best known for his “Al Muquaddima”.

The aim of this paper is to present a comparative approach of the concept of state, by outlining its major defining elements, both in Machiavelli’s thinking and Ibn Haldun’s philosophy. Thus, we will make reference to ideas like power, religion, legitimacy, in the European and the Arab-Islamic space.

This research will follow two directions. The first phase draws upon the original works including definitions and clear concepts from the texts. The second phase will bring a comparative analysis of the similar and particular aspects of the concepts.

The strongest point of our paper is represented by the possibility of studying the texts of Ibn Haldun in the original language, for a better understanding of the concepts. The lack of access to prior comparative analysis or papers as well as academic resources represents one of the limits in our work.

In the end we would like to point out the importance of the author’s works, beyond the appreciations and the critiques in the political literature. Future studies will focus on the precise role and appreciations of these works for the European and Muslim scholarship.

Cuvinte cheie: *statul, « assabiyya », putere, religie, legitimitate .*

1. Introducere

Demersul acestei lucrări este de a analiza comparativ conceptul de stat în lucrările de referință a doi reprezentanți a filozofiei și științei politice universale. Plasați într-o realitate temporală asemănătoare – secolele XIV - XV – N. Machiavelli, filozof al spațiului european și Ibn Haldun, istoric al spațiului musulman, ambii sunt considerați teoreticieni ai premodernismului în științele politice. Dincolo de aprecierile consacrate în literatura de specialitate cu referire la cei doi autori, considerăm utilitatea lucrării de față prin faptul că ne propunem să depășim limitarea geografico-temporală în încercarea definirii conceptului de stat. Dacă lucrarea lui N. Machiavelli a avut un impact în societatea medievală prin realismul și capacitatea observatorie din textele sale, influența sa este desăvârșită începând cu secolul al XVI- lea, și la acest nivel opera lui Ibn Haldun este redescoperită tot în secolul al XVI-lea cu particularitate în secolul ce urmează. Fără a fi în mod necesar considerați teoreticieni ai statului modern în sensul strict, atât N. Machiavelli cât și Ibn Haldun se remarcă prin capacitatea de analiză și cercetare a faptelor istorice, sociale sau politice.

* Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: ruxandra.yilmaz@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Valentin Quintus Nicolescu (valentin_nico@yahoo.com).

* Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: popai.anamaria@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Valentin Quintus Nicolescu (valentin_nico@yahoo.com).

Alegerea celor doi gânditori este interesantă întrucât se observă în lucrările lor preferința către descrierea unui sistem de guvernare corect, bazat pe realitatea existentă la acel moment în societățile respective. Motivația pentru alegerea celor doi autori în această discuție despre definirea statului se traduce printr-o dorință de a analiza momentele de început ale unei științe politice moderne, N.Machiavelli în planul unei Europe dominate de regulile medievale și a supremației Bisericii, iar Ibn Haldun prin opera lui inovatoare și de neînțeles pentru contemporanii săi din spațiul medieval islamic.

Discuția noastră privind momentele de început ale teoretizării conceptului de stat prin alegerea celor doi autori este cu atât mai interesantă cu cât ne asumăm poziția de neutralitate în această prezentare comparativă. În literatura de specialitate, studiile comparative privind operele celor doi autori se remarcă prin interesul manifestat în special în mediul academic profund occidental sau în cercurile de interes în țări precum Turcia, în mod special, dar și Maroc sau Egipt. Demersul nostru se constituie printr-o prezentare individuală a fiecărui autor în parte, pentru ca analiza comparativă propriu-zisă să fie exemplificată prin proiectarea unui tabel la finalul lucrării.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Analiza operei lui Niccolo Machiavelli trebuie să se facă în contextul unei Europe dominate de spiritul Renaștist, care creează un fundament istoric și cultural potrivit pentru elaborarea unei noi teorii politice și definirea ideii de stat.

Niccolo Machiavelli (1469-1572) este el însuși un reprezentant al Renașterii prin opera sa teoretică care se transcrie prin urmărirea „adevărului concret al faptelor”, astfel prin descrierea faptelor așa cum sunt ele în realitate. Se remarcă prin viziunea realistă asupra naturii umane care contribuie la instaurarea binelui în „cetate”, - scopul final constituindu-se în guvernarea potrivită a statului.

Prin vasta sa operă teoretică și prin experiența politico-diplomatică care transcende spațiul republicii florentine, N. Machiavelli elaborează o adevărată teorie a politicii, a cărei scop să reprezinte crearea statului modern, eliberat de sub dominația bisericii.

Fără a propune o ierarhie a instituțiilor politice sau a legitima puterea politică, Machiavelli este adeptul unui stat nou, separat de ordinea instaurată în lume de măreția Bisericii dar și de concepția perioadei medievale, caracterizată în principal de legitimarea ereditară a exercitării puterii și o dominație absolutistă a Bisericii. Scopul declarat al lui Machiavelli în *Principele* este acela de a găsi modalitățile de constituire a statelor italiene într-un stat unitar, manifestându-și opțiunea în favoarea principatului.

Opera „*Principele*” poate fi considerată un summum de cunoștințe, sfaturi practice, „o bogată experiență a lucrurilor petrecute în vremurile noastre și dobândită prin lectura neîntreruptă a celor din Antichitate”¹ (revalorificarea în virtutea spiritului Renaștist a operelor greco-latine din Antichitate) și reprezintă o adevărată dezvoltare a artei de a guverna pe care N.Machiavelli o transmite într-o „cărțică” noului conducător al Florenței, Lorenzo de Medici Magnificul. „*Principele* este un tratat de teorie politică în care se vorbește despre arta de a guverna și a conduce statele”². Opera sa apare (1513-1532) în contextul unei Italii divizate fie în republici fie în state conduse de despoți, și caracterizate de rivalități politice în interior și în afara granițelor reprezentând miza de dominație a statelor vecine, astfel că Machiavelli regândește Italia prin unificarea iminentă a unui guvernământ central, reprezentat de un conducător puternic. În acest sens, Machiavelli dorește o delimitare clară de caracteristicile feudalismului și ale Bisericii care controla puterea politică și propune crearea unui stat unitar și puternic prin folosirea oricăror mijloace necesare scopului final înălțător – acela de unificare a Italiei.

¹ Niccolo Machiavelli, *Principele*, (București: Mondero, 2004), 9

² Gh. Lencan Stoica, Machiavelli, filosof al politicii, (București, Ed. Științifică, 2000), 44

Problematica statului este principala dezbateră în demersul de față. Dacă prima parte a lucrării „Principale” analizează modalitățile de constituire a statelor italiene, în cea de-a doua parte ne sunt prezentate aspecte ale guvernării precum și considerații asupra principelui, ca simbol de unitate a statelor italiene.

Precum am precizat anterior, discursul lui Machiavelli merge în direcția creării unei monarhii (principat), în defavoarea unei republici (formă de guvernare pentru care pledează în altă operă majoră „Discursuri”: „voi lăsa deoparte expunerea privitoare la republici, deoarece am tratat în altă parte pe larg despre ele”)¹. Într-o clasificare a principatelor după modul de constituire, principatele ereditare, asupra căroara autorul nu face foarte multe aprecieri, și principatele ecleziastice, se deosebesc de principatele non-ereditare sau principatele noi și principatele mixte. Principatele noi specifice Italiei sunt principatele mixte, iar Machiavelli realizează „o prezentare descriptivă a statelor timpului său care se aplică cel mai bine statelor Italiei”² și care se constituie prin includerea unor teritorii noi statului deja existent sau principate în totalitate noi dobândite „cu arme proprii și cu propriile însușiri”³. O preocupare deosebită o atribuie principatelor noi, și în această discuție un interes deosebit prin exemplificările pe care le face, apelează din nou la modele glorioase ale antichității (Moise, Romulus, Teseu). Poate că cele importante aspecte în ceea ce privește crearea statelor noi sunt relaționate cu poziția unui nou principe, astfel că prezintă situațiile în care un principe poate deveni conducătorul peste aceste noi teritorii și instituții. Machiavelli insistă asupra acestor principate noi în care „un principe, datorită abilității lui politice și armatei sale sau datorită norocului și împrejurărilor, izbutește să-și creeze sau să-și cucerească un principat”⁴. Machiavelli observă că pot deveni principii:

- „aceia care se folosesc de propriile lor însușiri (virtu) și nu printr-o împrejurare norocoasă (fortuna)”⁵, și chiar dacă „obțin principatul cu greutate, îl stăpânesc apoi cu ușurință”⁶

- „aceia care numai print-o soartă norocoasă, din simpli particulari devin principii [...] dar le trebuie mult mai mult pentru ca să păstreze ceea ce au dobândit”⁷

- „pe o cale criminală și nelegiuită”

- „prin favoarea concetățenilor săi”⁸

La acest nivel al analizei se impune introducerea alternativei virtute/putere versus fortuna/noroc, care este cel mai bine analizată în Capitolul IX, în care pentru crearea unui principat civil este nevoie fie de „favoarea poporului” fie de „favoarea celor mari”. Principele trebuie să fie caracterizat de o „viclenie” astfel încât să obțină poziția de putere prin ceea ce se poate defini drept legitimitate carismatică (fortuna), în sensul în care să fie înzestrat cu acele calități (virtu) care să îi permită calitatea de conducător în rândul poporului.

Un alt aspect în discuția despre garantarea sau păstrarea statului care trebuie menționat pornește de la natura umană. În această situație avem în vedere un Machiavelli, precursor al realismului. Natura umană este supusă slăbiciunilor, ambiției și egoismului, astfel că principele trebuie să țină seama de aceste caracteristici ale ființei umane și trebuie să se organizeze și să se susțină numai „dispunând de oameni mulți, de bani” și care „reușesc să-și alcătuiască o armată bună și să se lupte cu oricine ar veni să-i atace”⁹. De remarcat este faptul că Machiavelli insistă pe această dimensiune a metodei de guvernare prin puterea militară, pe care o descrie ca fiind necesară și

¹ *ibid.*, 13

² J.W. Allen, *A history of political thought in the sixteen century*, (London and New York, Routledge Library Editions: Political Science, Volume 16, 2010), 466

³ Niccolò Machiavelli, *Principale*, (București: Mondero, 2004), 25

⁴ Constantin I. Dihoiu, *Conceptia politică a lui N. Machiavelli*, (București, Universul, 1944), 10

⁵ Niccolò Machiavelli, *Principale*, (București: Mondero, 2004), 26

⁶ *ibid.*, 27

⁷ *ibid.*, 28

⁸ *ibid.*, 35

⁹ *ibid.*, 42

posibilă prin crearea unor armate puternice fie din proprii cetățeni, fie din soldați mercenari plătiți, fie din armate mixte, insistând asupra importanței propriilor cetățeni în crearea armatelor. Este important de reținut acest aspect în discuția despre conceptul de stat la Machiavelli, întrucât autorul acordă o importanță deosebită subiectului pe care îl analizează într-un număr suficient de pagini, dar și prin exactitatea afirmațiilor sale: „un principe trebuie să aibă o singură țintă și un singur gând [...] de a o practica”¹. Am putea chiar enunța din nou prin viziunea realistă, un stat al războiului și al stării de conflict. La acest nivel al analizei, statul machiavellian este „o organizare de forță necesară pentru păstrarea securității și proprietății [...] care se sprijină pe populație [...] și care trebuie să aibă o armată potrivită pentru cetățenii ei”.²

Discuția care să surprindă și dimensiunea dihotomică a statului în viziunea lui Machiavelli privind politica separată de religie își are importanța în acest moment al lucrării de față în sensul în care trebuie să facem apel și la contextul istoric caracterizat de gândirea medievală, conform căreia religia și creștinismul trebuie să fie fundamentul statului în sensul de formă de organizare umană: „Machiavelli răstoarnă în întregime dogma dominantă, care înălța principiile creștinismului în vârful aspirațiilor de orice fel ale individului și colectivității [...] Machiavelli schimbă caracterul prin esență finalist al religiei transformând-o într-un simplu dar admirabil instrument de guvernare, mijloc subordonat în funcționarea statului”³. Deși Machiavelli nu insistă asupra acestei problematice în *Principele*, admite existența unor principate ecleziastice, care sunt „întemeiate pe religie și sunt atât de puternice și de așa natură, încât principii lor își păstrează puterea, oricare le-ar fi acțiunile și felul de viață”⁴. Machiavelli nu ignoră religia, afirmând că aceste principate sunt guvernate de o rațiune superioară, însă preferă să nu facă referiri importante, cel puțin în opera de față. Însă în literatura de specialitate, în încercarea de a surprinde elementele de modernitate în gândirea politică a lui Machiavelli se prevede crearea unui stat secular, „care nu are nici o legătură cu Biserica sau cu Dumnezeu, dar un stat care are nevoie de religie și de care să se folosească drept un instrument”⁵.

Niccolo Machiavelli este un deschizător de drumuri în știința și filozofia politicii, anticipând astfel întreaga gândire politică modernă, de remarcat fiind și elementele precursorare viziunii realiste în relațiile internaționale. Poate însă cel mai important, Machiavelli s-a impus ca teoretician al statului nou, desprins de sub tutela Bisericii și a ierarhiei de ranguri dominată de legitimitatea eredității și a nobleței în sens medieval⁶. Modalitatea în care Machiavelli a ales să descrie noul stat sau statul modern nu a reușit să o facă „nici un scriitor, de la prăbușirea Imperiului Roman, prin izolarea statului și descrierea evident seculară cu nici o legătură cu vreo revelație divină, Biserica sau Dumnezeu”⁷. Prin *Principele*, Machiavelli încredințează puterea politică ca fiind scopul final și moral al statului, pe care pentru a rezuma este „o instituție obiectivă, laică, istorică [...] o organizare umană așezată în dimensiunile sale concrete de timp și de spațiu, iar principalele trăsături pozitive ce îl definesc sunt identificate la Machiavelli cu legea, armata și îndeosebi teritoriul”⁸.

Înțelegerea vieții politice din lumea arabă presupune un drum care unora li se va părea poate prea lung, dar care nu este mai puțin indispensabil. Este necesar să pătrundem treptat în această lume arabă pentru a găsi noi chei care să permită, fără a o deforma, înțelegerea unui regim despre care nu trebuie să se considere a priori că are doar surse europene. Nu este vorba despre negarea eventualelor

¹ *ibid.*, 54

² J.W. Allen, *A history of political thought in the sixteen century*, (London and New York, Routledge Library Editions: Political Science, Volume 16, 2010), 481

³ Petre I. Ghiață, *Politica lui Machivelli*, (București, Cugetarea, 1956), 65

⁴ Niccolo Machiavelli, *Principele*, (București: Mondero, 2004), 44

⁵ J.W. Allen, *A history of political thought in the sixteen century*, (London and New York, Routledge Library Editions: Political Science, Volume 16, 2010), 480

⁶ Analele Universității „Constantin Brâncuși”, Seria Litere și Științe Sociale, Nr 1/2010

⁷ J.W. Allen, *A history of political thought in the sixteen century*, (London and New York, Routledge Library Editions: Political Science, Volume 16, 2010), 482

⁸ Gh. Lencan Stoica, Machiavelli, filosof al politicii, (București, Ed. Științifică, 2000), 40

împrumuturi din societatea occidentală, ci în măsura în care există posibilitate de alegere, se cade să înțelegem conform căror criterii a fost făcută această alegere.¹

Punerea în discuție, tot mai intensă în ultimii ani, a gradului de compatibilitate dintre islam și categoriile care definesc spațiul socio-politic occidental sau ceea ce este cunoscut ca modernitate occidentală a declanșat o căutare intensă de argumente și teorii și a mobilizat intelectuali din întreaga lume.

Abdu r-Rahman ibn Haldun (1332-1406), istoric, filozof și om politic maghrebit, este considerat cel mai mare istoric musulman premodern. Este considerat părintele istoriografiei, al filozofiei istoriei, iar lucrarea sa de căpătâi Al – Muqaddima în limba arabă, introducere pentru celebra Carte a considerațiilor asupra istoriei arabilor, perșilor și berberilor, expune o viziune modernă pentru epoca sa anunțând că „obiectul istoriei este să ne instruiască asupra stării sociale a omului, asupra civilizației lumii și a fenomenelor care o privesc în chip natural”. Ibn Haldun definește o metodă riguroasă conform căruia istoricul „trebuie să-și sprijine pe o bază solidă subiectele pe care le tratează, pentru a pune în evidență cauzele evenimentelor și a desprinde cu claritate învățămintele care se pot trage din ele”².

Kitab Al-Ibar (Cartea Exemplelor), este o ilustrare a teoriei stabilite în Al-Muqaddima și un ghid inestimabil pentru istoria musulmanilor Africii de Nord și a berberilor. A treia și ultima este o carte autobiografică numită Rihla (Călătoria) și este un studiu particular al istoriei universale prin intermediul vieții unui om.

Ibn Haldun duce o viață destul de agitată, întâi în serviciul diferiților prinți din Maghreb și Andaluzia, apoi la Damasc, apoi ca magistrat în Egipt unde va și muri. Studiind situația din Maghreb, el împarte Al-Muqaddima în capitole privitoare la geografia fizică, la contradicția dintre nomazi – sedentari, trăsătură distinctivă a civilizației musulmane, oprindu-se asupra statului, mecanismelor și evoluției sale, orașelor și dinastiilor, cu ciclurile lor de prosperitate și decadentă, asupra economiei, și nu în ultimul rând asupra științelor, făcându-le o clasificare dar facilitând în mod special învățământul și dezvoltarea sa.

Analiza din lucrarea noastră, își propune să aducă în prim plan valoarea operelor sale, gândirea sa cu caracter universal, distinctă de gândirea teoreticienilor clasici, dar nu numai. În zorii culmilor civilizației Occidentale, civilizația Islamică apune. Evoluția creatoare a spiritualității islamice nu numai că stagnează, dar are loc un proces de involuție pe care Ibn Haldun îl identifică în dominația mistică a sufismului. Noi vedem în opera teoreticianului musulman un apel care se produce în mijlocul acelei epoci, având semnificația unei reacții față de sensul involutiv al gândirii mistice musulmane și al Ulemalelor (savanți în teologie islamică).

Ceea ce este admirabil pentru secolul în care scrie, este faptul că el se ridică împotriva creditului acordat de unii predecesori unor legende neverificate.

Spirit universal, suprapus cu un ascuțit spirit de observație și cu o foarte solidă formație filozofică în explicarea faptelor, Ibn Haldun respinge elementul miraculos sau ideea predestinării, ceea ce îl face de neînțeles pentru contemporanii săi. El este primul care introduce raționalismul autentic în studiul istoriei și este primul (în lumea islamică, dar și occidentală) “care are asupra istoriei o vedere de ansamblu și care a creat o metodă de examinare a faptelor, precum și o știință ce ajută la înțelegerea lor”, încât “Al-Muqaddima reprezintă unul din momentele solemne ale gândirii umane, una din etapele capitale ale filozofiei”³.

Originalitatea lui Ibn Haldun provine din faptul că el gândește politica independentă de religie.

¹ Maurice Flory, Robert Mantran, *Les regimes politiques des pays arabes*, PUF, Paris, 1968, p.7.

² Thoraval Yves, *Dicționar de Civilizație Musulmană* (traducere, adaptare și completări de Nadia Anghelescu), Univers Enciclopedic, București, 1997.

³ Aga Khan, Dr. Zaki Ali, *L'Europe et l'Islam* – Ed du Mont-Blanc, Geneve, 1945, p.43

La începuturile islamului se conturează doi poli de autoritate ambii revendicându-și legitimitatea de la autoritatea divină. Primul este califul, garant al dogmei și al legilor islamice, dar și instrument de exercitare a autorității. Cel de-al doilea este reprezentat de categoria teologică numită *consens* (arabă – *ijmaa*), sursă de interpretare a legii, legată de autoritatea savanților musulmani.¹

Prin urmare, teoriile politice ale clasicilor musulmani arabi porneau de la principiul că guvernarea islamică există în virtutea unui contract divin care are la bază *shari-a*.² Statul era așadar expresia politică a religiei.

“O, voi cei ce credeți! Da-ți ascultare Lui Allah! Da-ți ascultare trimisului și celor dintre voi, ce au porunca!”³

Teologii clasici ai islamului, dar și reformatorii din secolul al XIX-lea, numesc acest verset “versetul principilor”, și-l consideră o recomandare coranică ce vizează distribuția rolurilor sociale. Acest binom instituie o regulă, care de cele mai multe ori se vrea o normă: statul este expresia politică a religiei. Ibn Haldun însă, analizează pe teren, adică în istorie și emite ideea conform căreia, la un moment dat are loc de fapt o inversare a relației de subordonare stat-religie, fie o puternică încheștare între cele două pentru supremație. Astfel, marele savant, aduce numeroase exemple din istoria islamului în care conducătorii și-au subordonat ideile religioase și le-au instrumentat în funcție de factorul politic.

Dorind totuși să-l parafrazăm pe Ibn Haldun, evoluția puterilor dinastice, de pildă, nu are nimic de-a face cu religia. Acestea au fost purtate către putere de un mesaj (*da’wa*), pus în serviciul clanului, forța tribală, (*asabiyya*), pentru a institui un tip de regalitate (*mulk*). Pentru Ibn Haldun, omul este făcut să traiască în societate, și este „politic prin natura sa”. Prin urmare, omul nu poate supraviețui fără *Al-Umran* (stat).

Considerăm că distincția pe care marele savant o face între statul și atribuțiile sale politice și religie provin din preocupările sale mistice și încercarea de a defini Profeția. Profetul (pacea și binecuvântarea lui Allah să fie asupra Sa)⁴ nu a avut aspirații politice, crede Ibn Haldun. Dovada cea mai grăitoare fiind absența oricărei reglementări la problema succesiunii, misiunea sa religioasă nefiind transmisibilă. Funcția de conducător al comunității este, în cazul Profetului Muhammed (pacea și binecuvântarea lui Allah să fie asupra Sa), o poziție spirituală și nimic mai mult. Validitatea ei durează atât cât durează Profeția și nimic mai mult. Nimeni după el nu poate să-i urmeze, întrucât misiunea lui este încheiată, desăvârșită, neavând nevoie de completări. El este cel care încheie lanțul profetic, pecetea profețiilor și profețiilor.

Astfel strălucitul filozof face distincții clare între conducătorul spiritual și cel politic. Între „*ruhi*” și „*maddi*”, spiritual și material, între „*nabi*” și „*hakim*”, profet și conducător.

În gândirea lui Ibn Haldun, califul, acel tip de guvernare pe care el îl descrie ca fiind în conformitate cu prescripțiile Legii și servind intereselor indivizilor în lumea aceasta și cea de dincolo, este doar o aspirație, un ideal al *ummei*. Recăderea în ceea ce Ibn Haldun numește „regalitatea naturală” (guvernarea după bunul plac al conducătorului în scopul satisfacerii nevoilor materiale ale acestuia și ale anturajului), se produce foarte repede odată cu instaurarea dinastiei *ummayyade* care a marcat trecerea de la califat la regalitate (*hilafa* – *mulk*). Conform afirmațiilor sale, statul *postummayyad* și-a aservit religia folosind-o ca bază de legitimitate.

¹ n.a. – există numeroase discuții și dezbateri referitor la cine ar trebui să emită aceste consensuri, asupra cărora nu ne vom opri, nefăcând subiectul studiului nostru.

² Legea islamică având la bază Coranul.

³ Coran, Sura 4, Versetul 59 – traducere din limba turcă, Suat Yildirim, *Kur’an-i Hakim’in aciklamali Meali*, Istanbul, 2004

⁴ Pomenire obligatorie pentru un musulman, în semn de respect, atunci când scrie sau pronunță numele Profetului.

Așa cum descrie Ibn Haldun un grup de persoane, care prezintă aspirații comune, care împărtășesc aceleași idei și idealuri, se organizează și se îndreaptă către dominație. În fața acestei constatări se ridică în mod firesc întrebarea asupra cauzei care face ca în cadrul aceleiași specii sociale să existe deosebiri de dimensiuni. Întrebarea este pe deplin justificată, dacă se ține seama de faptul că în natură condițiile de viață sunt constante pentru regiuni geografice întinse, așadar, conchide Ibn Haldun, nu ar trebui să existe niciun motiv care să trezească atracție pentru participarea la o anumită organizare socială în dauna alteia. Dar, tot el constată că, în realitate această atracție există. Ea se manifestă sub forma dorinței exprimate de fiecare ființă umană de a face parte numai dintr-o formație socială și a coopera numai cu anumiți semenii. Explicația acestui fenomen este pusă de Ibn Haldun pe seama acțiunii unei forțe lăuntrice umane – *assabyya* – care generează afinități specifice între oameni¹. După ce subliniază apropierea dintre *asabyya* și conceptul lui Machiavelli „virtu”, Helmuth Ritter, găsește o traducere mai apropiată de sensul pe care îl acordă Ibn Haldun în expresia „sentiment de solidaritate”²

*Assabyya*³ – în arabă desemnând forța socială, solidaritatea, spiritul de grup. Poate desemna însă și solidaritatea de clan sau cea confesională, comunitară, element definitoriu al societăților arab-musulmane

Puterea este considerată de Ibn Haldun, factorul declanșator al istoriei, fără de care, la rândul său, statul nu ar exista. Conducătorul însă este factorul de echilibru în societate. Există un concept introdus de Ibn Haldun, în acest puzzle al universului uman, sau al sociologiei din originile căruia reiese puterea și așadar statul. În concepția sa, societatea umană se întemeiază pe acest concept, urmând o evoluție ciclică asemenea organismelor vii. În plus el afirmă că “Omul însuși este copilul obișnuințelor și obiceiurilor sale și nu copilul naturii și temperamentului său.”⁴

Termenul de *assabyya*, îmbracă două forme la Ibn Haldun: prima este cea nesep – tradițională, descendența (în general din legăturile de sânge, de rudenie) care este suficientă pentru a se organiza și a întemeia un stat. Cea de-a doua, *sebep* – dobândită, vine respectând ordinea ierarhică, atunci când descendența nu există și este absolut necesară forma de organizare. În concepția lui Ibn Haldun, *assabyya* este necesară grupului pentru a face față dușmanilor externi, dându-i în același timp și un sentiment al onoarei. Solidaritatea de grup determină grupul să facă noi cuceriri. Fie cuceresc un stat independent, fie creează altul nou. Și, și mai interesant Ibn Haldun sesizează că structurile tribale cu întreaga lor rețea de alianțe și opoziții, uneori a trecut deasupra dorinței statului musulman de a actualiza unitatea *ummei* inițiale. Din această idee putem înțelege izolarea lui Ibn Haldun în gândirea islamică. Studiul factorului politic ca determinantă a existenței sociale este în general mai dificil decât studiul economic sau al sentimentului de solidaritate. De pe această poziție studiul său se canalizează spre cercetarea originii, evoluției duratei și dezagregării puterii, în strânsă dependență de toate celelalte aspecte ale vieții sociale. Desigur că, pentru a-și fundamenta concepția sociologică este obligat să facă frecvente referiri la realitățile politice concrete și să se servească de exemplificări istorice⁵. Baza de date utilizată în acest scop este lumea pe care o cunoaște bine, cadrul de cultură islamic. Dorim să facem aici o mențiune care nouă ni se pare deosebit de importantă. Toate aceste lucruri nu ar trebui să conducă la concluzia ca Ibn Haldun ar fi un teoretician politic al islamului așa

¹ De aici și gama foarte variată de traduceri asupra cărora s-au oprit comentatorii. Rosenthal –, „*sentiment de grup*”, Ayyad Kremer – „*idee națională*”.

² Helmuth Ritter, *Irrational Solidarity Groups. Asocio-Psychological Studz in Connection with Ibn Haldun*, Oriens, Leiden, pp 1-44.

³ Maria Rosa Menocal *L'Andalousie arabe, une culture de tolérance*, traducere din limba engleză de Mélanie Marx, collection Mémoires, 2004.

⁴ Ibn Haldun, *Al-Mukaddima*

⁵ Ibn Haldun a servit diferite state și a studiat în instituțiile lor. S-a amestecat în triburile berbere, cărora le-a observat caracteristicile și tradițiile. Apoi, la 42 de ani, s-a retras de pe scena politică și s-a izolat aproape de Tiaret în Algeria timp de patru ani pentru a redacta *Al-Muqaddima*.

cum îl consideră Hamilton Gibb¹. Considerațiile sale asupra originii și evoluției formelor politice în lumea islamică au un caracter strict sociologic, și nu își propune să facă din cercetarea sa o „politizare a religiei”, așa cum a fost înțeles mai târziu de cercetătorii occidentali. Ibn Haldun găsește originea puterii politice în natura conflictuală a ființei umane. Originea puterii politice, corespunde pentru el, unei duble necesități: naturală și socială. Caracterul natural decurge din structura conflictuală a fondului uman. Omul este și bun și rău, dar este mai mult bun decât rău. Acest fapt îl conduce la organizarea politică, la acceptarea autorității în scopul anihilării pornirilor negative. Mult mai interesant și mai aproape de gândirea modernă la Ibn Haldun, este motivarea organizării politice ca necesitate socială. Existența unui conducător care să reglementeze raporturile dintre membrii grupului, îngrădind prin autoritatea sa orice manifestare a tendințelor antisociale, constituie o condiție a existenței sociale. Rolul și atribuțiile acestei funcții sociale sunt sintetizate de Ibn Haldun în conceptul Mulk (autoritate regală). Așadar triburile beduinilor arabi sunt nomazi simpli, care au nevoie de un conducător care să mențină un echilibru. Asprimea condițiilor de viață, impune grupărilor primitive un puternic sentiment de solidaritate.

Ca urmare la triburile de beduini autoritatea șefului pentru binele comun se exercită practic cu participarea tuturor membrilor grupului. Rolul de arbitru al șefului durează atât timp cât durează starea primitivă a grupului. Viața se schimbă, au loc automat schimbări și în rolul și funcțiile conducătorului. Trecerea la forma de viață sedentară, progresul economic, lărgirea sferei de autoritate prin cuceriri și subjugarea altor grupuri influențează și funcțiile puterii și le transformă. Șeful de trib devine suveran, conducător, autoritate regală. „A fi conducător înseamnă a fi căpetenie și căpetenia deși ascultată, nu dispune de nici-o putere pentru a-i obliga pe ceilalți să-i execute hotărârile. Autoritatea regală (Mulk), înseamnă atât dobândirea autorității cât și exercitarea autorității cu ajutorul forței”.

Despre stat și apariția sa, se poate vorbi abia în acest moment la Ibn Haldun.

Pentru ca statul să prospere, el trebuie să asigure stabilitatea dominației și menținerea populațiilor sub control, să impună pacea, să-și dezarmeze supușii și pentru a-și mări puterea, șeful tribului trebuie să slăbească structurile comunitare care au susținut puterea și ascensiunea sa. Curajul, violențele, solidaritățile sunt puțin câte puțin eradicate și sunt înlocuite prin violența organizată de către stat (reprezentat de armata sa). Astfel Ibn Haldun anticipează caracteristica de bază a statului modern, unic deținător al violenței legitime. Educația, sancțiunile și exercitarea unui soft-power asupra populației caracterizată mai ales prin blândețea conducătorului, permit culegerea de impozite, semn al supunerii față de stat și al eradicării Asabiyya.

Puterea este respectată, civilizația, mai ales urbană, se dezvoltă, științele și demografia cresc. Însă, atunci când se instalează confortul și bunăstarea, societatea devine din ce în ce mai individualistă și supusă, făcându-și apariția corupția. Dornic de putere, el caută să realizeze în această postură un concurs favorabil de împrejurări, după care considerând demnitatea dobândită ca un drept personal, folosindu-se de sprijinul autorității religioase (vezi dinastia Omeyyadă sau cea Abbasidă), întemeiază dinastia, și pe măsură ce își consolidează poziția se dispensează de asabiyya, cea care l-a propulsat. Autoritatea regală, la origine funcție socială, devine scop în sine. Suveranul care a concentrat întreaga putere în mâinile sale sacrifică binele comun pentru interesele sale particulare. Virtuțile cetății se degradează. Dacă la formarea statului, membrii erau pătrunși de conștiința demnității lor, autocratismul regal îi obligă la docilitate, îi transformă din războinici liberi în servi și supuși.

Astfel apar primii germeni ai decăderii. Atunci când luxul e în culmea lui, luptele dintre clase se înăspresc, apar turbulențele politice iar pacea socială intră în declin.²

¹ Vezi *The Islamic Background of Ibn Khaldun's Political Theory*, Bulletin of the School of Oriental Studies VII, 1, London, 1933; Muhammad Mahmoud Rabbi- *The Political Theory of Ibn Khaldun*; Leiden, 1967

² Ibn Haldun, Al Mukaddima.

Mai puțin prosper, pentru că adunarea impozitelor suferă sau intră în declin din cauza corupției, statul devine mai puțin populat iar orașele se depopulează. Scăderea demografică duce la o diminuare a muncii, care la rândul său conduce la sărăcie și la mizerie, Umran (civilizația) sfârșind prin a se diminua.

“Luxul corupe caracterul. Sufletul este invadat de tot felul de vicii și de obiceiuri proaste [...] consecințele fiind: regres și ruinare. Dinastia dă semne de stingere și de disoluție”. Este copleșită de bolile cronice ale bătrâneții și moare” scria Ibn Khaldun în *Al-Muqaddima*. Și adaugă: “Atunci când un stat parvine la un nivel înalt de bunăstare, obiceiurile luxoase se dezvoltă rapid la el și abandonează viața dură și grosolană pe care o dusesse până atunci, pentru a se bucura de superflu... suveranitatea se erodează în lux, iar luxul o dărmă.”¹ Profund dar foarte explicit Ibn Haldun, descrie decăderea.

Ceea ce contează este că “puterea trebuie să fie bună și benefică, ea trebuie să servească interesele poporului, în caz contrariu este nocivă și mortală”.² Un guvernator este bun atunci când “este interesat de condițiile de viață ale poporului său” și manifestă blândețe. “

Autoritatea bună este cea blândă” și “orice putere fondată pe constrângere și dominație, și care dă curs liber irascibilității, este injustiție și opresiune”³

“Un suveran care utilizează forța, calculează și dă în vileag greșelile poporului, provoacă teama celui din urmă, îl împinge spre deprimare, minciună, viclenie și fraudă”⁴.

Un produs al școlii arabe, Ibn Khaldun, a fost una dintre cele mai mari minți creatoare de teorie politică. Cunoscutul filosof-antropologist, Ernest Gellner, considerat în istoria omenirii drept unul dintre cei mai mari intelectuali, spune despre definiția dată de Khaldun noțiunii de guvernare că este “cea mai bună teorie din istoria teoriilor politice”.

3. Concluzii

Demersul pe care am încercat să îl realizăm în aceste pagini se poate rezuma prin proiectarea tabelului de mai jos care ne poate ajuta să înțelegem mai bine asemănările vs deosebirile în definirea conceptului de stat în cele două lucrări. De remarcat însă, dincolo de aspectele teoretice, este faptul că se poate deduce nu neapărat o definiție stricto sensu a statului, dar elemente și caracteristici care să ne indice o formă de guvernământ dezirabilă.

De remarcat este faptul că atât N. Machiavelli cât și Ibn Haldun sunt caracterizați printr-un realism prin proiectarea realității politice prin elementele ei fundamentale și specifice. Dacă „Machiavelli cugetă asupra prăbușirii și ridicării (Italiai) și Ibn Haldun descrie căderea și prăbușirea statelor islamice”⁵

Analiza noastră comparativă evidențiază în mod special diferențele categorii care definesc conceptul de stat, însă dincolo de aceste aprecieri, poate unul din principalele elemente în comun atât la N. Machiavelli cât și la Ibn Haldun, constă întocmai în această prezentare a statului modern, modernitate care se suprapune cu accepțiunea general acceptată, cel puțin în viziunea academică occidentală cu statul secular, și care se sprijină întocmai pe ideea de religie. La Machiavelli „statul are nevoie de religie și orice Biserică poate și trebuie să fie un instrument de guvernare”⁶ și Ibn

¹ Al Gabiri Muhammad Abid, *Al-Aklu s-siyasiyyu l-arabiyyu* (Gândirea politică arabă), Markaz dirasat al-wahda al arabiyya, Beirut 1992.

² ibidem

³ ibidem

⁴ traducere de pe site-ul http://rasaritul-islamului.blogspot.ro/2006_12_01_archive.html, accesat la 08.01.2013

⁵ Barbara Stowasser, *Ibn Khaldun's Philosophy of History: the Rise and Fall of States and Civilizations*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/448/5039.pdf>, accesat la 20.03.2013

⁶ J.W. Allen, *A history of political thought in the sixteen century*, (London and New York, Routledge Library Editions: Political Science, Volume 16, 2010), 483

Haldun este caracterizat de convingerea că „numai apartenența la religia adevărată poate și trebuie să asigure crearea Imperiului pe pamânt”¹

	NICCOLO MACHIAVELLI	ABDU r-RAHMAN ibn HALDUN
Deținătorul puterii politice	principele	dinastii, clanuri tribale, regalitate naturală
Cum ajunge la putere	virtu vs. fortuna	da'wa, asabiyya
Cum se legitimează	legitimitate carismatică violență	neseb - descendența sebeb – dobândire
Carecteristica statului	stat al războiului stat laic	stat – deținător al violenței legitime stat/religie

Referințe bibliografice (Times New Roman, 10, justify)

- Abid Al Gabiri Muhammad, *Al-Aklu s-siyasiyyu l-arabiyyu (Gândirea politică arabă)*, Markaz dirasat al-wahda al arabiyya, Beirut 1992.
- Allen J.W, *A history of political thought in the sixteen century*, London and New York, Routledge Library Editions: Political Science, Volume 16, 2010
- Dihoiu I. Constantin, *Conceptia politică a lui N. Machiavelli*, București, Universul, 1944
- Flory Maurice, Robert Mantran Robert, *Les regimes politiques des pays arabes*, PUF, Paris, 1968
- Ghiață I. Petre, *Politica lui Machivelli*, București, Cugetarea, 1956
- Horrut Claude *Ibn Khaldun- Un islam des Lumières?*, Complexe, 2006
- Khan Aga, Dr. Zaki Ali, *L'Europe et l'Islam – Ed du Mont-Blanc*, Geneve, 1945
- Machiavelli Niccolo , *Principele*, București: Mondero, 2004
- Menacal Maria Rosa *L'Andalousie arabe, une culture de tolérance*, traducere din limba engleză de Mélanie Marx, collection Mémoires, 2004
- Ramazan Tarik, *Islami Yenimelenin Kokenleri*, Istanbul, AnkaYayinlari, 2005
- Stoica Gh. Lencan, Machiavelli, filosof al politicii, București, Ed. Științifică, 2000
- Yahya Muhammad, *Waraqā taqāfiyya fī r-radd ala l- almaniyyina* (Foaia culturală în replică celor care susțin laicitatea), Cairo, Dar az –Zahra, 1998
- Yildirim Suat, *Kur'an-i Hakim'in aciklamali Meali*, Istanbul, 2004
- Yves Thoraval, *Dicționar de Civilizație Musulmană* (traducere, adaptare și completări de Nadia Anghelescu), Univers Enciclopedic, București, 1997
- Analele Universității „Constantin Brâncuși”, Seria Litere și Științe Sociale, Nr 1/2010

¹ Barbara Stowasser, *Ibn Khaldun's Philosophy of History: the Rise and Fall of States and Civilizations*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/448/5039.pdf>, accesat la 20.03.2013

UNIUNEA EUROPEANĂ – UN MIT POLITIC MODERN?

Laura – Florina STAN
Nicoleta – Doina NEDELEA (STAN)*

Abstract

Mitul a reprezentat de-a lungul secolelor o constantă în gândirea social-politică. Gândirii politice de factură mitică i s-a opus cea de factură rațională, ce presupunea abordarea politicii nu prin apel la simboluri, rituri, credințe și emoții, ci prin apel la rațiune. Astfel, întreaga istorie a gândirii social – politice poate fi văzută ca un proces de mitizare și demitizare. Această confruntare continuă dintre gândirea rațională și gândirea mitică părea să fi luat sfârșit o dată cu diminuarea fascinației exercitate de regimurile totalitare și cu importanța aparent din ce în ce mai scăzută a ideologiilor, triumfătoare ieșind cea dintâi. Dar, și-a pierdut oare mitul cu adevărat forța de a influența politica, acum, la începutul secolului XXI?

Deși triumful gândirii critice și a rațiunii în acest secol a fost declarat cu promptitudine, dispariția totală a mitului trebuie pusă sub semnul îndoielii. Mitul nu este un simplu produs intelectual, el "joacă" la nivel simbolic pe terenul emoțiilor umane referitoare la experiența socială a umanității. Însăși Uniunea Europeană, ca o chintesență a străvechii idei de unificare europeană, își datorează existența unui sentiment, respectiv încrederii oamenilor în succesul unui astfel de proiect. Pe ce se bazează această încredere? Pe rațiune sau pe mit? Pornind de la această perspectivă, Uniunea Europeană ar putea fi considerată fie o manifestare a tendinței mitologizante a viziunii despre politică și stat, fie un produs al gândirii raționale.

Prin urmare, scopul acestei lucrări este de a încerca să răspundă la întrebarea: "Este Uniunea Europeană un mit politic modern?" În vederea îndeplinirii scopului propus, vom analiza literatura de specialitate pentru a lămurii ce este un mit politic și cum funcționează acesta, urmând ca mai apoi să identificăm elementele care probează sau nu ideea de Uniune Europeană ca mit politic.

Cuvinte cheie: *mit politic modern, gândire mitică, gândire rațională, stat, UE.*

1. Introducere

Miturile au însoțit evoluția umanității, omul îmbrățișând viziunea mitică cu ușurință de cele mai multe ori din dorința de a înțelege și explica realitatea, uneori împins de necesitatea de a căuta refugiu într-o variantă mai frumoasă a lumii prezente, iar alteleori ca mijloc artistic de refulare a unor conflicte interioare. Prin urmare, mitul poate fi interpretat ca o traducere la nivel simbolic și imaginar a realului.

Și în gândirea social-politică mitul și-a manifestat influența, reprezentând de-a lungul secolelor o constantă. Gândirii politice de factură mitică i s-a opus cea de factură rațională, ce presupunea abordarea politicii nu prin apel la simboluri, rituri, credințe și emoții, ci prin apel la rațiune. Astfel, întreaga istorie a gândirii social – politice poate fi văzută ca un proces de mitizare și demitizare. Această confruntare continuă dintre gândirea rațională și gândirea mitică părea să fi luat sfârșit o dată cu diminuarea fascinației exercitate de regimurile totalitare și cu importanța aparent din ce în ce mai scăzută a ideologiilor, triumfătoare ieșind cea dintâi. Dar, și-a pierdut oare mitul cu adevărat forța de a influența politica, acum, la începutul secolului XXI?

* Studente, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: stanlauraflorina@yahoo.com, nicoletadoinastan@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea asist. univ. dr. Mihai Novac (novmih@yahoo.co.uk).

Deși triumful gândirii critice și al rațiunii în acest secol a fost declarat cu promptitudine, dispariția totală a mitului trebuie pusă sub semnul îndoielii. Mitul nu este un simplu produs intelectual, el ”joacă” la nivel simbolic pe terenul emoțiilor umane referitoare la experiența socială a umanității. Însăși Uniunea Europeană, ca o chintesență a străvechii idei de unificare europeană, își datorează existența unui sentiment, respectiv încrederii oamenilor în succesul unui astfel de proiect. Pe ce se bazează această încredere? Pe rațiune sau pe mit? Pornind de la această perspectivă, Uniunea Europeană ar putea fi considerată fie o manifestare a tendinței mitologizante a viziunii despre politică și stat, fie un produs al gândirii raționale.

Prin urmare, scopul acestei lucrări este de a încerca să răspundă la întrebarea: ”Este Uniunea Europeană un mit politic modern?” În vederea îndeplinirii scopului propus, vom analiza literatura de specialitate pentru a lămurii ce este un mit politic și cum funcționează acesta, urmând ca mai apoi să identificăm elementele care probează sau nu ideea de Uniune Europeană ca mit politic.

Dacă mitul – ca noțiune generală - a fost și este îndelung dezbătut de lingviști, antropologi, sociologi, psihologi și filosofi, literatura de specialitate fiind, în acest sens, una extrem de abundentă (Philippe Sellier, Daniel-Henri Pageaux, Jean Piaget, Gilbert Durand, Victor Kernbach, Micea Eliade, James George Frazer, Bronislaw Malinowski, Claude Lévi-Strauss, C.G. Jung, Emil Durkheim etc) influența mitului în politică a fost studiată mai puțin (Ernst Cassirer, Raoul Girardet), deși analizele existente sunt unele suficiente de riguroase. Titlul nu oferă indicii, însă lucrarea pornește - în principiu, dar nu exclusiv - de la viziunea lui Ernst Cassirer cu privire la ceea ce un mit politic reprezintă și cum se formează el. Acest fapt este ușor observabil și în secțiunea referințelor bibliografice. Ca o ultimă precizare, corelația dintre mitul politic și Uniunea Europeană nu este – probabil – o idee cu totul nouă, însă ne aparține în sensul în care nu am reușit să-i identificăm originea și în cel în care nu a fost extrasă din bibliografie.

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

2.1. Mitul politic

Conceptul de mit este unul foarte ambiguu, putând fi identificate perspective multiple: antropologică, sociologică, filosofică, filologică etc. Definițiile sunt cu atât mai numeroase cu cât în interiorul fiecărui domeniu, părerile diferă de la autor la autor. De aceea, ar fi extrem de dificil de propus o definiție totalmente satisfăcătoare a mitului și cum nu acesta este scopul prezentei lucrări, ne vom limita pentru început la a da definiția cea mai generală și – totodată – cea mai cunoscută în spațiul românesc.

Prin urmare, pentru Mircea Eliade mitul este ”povestirea unei istorii sacre; el relatează un eveniment care a avut loc în timpul primordial, fabulos, al începuturilor. Mitul povestește cum s-a născut din realitate, fie o realitate totală – cosmosul, fie doar un fragment: o insulă, o specie vegetală, o comportare umană, o instituție...”¹. Poate ar părea irelevantă definiția lui Eliade – istoric al sacralului - pentru o lucrare ce se înscrie mai degrabă în curentul filosofiei politice, însă tocmai faptul că până și o definiție venită din alt domeniu ajută la susținerea argumentelor noastre, va da poate un surplus de credibilitate demersului propus.

Dacă analizăm definiția de mai sus, vom vedea că mitul păstrează în prezent o valoare eminentemente explicativă în măsura în care clarifică și justifică anumite peripecții ale destinului uman sau anumite forme de organizare socială². Altfel spus, el relatează cum a apărut o anumită realitate, indiferent de natura acesteia, legitimând-o simbolic în toate aspectele sale. În culturile primitive, mitul formulează, codifică și impulsionează credințe, protejează și consolidează ordinea morală, confirmă însemnătatea ritualurilor și mijloacele regulile practice de conduită. Această funcție nu este

¹ Mircea Eliade, *Aspecte ale Mitului*, (București: Univers, 1987), 5-10.

² Raoul Girardet, *Mituri și mitologii politice*, (Iași: Editura Institutului European, 1997), 3-5.

însă evidentă doar în stadiile cele mai elementare ale organizării sociale. Mitul îndeplinește o funcție riguros identică și în culturile dezvoltate, dobândind, aici, statutul unui factor constitutiv (formativ) esențial, din punct de vedere social și cultural¹. Din acest unghi, gândirea mitică se opune gândirii raționale (fie ea de sorginte iluministă sau științifică).

Așezat în oglinda timpului, mitul cunoaște două componente: una primordială, când făcea parte din viața omului, fiind o realitate nepusă sub semnul întrebării; cealaltă culturală, în care mitul intră în domeniul creativității omului, fiind un produs cultural conștient². Această viziune este prezentă și în *Eseu despre om*: mitul, în accepțiunea lui generică, nu se supune sau nu urmează un proces de gândire, fiind inconștient, de unde deducem că primitivul recurgea la mit în mod firesc. Numai noi, astăzi, gândim tot procesul mitic, încercând să-i descoperim înțeleșurile³. Între cele două perioade de manifestare a mitului se desfășoară procesul de demitizare, care începe o dată cu regândirea vieții din perspectivă filosofică, fiind observată încă din zorii antichității. Mitul politic poate fi înscris în cea de-a doua categorie.

Există o multitudine de teorii cu privire la esența mitului. Unele sunt complementare, altele se contrazic fundamental. Toate au în comun însă ideea că mitul este ”în primul rând un noian de *idei*, de reprezentări, de credințe și judecăți teoretice”⁴. ”Toate aceste credințe sunt în contradicție cu experiența noastră senzorială și, dat fiind că nu există obiecte fizice care să corespundă reprezentărilor mitice, înseamnă că mitul este o pură fantasmagorie”⁵, concluzionează Cassirer. Totuși mitul politic nu poate fi acuzat de a fi doar o pură fantasmagorie întrucât simbolistica unui mit politic ia naștere din, se hrănește cu și crește prin imaginarul societății în care funcționează. În același timp, el și îmbogățește imaginarul societății respective. În plus, miturile nu se creează, cât se interpretează. Autorul său nu este un creator, ci interpretul unor evenimente deja existente în aria sa culturală. *In extenso*, acest autor poate fi considerat regizorul unui scenariu cu elemente predefinite. În spațiul politic, în funcție de cum este utilizat de deținătorii puterii, mitul poate deveni un instrument de influențare, manipulare sau legitimare.

Prin urmare, ”mitul politic (...) este o deformare sau interpretare ce recuză în mod obiectiv realul. Dar deși este o legendă, este adevărat că el exercită și o funcție explicativă, furnizând un anumit număr de chei pentru interpretarea prezentului, constituind o grilă care pare a ordona haosul tulburător al faptelor și evenimentelor”, rol dublat de unul mobilizator fiindcă ”prin tot ceea ce vehiculează cu dimensiune profetică, mitul deține un rol important în originea cruciadelor sau a revoluțiilor”⁶.

Cu toate acestea, mitul nu răzbate conștientul omului întreaga viață, ci doar în anumite momente. Astfel, miturile umanității s-au format, în concepția lui Victor Kernbach, în anumite etape de tensiune psihosocială, care corespund, în mare parte, treptelor de schimbare structurală a condiției umane⁷. Ernst Cassirer vorbește și el despre emergența gândirii mitice, personificând-o puternic: „(...) aceasta se află întotdeauna acolo, pândind în întuneric și așteptându-și clipa și ocazia. Această clipă survine în momentul în care celelalte forțe constrângătoare din viața socială a omului își pierd dintr-un motiv sau altul puterea și nu mai sunt în stare să combată forțele demonice mitice”⁸. Cazul Germaniei asaltate de nazism susține foarte bine teoria celor doi, fiind chiar declarat de Cassirer

¹ *Imaginarul politic și formarea identităților europene*, http://www.cse.uaic.ro/_fisiere/Documentare/Suporturi_curs/II_Imaginarul_politic.pdf, accesat în data de 13 martie 2013, 7.

² Lucia Dărămuș, *Mythos - între conștient și inconștient*, 2007,

http://www.upm.ro/facultati_departamente/stiinta_litere/conferinte/situl_integrare_europeana/Lucrari/Daramus.pdf, accesat în data de 20 martie 2013.

³ Ernst Cassirer, *Eseu despre om*, (București: Humanitas, 1994), 119-120.

⁴ *Idem*, *Mitul statului*, (Iași : Institutul European, 2001), 45.

⁵ *Ibidem*, 45-46.

⁶ Raoul Girardet, *op.cit.*, 4.

⁷ Victor Kernbach, *Mituri Esențiale*, (București: Univers Enciclopedic, 1996), 6-8.

⁸ Ernst Cassirer, *op.cit.*, 342.

exemplar pentru întreaga civilizație umană, respectiv pentru perpetuul pericol al gândirii mitice: „În perioada inflației și a șomajului, întregul sistem social și economic al Germaniei se afla sub amenințarea unui colaps total. Resursele normale de rezolvare păreau epuizate. Acesta a constituit solul natural în care miturile politice au putut să gerneze și în care au întâlnit resursele de dezvoltare”¹. Mitul salvatorului, întruchipat de Napoleon Bonaparte, se sedimentează pe același sol social-politic instabil, respectiv haosul Revoluției Franceze. În asemenea momente de cumpănă, oamenii – indiferent de zonă sau epocă – au nevoie să creadă în ceva.

Interesați în a valorifica nevoia oamenilor de a-și găsi “rațiuni de a crede”, oamenii politici moderni dezvoltă o nouă “tehnică a mitului”. Miturile moderne sunt făurite metodic, conștient, cu sânge rece sau chiar cu cinism, ca orice armă la care pot recurge politicienii (sau militarii)². Continuând acest raționament, Cassirer va afirma că “De acum înainte miturile sunt fabricate în același mod și după aceleași metode ca orice armă modernă”³.

Miturile, acompaniate de rituri, prin execuția monotonă și continuă a lor, înlesnesc subordonarea omului, dirijarea tuturor actelor sale și chiar guvernarea conștiinței, suprimarea vieții proprii a indivizilor. Astfel, mijloacele politice moderne la care recurge statul totalitar (și nu numai) devin mai invidioase și mai eficiente decât opresiunea politică tradițională⁴. În momentele de criză rămâne doar puterea mistică, autoritatea șefului și voința sa, erijată în lege supremă. Deci, existența miturilor politice contemporane poate fi legată de magia limbajului și a ritualurilor (care produc emoții și impulsuri colective de amploare⁵): ”Mitul constituie elementul epic din viața religioasă primitivă; ritul îl reprezintă pe cel dramatic.”⁶

Raoul Girardet, în cartea sa *Mituri și mitologii politice*, analizează patru mituri politice moderne, recurente în ideologiile politice moderne. Mitul conspirației are la bază ideea că anumite organizații malefice conspiră pentru răul umanității; prin urmare acestea trebuie eliminate. Mesia politic este salvatorul statului/ continentului/ omenirii care va lua conducerea și rezolva crizele aparent fără ieșire. Mitul originii sau al vârstei de aur face referire la o stare de fapt perfectă din trecut la care omul trebuie să ajungă din nou, în timp ce mitul unității este un mit de inspirație umanistă ce are în centru cetatea perfectă⁷. La aceste patru mituri se apelează în general, de fiecare dată când izbucnește o criză în cadrul unei societăți.

2.2. Mitul Uniunii Europene?

Poate părea la prima vedere exagerată corelarea unui proces extrem de politizat cum este cel al formării Uniunii Europene cu ideea de mit, însă la o analiză detaliată se poate observa că paralela nu este doar legitimă, ci și binevenită, având o putere explicativă mai bine fundamentată. În sprijinul afirmației noastre vine și Jean-Jacques Wunenburger : „istoria și actualitatea politică nu ar fi mai bine înțelese, dacă am lua în calcul [și] faptul că, în acest domeniu, totul este în mod intim amestecat: afit <logos>-ul, cât și <mythos>-ul, gândurile argumentate, dar și imaginile simbolice și miturile fondatoare?... Țesătura de elemente raționale și iraționale constituie, poate, trama ireductibilă a reprezentărilor și credințelor politice”⁸. Prin urmare, politica se află într-un spațiu imaginar, situat mereu în centrul luptei ce se dă între procesele de mitizare și demitizare.

¹ *Ibidem*, 342.

² *Democrație, totalitarism și violență simbolică*, http://www.acuz.net/html/Democratie,totalitarism_si_violenta_simbolica.html, accesat în data de 17 martie 2013.

³ *Ibidem*, 186.

⁴ *Ibidem*, 187.

⁵ *Democrație, totalitarism și violență simbolică*, http://www.acuz.net/html/Democratie,totalitarism_si_violenta_simbolica.html, accesat în data de 17 martie 2013; vezi și Cassirer, *Mitul statului*, 345-350.

⁶ *Ibidem*, 51.

⁷ Raoul Girardet, *op.cit.*, 20-30.

⁸ Chantal Delsol, Michel Masłowski, Joanna Nowicki, *Mythes et symboles politiques en Europe centrale* (Paris: Presses Universitaires de France, 2002), 3-4.

O dată eliminate îndoielile cu privire la utilitatea și logica demersului nostru, putem precede la identificarea acelor elemente care demonstrează existența unui mit politic al Uniunii Europene. Bineînțeles, tendința este de a privi Uniunea Europeană ca pe un proiect pornit exclusiv pe baza unor argumente și nevoi pur raționale: nevoia de a elimina pericolul războiului, asigurarea progresului economic și social pentru țările de pe continentul european etc, tendință cu totul justificată și rațională. Dar să acordăm o șansă și ipotezei mitizante și să urmărim dacă în evoluția ideii de Uniune Europeană se regăsesc condițiile de formă și de fond ale unui mit politic.

Am spus în primul rând că mit este o formă de salvare, la care omul apelează când se vede amenințat de anumite evenimente tensionante și că „periodic, omenirea se readresează miturilor pe care le-a creat în zorii gândirii sale deductive și le-a transmis din etapă în etapă cu cele mai diferite mijloace ale instrumentului epic”¹. Și la proiectul Statelor Unite ale Europei s-a apelat în secolul XX ca la o formă de refugiu, factorii decisivi fiind frica de forțele copleșitoare ale ”răului” totalitar și de pericolul atomic. Este adevărat, ideea de a crea o Europă unitară este mult mai veche, să nu uităm însă momentul care a convins cele șase (inițiale) națiuni să lase deoparte neînțelegerile politice și ambițiile economice hegemonice și să pună bazele unei strânse cooperări. Declarația Schuman (9 mai 1950) venea după un eveniment care zguduise întreaga lume: cel de-al Doilea Război Mondial. Sub greutatea unui război cu efecte devastatoare și având în față perspectiva dispariției umanității, națiunile Europei s-au întors spre siguranța unității: ”unde-s doi puterea crește și dușmanul nu răzbește”, spune o vorbă românească.

Am vorbit în al doilea rând, de cele două componente pe care Ernst Cassirer le atașează mitului: ritul și limbajul.

Mitul politic presupune nu numai o răsturnare a tuturor valorilor etice, ci și o transformare a vorbirii umane. Cuvântul îndeplinește două funcții complet diferite: semantică și magică. Funcția semantică nu lipsește nici măcar în limbajele așa zise primitive; fără aceasta nu ar putea exista vorbirea. Cuvântul magic nu descrie lucruri sau relațiile dintre ele, ci încearcă să inducă anumite efecte și să schimbe cursul naturii. În societățile primitive, impactul său este copleșitor. În mitul atât cel primitiv, cât și cel modern, funcția magică primează asupra celei semantice. De exemplu, în limba germană exista o deosebire substanțială între *Siegfriede* și *Siegerfriede*, care sună aproape la fel și au înțelesuri asemănătoare, fiind greu de diferențiat chiar și pentru un vorbitor nativ. *Sieg* înseamnă victorie, *Friede* înseamnă pace. Primul termen este o pace obținută prin victoria germanilor, cel de-al doilea o pace dictată de cuceritorii aliați, adică total opusul. Astfel, se stârnesc pasiuni politice violente prin cele mai simple mijloace – vorbirea este până la urmă la îndemâna tuturor².

Dacă analizăm discursurile venite dinspre reprezentanții Uniunii Europene, putem identifica cu ușurință numeroase ocazii și secvențe în care s-a făcut apel la elemente de factură mitică. Un popor, un destin comun – pe acest filon mitic s-a realizat integrarea europeană. Însuși Tratatul de la Roma din 1957 prin care se crea Comunitatea Economică Europeană consemnează în preamboul: ”hotărâți să pună bazele unei uniuni tot mai strânse între popoarele europene”³. În plus, este un lucru cunoscut că terminologia europeană este una specială. Pe lângă termenii diferiți din domeniul juridic, din rechizitoriul mitic european mai fac parte cuvinte precum: integrare, construcție europeană, unitate, diversitate, unificare, pace, comunitate, comun(ă), progres, dezvoltare, solidaritate, libertate, ideal, drepturi, democrație, toleranță. Unele dintre acestea îndeplinesc dublă funcție, fiind și valori etice în jurul cărora se încearcă construirea identității europene. În plus, nu de puține ori, politicienii europeni fac apel în discursurile lor la mitul grecesc al fondării continentului european.

¹ Victor Kernbach, *op.cit.*, 7.

² Ernst Cassirer, *op.cit.*, 347-349.

³ Conform http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_ro.htm, accesat în data de 18 martie 2013.

Aceiași Cassirer ne spune că utilizarea abilă a cuvântului magic nu este suficientă, ea trebuie însoțită de introducerea unor ritualuri noi pentru a avea efectul scontat¹. Spre deosebire de cazul Germaniei, unde cetățenii erau angrenați personal în aceste ritualuri (salutul Heil Hitler, de exemplu), în Uniunea Europeană riturile se află încă la nivel instituțional și asta deoarece mitul UE este unul supranațional, care trebuie să străpungă barierele statelor-națiune pentru a se putea adresa nemijlocit indivizilor. Există totuși anumite acțiuni inițiate prin instituțiile UE care ar putea avea dimensiuni ritualice: întâlnirea șefilor de stat în cadrul ședințelor Consiliului European sau arborarea steagului UE alături de steagul național pe clădirile instituțiilor statale.

Din clasificarea lui Girardet, Uniunea Europeană ilustrează mitul unității sau cetății perfecte. În logica interioară a acestui mit, nevoia de apărare și securitate este importantă întrucât existența se poate concepe doar în cadrul frontierelor, teritoriu ce poate fi apărat de invazii sau pericole exterioare. Pentru statele europene, succesul ieșirii din criza postbelică a fost dat de unitate. Sentimentul unirii este elogiât pentru că “stimulează adeziunea colectivă în jurul unui aceluiași sistem de valori și al acelorași amintiri²”.

Dacă varianta clasică a mitului unității susține că divergența opiniilor, atitudinilor, nu pricinuieste decât necazuri, UE îl adaptează însă, adăugându-i dimensiunea diversității, fapt și ilustrat de deviza organizației. Magia UE se face prin discursul de tipul unitate în diversitate. Cele două

concepte, ca și *Siegfriede* și *Siegerfriede*, sunt contradictorii ca înțeles, dar pot fi alăturate logic pentru că ”în toate activitățile umane și în toate formele culturii umane întâlnim o anumită unitate în diversitate³”. Cel care stăpânește aceste cuvinte-cheie magice, stăpânește puterea manipuloare a mitului UE.

Iar dacă dimensiunea discursivă nu este destul de convingătoare, atunci poate este existența mitului transpus în monumentele ce ”păzesc” instituțiile integrării europene.



Fig.1. Monument înfățișând Europa ce afișează învingătoare emblema euro în fața Parlamentului European din Bruxelles

(<http://www.thewhig.com/2013/01/16/brussels-the-would-be-capital-of-europe>)

¹ Ernst Cassirer, *op.cit.*, 347-349.

² Raoul Girardet, *op. cit.*, 78.

³ Ernst Cassirer, *op.cit.*, 61.



Fig.2. Europa și taurul, sediul Parlamentului European, Strasbourg, Franța (http://xaharts.org/va/i/europa/Europa_Bull_Strasbourg.jpg)



Fig. 3. Răpirea Europei de către Zeus deghizat în taur (<http://endoftheamericandream.com/wp-content/uploads/2012/05/Europa-Statue-EU-Headquarters-Brussels-460x345.jpg>)

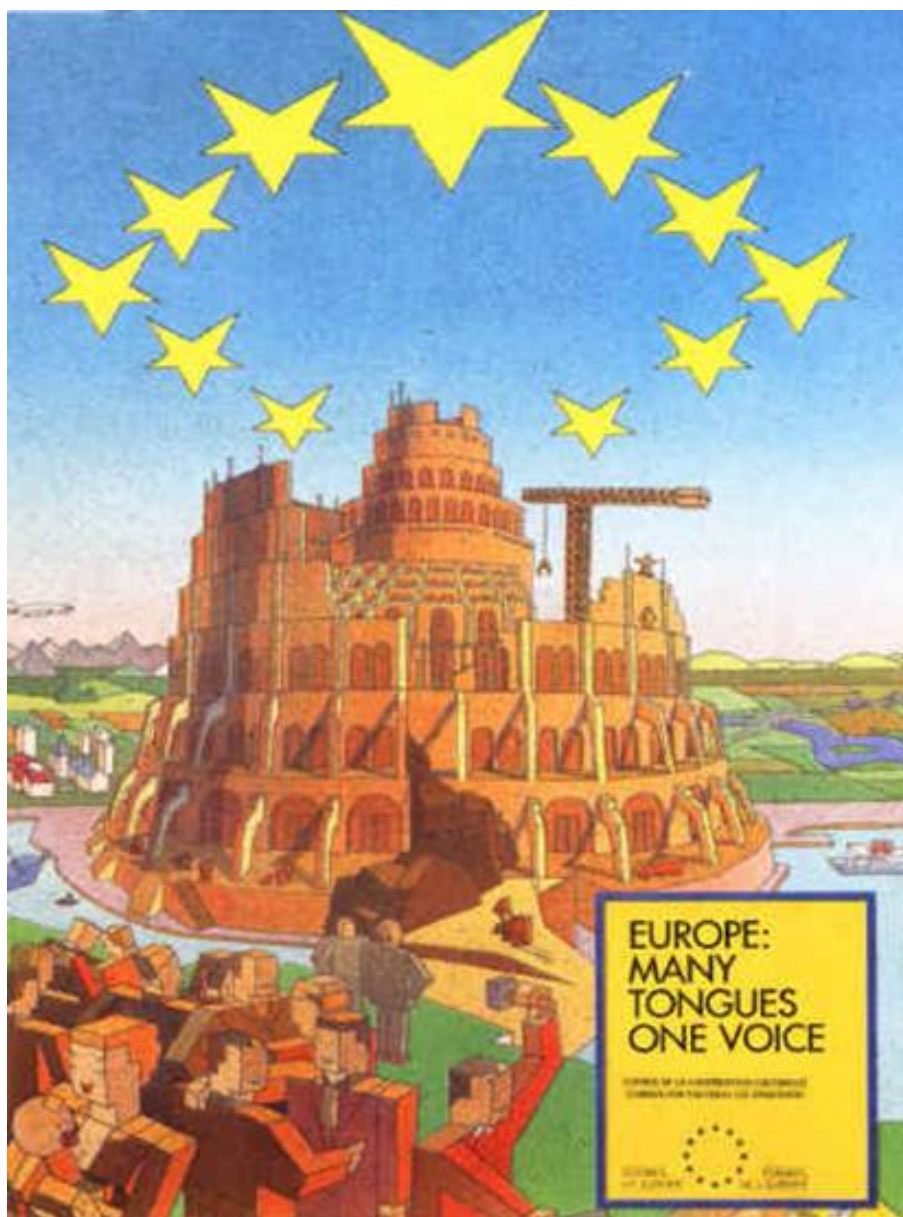


Fig.4. Afiş oficial al UE din anii '90 – manifestare a mitului Turnului Babel (<http://theeconomiccollapseblog.com/wp-content/uploads/2013/01/EU-Poster-Tower-Of-Babel-400x534.jpg>)

Ca un ultim argument, la nivelul UE pot fi identificate cele trei funcții ale unui mit: cea explicativă (UE propune o viziune a unei lumi în care diferențele apropie oamenii); capacitatea mobilizatoare (însăși momentul apariției organizației s-a făcut prin coeziunea împotriva unui pericol comun) și restructurare socială (asigură legitimitatea simbolică a puterii politice; imaginarul politic național se raportează la cel european).

3. Concluzii

Pornind de la constatarea pe care o face Jean-Jacques Wunenburger : „politica nu se face doar cu idei abstracte, universale, dezincarnate; realismul ne obligă să luăm în calcul [și] imaginarul, ca parte a unui fapt socio-politic total”, miturile ocupă un loc foarte important în cadrul proceselor politice, fiind un instrument util în explicarea acestora.

Ca orice mit politic, Uniunea Europeană apelează la palierul afectiv al membrilor săi și folosește angoasele colective care par de nerezolvat prin rațiuni pentru a își întări legitimitatea politică. Actualitatea ne demonstrează cât de mult se bazează această organizație pe dimensiunea sa mitică acum că dimensiunile politice și economice eșuează în a calma neliniștile cetățenilor europeni. Se pune foarte mult accent pe identitatea europeană. Eșecul politicului nu duce întotdeauna la eșecul mitului, însă viceversa este valabilă.

Singurele concluzii ferme pe care le putem adopta sunt că mitul poate fi folosit ca o cheie de descifrare a Uniunii Europene și că oficialii se folosesc ocazional de acest instrument pentru a legitima anumite acțiuni și politici.

Atragem atenția că aceasta este o cercetare făcută într-un timp prea scurt atât pentru a putea aprofunda bibliografia disponibilă și relevantă, cât și pentru a analiza mai asiduu comportamentul instituțional al UE. Însă lucrarea, sperăm noi, deschide drumul unor studii mai aprofundate.

Referințe bibliografice

- Cassirer, Ernst, *Eseu despre om*, (București: Humanitas, 1994).
- Cassirer, Ernst, *Mitul statului*, (Iași : Institutul European, 2001).
- Dărămuș, Lucia, *Mythos - între conștient și inconștient*, 2007, http://www.upm.ro/facultati_departamente/stiinte_litere/conferinte/situl_integrare_europeana/Lucrari/Daramus.pdf
- Delsol, Chantal, Masłowski, Michel, Nowick, Joanna, *Mythes et symboles politiques en Europe centrale*, (Paris: Presses Universitaires de France, 2002).
- Girardet, Raoul, *Mituri și mitologii politice*, (Iași: Institutul european, 1997).
- Kernbach, Victor, *Mituri Esențiale*, (București: Univers Enciclopedic, 1996).

ROMII-DE LA DISCRIMINAȚI LA DISCRIMINATORI

Liana Camelia VLAD¹

Abstract

In this paper I intend to analyze an aspect of a problem that is almost always on the public agenda in Romania: the Roma minority issue. It is well known that this minority in Romania must cope with many problems like: discrimination, prejudices or stereotypes which further involves violation of their rights and lack of access at health facilities, education, difficulties related to their access to labor market etc. Considering that, in my internship at Birlad, where we applied a sociological investigation, I was interested about this issue and I collected in the same time other types of data which I will present in the first part of this paper. From this experience I identified an aspect that I consider to an interesting one: the discrimination of Roma people to Roma people. That it happens because the Roma minority is not a homogenous one, many differences exist between the Romanian Roma people. For testing the validity of this formulation, in the second part of this paper I will present a proposal of a research project starting from the formulation of the research questions, aim, objectives, methodology and ending with a dissemination campaign regarding the results.

Keywords: *discrimination, Roma categories, perceptions*

Introducere

Problema discriminării romilor în România a devenit una de interes general, național sau chiar internațional. Este probabil una dintre cele mai controversate probleme de ordin sociologic dat fiind faptul că romii sunt adesea prejudecați și caracterizați prin prisma stereotipurilor ca fiind leneși, hoți, agresivi, necinstiți și lista poate continua. Spun că este o problemă de interes general dat fiind faptul că această minoritate ocupă totuși un procent semnificativ din populația întregii țări: 3, 2 % din totalul întregii populații stabile spune Recensământul din 2011.²

Cuprinsul lucrării

Am constatat că minoritatea romă presupune în România o problemă dar cine sunt acești romi? Voi încerca să caracterizez această etnie folosindu-mă de o simplă definiție. Așadar, dicționarul explicativ al limbii române propune următoarea definiție: „Persoană care face parte dintr-un grup etnic originar din India, răspândit aproape în toată lumea, ducând (în unele zone) o viață seminomadă”.³ Desprindem de aici că populația de etnie romă nu este predominantă în România, nu se găsește doar pe teritoriul țării noastre ci există în toate zonele din lume îndeplinind astfel însușiri caracteristice mediului din care provin.

Am amintit mai devreme despre această minoritate ca fiind o etnie. Făcând apel iarăși la dicționarul explicativ observăm că etnia reprezintă: “unitate etnică, determinată în timp și spațiu, cu trăsături de civilizație și cultură (limbă, tradiții etc.) comune”⁴. Având această definiție putem

¹ Student, Facultatea de Științe Politice- Sociologie, Școala Națională de Studii Politice și Administrative (SNSPA)- București, (e-mail: cammy_vlad@yahoo.com). Aceasta lucrare a fost elaborată sub coordonarea junior lector Diana Elena Neaga (diana_elena_neaga@yahoo.com)

² Recensământul populației și al locuințelor, accesat în 19 Martie 2013, <http://www.youtube.com/watch?v=nxa6TyMZB2s>

³ Dicționarul Explicativ al Limbii Române, accesat în data de 20 Martie 2013, <http://dexonline.ro/definitie/rom>

⁴ Dicționarul Explicativ al Limbii Române, accesat în data de 20 Martie 2013, <http://dexonline.ro/definitie/etnie>

identifica cu ușurință caracteristicile pe care populația romă le îndeplinește pentru a-și câștiga numele de etnie. În primul rând minoritatea în cauză folosește o limbă proprie, limba romani, specifică și identitară. Cel de-al doilea rând vizează tradițiile și obiceiurile legate de vestimentație, căsătorie, ocupații și practici specifice dar și cele ce țin de cadrul și exercitarea puterii în această comunitate. În concordanță cu acestea putem identifica un cod vestimentar caracteristic romilor: femeile poartă obligatoriu fuste lungi și foarte colorate, bijuterii și bănuți de aur și întotdeauna părul foarte lung având o împletitură specifică. Codul vestimentar se regăsește și la bărbați și constă adesea în pălării mari, mustață, de altfel aurul este prezent și în cazul bărbaților constituind un simbol al prosperității (trebuie evidențiat aici faptul că cele de mai sus nu sunt caracteristici definitorii ai întregii etnii și că așa cum vom vedea mai departe există în cadrul acestei etnii mai multe categorii de romi ale căror însușiri nu sunt obligatoriu aceleași). O altă trăsătură de civilizație și cultură a populației de etnie romă ține de tradiția căsătoriei și a nunții și regulile impuse în această instituție. Tradiția lor presupune virginitatea fetei înainte de căsătorie dar și o vârstă foarte fragedă, undeva în jur de doisprezece-paisprezece ani, ceea ce devine de fapt o condiție ce determină viitorul mariaj. Mai mult de atât, virginitatea fetei este cumpărată stabilindu-se un preț concordant cu posibilitățile familiilor implicate. Revenind la modul de exercitare a puterii, în acest sens este ales un deținător al acesteia numit Bulibașa și un personal legislativ reprezentat de Stabor care are dreptul elaborării legilor (informale, la nivelul comunității) dar și dreptul de a sancționa nerespectarea acestora. Având în vedere cele de mai sus, putem spune că minoritatea romilor îndeplinește caracteristicile necesare pentru a fi o etnie.

Însă, pe lângă faptul că romii reprezintă o minoritate etnică în România sunt vizibile pe de altă parte și elemente distincte rasiale. Dat fiind faptul că definiția rasei ilustrează: „o categorie socială de persoane despre care se spune că se disting după niște trăsături moștenite și invariabile. Deși rasa poate fi socotită la prima vedere o descriere naivă a felului în care arată unii oameni, ea poartă o agendă ascunsă referitoare la "natura" lor, la felul cum se comportă sau cum se așteaptă ceilalți să se comporte. Din această cauză, ideologiile rasiste pretind că trăsăturile genetice esențiale sau caracteristicile psihologice definesc o populație, care are prea puțin de ales în această privință, fiind stereotipată ca atare”¹, identificăm romii ca aparținând unei rase prin culoarea mai închisă a pielii, și a părului, reprezentând o trăsătură genetică în rândul acestei comunități. Așa cum spune definiția, această rasă este adesea definită conform unor caracteristici psihologice, generalizate.

Apartenența la o etnie și o rasă distinctă a determinat apariția rasismului și a xenofobiei în rândul populației majoritare din România și se pare că acestea două sunt principalele puncte de dezvoltare a discriminării populației minoritare reprezentată de romi. Discriminarea întruchipează:” Politică prin care un stat sau o categorie de cetățeni ai unui stat sunt lipsiți de anumite drepturi pe baza unor considerente neîntemeiate”²

O definiție mai amplă a discriminării este următoarea: „Orice deosebire, excludere, restricție sau preferință pe bază de rasă, naționalitate, limbă, religie, categorie socială, convingeri, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, boală cronică necontagioasă, infectare HIV sau apartenența la o categorie defavorizată care are ca scop sau efect restrângerea sau înlăturarea recunoașterii, folosinței sau exercitării, în condiții de egalitate, a drepturilor și a libertăților fundamentale, ori a drepturilor recunoscute prin lege, în domeniul politic, economic, social și cultural sau în orice alte domenii ale vieții publice”³. Aceasta este ușor observabilă în rândul minorității de etnie romă dat fiind faptul că acestora le este fie îngreunat, fie interzis dreptul la educație, la facilitățile privind sănătatea, sau impuse piedici în accesul pe piața muncii, mulți dintre angajatori refuzând angajarea lor pe motive rasiale. Există astfel două tipuri de discriminare și anume: discriminarea directă „apare atunci când o persoană este tratată mai puțin favorabil decât o altă persoană în situații comparabile din cauza

¹ Antidiscriminare.ro, accesata în 24 Martie 2013, <http://www.antidiscriminare.ro/etnie/>

² Dictionarul Explicativ al Limbii Romane, accesat în 21 Martie 2013, <http://dexonline.ro/definitie/discriminare>

³ Antidiscriminare.ro, accesata în 24 Martie 2013, <http://www.antidiscriminare.ro/anti-discriminare/>

originii etnice sau rasiale, a religiei ori credințelor, vârstei, orientării sexuale sau dizabilității”¹. În acest sens, există numeroase cazuri în care unei persoane de etnie romă i-a fost refuzat dreptul de a se angaja, pe criterii rasiale, în ciuda faptului că posedă mult mai multe atu-uri și capacitate de performare a postului.

Un alt tip de discriminare este discriminarea indirectă: “se produce atunci când un anumit criteriu sau procedură, practică aparent neutră ar putea dezavantaja persoane în funcție de rasă sau etnie, vârstă, orientare sexuală, religie sau dizabilitate și nu poate fi justificată în mod obiectiv”²

Nu doar discriminarea reprezintă o problemă majoră a romilor, aceștia se confruntă și sunt nevoiți să facă față unui număr semnificativ de stereotipuri, fiind totodată supuși adesea prejudecăților neîntemeiate: “hoți”, “leneți”, “inculți”, “șarlatani”, etc. sunt astfel de exemple alimentate fiind și de expresii populare care întăresc ideea de excludere a minorității din societate. Expresiile “fii cuminte că te dau la țigani” sau “nu te duce departe că te fură țiganii” spuse copiilor sunt de asemenea exemple de prejudecată care pe de altă parte crează xenofobii în necunoștință de cauză. Mai mult de atât se observă până și în vocabularul popular expresii care dovedesc atitudinea respingătoare vis-à-vis de aceștia: “nu te mai țigani”, “trăiesc ca la țigani”, “o femeie țigănoasă” sunt exemple de acest gen.

Observăm deci că atunci când atribuim o conotație peiorativă acestui grup etnic folosim adesea termenul de țigan, însă când apelăm la discriminarea pozitivă atribuim conotație neutră, utilizăm mai degrabă termenul de “rom”. În vederea acestui lucru, Consiliul director al Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării a organizat dezbateri publice ce aveau ca temă utilizarea sintagmei „rom”/”țigan”: „Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării a constatat ca în anumite condiții sintagma „țigan” poate îmbraca forma unei discriminări, în sensul art. 2 alin. (1) și ale art. 15 din O.G. nr. 137/2000, republicată, în situația în care se utilizează cu scopul de a aduce atingere demnității ori de a crea o atmosferă de intimidare, ostilă, degradantă, umilitoare sau ofensatoare”³.

Ceea ce din punctul meu de vedere pare o informație foarte importantă este aceea că minoritatea de etnie romă nu este omogenă ci este caracterizată prin complexitate și diversitate, creându-se nivele de difereniere. Există așadar “autodiferențieri folosite de romi inșiși, heterodiferențieri folosite în discursurile ne-romilor, clasificările romilor făcute de către cercetători și diversitatea tipurilor comunităților de romi din perspectivă mai largă pe care ne-o oferă o privire de ansamblu asupra rapoartelor referitoare la comunități”⁴.

Așadar, din cele amintite mai sus, constatăm faptul că minoritatea romă din România se confruntă cu numeroase probleme ce vizează în principal discriminare inter-etnică, fiind mai apoi un punct de pornire al unei discriminări intra-etnice. Adăugând aici prejudecata și stereotipurile atribuite acestei comunități constatăm că problema în sine este una de amploare care din punctul meu de vedere merită dezbătută și cercetată.

Experiență trăită- rezultate

În vara anului 2011 am participat împreună cu mai mulți colegi de facultate la o cercetare de teren în orașul Bîrlad, mai exact în asta a constat practica sociologică pentru primul an de facultate. Universul cercetării noastre era reprezentat așadar de municipiul Bîrlad, mai exact un cartier dintr-o zonă mărginașă a orașului, cartierul Deal. Acesta a constituit zona noastră de interes având în vedere

¹ Antidiscriminare.ro, accesată în 24 Martie 2013, <http://www.antidiscriminare.ro/anti-discriminare/>

² Antidiscriminare.ro, accesată în 24 Martie 2013, <http://www.antidiscriminare.ro/anti-discriminare/>

³ Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, accesat în data de 24 Martie 2013, <http://www.cncd.org.ro/noutati/cauta/Dezbaterile-publice-privind-utilizarea-sintagmei-rom-tigan-63/>

⁴ Gabor Fleck, Cosima Rughinis, Vîno mai aproape, *Incluziunea și excludiunea romilor în societatea românească de azi*, (București, Human Dynamics, 2008), 24

problematica pe care urma să o cercetăm. Existau numeroase probleme ce vizau în principal aspectul administrativ, infrastructura și condițiile precare cu care se confruntau locatarii.

Cartierul Deal este un cartier recent, reprezentând un refugiu pentru locuitorii Bîrladului când, în urmă cu aproximativ două decenii s-a confruntat cu o inundație de proporții mari ce a generat mutarea aproape în întregime a populației într-o parte limitrofă, mai înaltă a zonei. Însă, ulterior, când subiectul inundațiilor n-a mai constituit o problemă, oamenii s-au reîntors în inima orașului unde și-au recăpătat locurile de muncă și și-au reluat activitățile. Astfel, cartierul Deal n-a mai reprezentat principala zonă de locuire.

Cercetarea noastră viza nemulțumirile locuitorilor rămași în Deal, principalele probleme cu care se confruntă și care sunt cauzele care le generează. Domeniile de interes vizau situația materială, satisfacția lor în ceea ce privește mediul și condițiile de viață, situația politică la nivel local, instituțiile administrative cât și propuneri de rezolvare și de implementare a unor soluții benefice propriilor condiții.

Încă din startul cercetării, când am început să colectez primele date am reușit să aflu care sunt marile nemulțumiri ale oamenilor și situația precară cu care se confruntă. În principal erau dezamăgiți de situația drumurilor, de faptul că nu aveau apă curentă, lipsa instituțiilor elementare pentru o comunitate dar și de lipsa unor locuri de muncă (fapt ce a determinat migrația numeroasă astfel încat fiecare gospodărie avea cel puțin un membru plecat în străinătate).

Cercetarea a avut ca metodă principală de cercetare ancheta sociologică pe bază de chestionar însă am folosit și metoda observației neparticipative ca metodă opțională și necesară în interceptarea detaliilor, a comportamentelor, a reacțiilor generate de probleme discutate.

După primele zile de teren, timp în care am aplicat chestionare și am reușit să capăt primele informații și să străbat cartierul aproape în întregime, am fost foarte atrasă de o comunitate de romi care se afla, în zona mărginașă a cartierului. Toții romii din cartier erau stabiliți în zona aceea, oarecum retrasă. Acest fapt m-a dus direct cu gândul la discriminare așa că am devenit foarte interesată de subiect și mi-am dorit să aflu mai multe. Am apelat întâi la observația neparticipativă de care vorbeam mai devreme și am constatat că zona aceasta locuită exclusiv de romi prezenta mult mai multe elemente ce mă duceau cu gândul la o situație materială proastă a comunității decât întâlneam în restul cartierului: case mici și sărăcăcioase, unele chiar fără acoperiș sau garduri, iar în curți nu se observau urme de culturi sau plantații și nici animale ca în cazul celorlalte gospodării. Pe de altă parte, problema discriminării și a stereotipurilor era alimentată și de răspunsurile respondenților la întrebări legate de această comunitate. Adesea îi caracterizau drept leneși, hoți, necinstiți. Având aceste indicii am decis să aflu mai multe direct de la populația în cauză așa că mi-am îndreptat treptat atenția în interiorul acestei comunități. Am fost foarte uimită când la întrebarea dacă prejudecățile au în spate un substrat de adevăr, aceștia răspundeau afirmativ dar transferându-le unei alte categorii de romi din cadrul comunității, astfel reușind să aflu că în Bîrlad existau mai multe categorii de romi, fiecare diferențiindu-se din mai multe puncte de vedere. Am descoperit așadar că populația de etnie romă din Bîrlad și nu numai nu este una caracterizată prin omogenitate, ci din contră este foarte variată existând o categorizare bine definită și bazată pe criterii în principal ocupaționale, educaționale, vestimentare, autenticitate, limbă, port sau chiar ritualuri și tradiții. Ceea ce a reușit să mă captiveze și mai mult a fost folosirea stereotipurilor și a prejudecății în rândul acestor categorii. Ba mai mult, am observat un transfer al discriminării de la nivelul general și mă refer aici la discriminarea populației majoritare asupra minorităților rome ca ansamblu, la un nivel particular. Practic toate acuzațiile erau atribuite de intervievații unei categorii de romi către o alta propusă de ei înșiși. Subiectul mi-a stârnit curiozitatea și mi-am ales o temă de cercetare pe care am insistat pe tot parcursul stagiului și anume percepția și autopercepția romilor în cadrul comunității. Transferul acesta din sens general la unul particular a devenit punctul meu de interes, dorindu-mi să aflu care sunt adevăratele motive ale acestei diferențieri.

Așa cum am spus mai sus, această categorizare era propusă de ei înșiși și nu era ceva formal, stabilit și bine cunoscut de către toți subiecții. Existau categorii de romi care îndeplineau aceleași

caracteristici însă primeau denumiri diferite în funcție de interviuat sau mai mult, unii dintre ei nici nu auziseră de categoria respectivă. Am aflat deci că în Birlad există romi romanizați, lingurari, căldărari, ursari și cocalari și am reușit să identific principalul criteriu de diferențiere: ocupația.

Încercând o definiție per ansamblu a fiecăror dintre ei ținând cont de criteriile amintite am indentificat următoarele:

- Romii romanizați sunt acei romi care se indentifică aproape în totalitate cu populația română. Nu au o tradiție specifică, nu folosesc o limbă distinctă, nu au un stil vestimentar aparte și au aceleași activități ocupaționale.

- Ursarii prezintă aceleași caracteristici ca și cei romanizați însă ceea ce îi diferențiază este activitatea ocupațională. Principala lor ocupație era mersul cu ursul de unde au căpătat și numele de ursari. Între aceste două categorii de romi există relații interpersonale mult mai strânse dat fiind faptul că locuiau împreună în aceeași comunitate marginală. Pe de altă parte, între aceștia n-am resit să descopăr forme de discriminare, prejudiciu sau stereotipuri sau poate foarte puțin din punctul de vedere al ocupației, ursarii considerându-i pe romanizați mai leneși decât ei pentru faptul că nu aveau o ocupație bine definită care să-i caracterizeze.

- În același context îi putem încadra și pe lingurari, care de altfel locuiau împreună cu romanizații și ursarii, diferențiindu-se ca și în cazul anterior doar din punctul de vedere al ocupației. Aceștia se ocupau, așa cum spune și numele, de fabricarea lingurilor.

- Despre cocalari am aflat că sunt acei romi „migratori” fără domiciliu stabil, a căror locuință este constituită dintr-un cort pe roți iar principala activitate este de a se muta, de a migra în diverse zone ale țării. Din acest motiv sunt discriminați și la fel, atribuite stereotipuri și prejudecăți

- Căldărarii așa spune că este cea mai controversată categorie de romi și în același timp cea mai diferită în comparație cu celelalte trei amintite. Căldărarii sunt acei romi cu tradiție, cu limbă distinctă, port specific, obiceiuri și ritualuri bine stabilite în ceea ce privește instituția căsătoriei, a divorțului dar și din punctul de vedere al educației sau al ocupației. Sunt numiți căldărari datorită activității principale de a confecționa căldări și cazane. Vestimentația lor este obligatorie și constituită din fuste foarte lungi și colorate la care se adaugă un păr obligatoriu foarte lung și împletit într-un mod caracteristic, în cazul femeilor. Tăierea părului uneia dintre femeile rome era considerat ca fiind o modalitate de pedepsire. Bărbații de altfel sunt obligați să poarte pălării și mustață.

Am spus la început că este una dintre categoriile cele mai controversate pentru că din câte am observat transferul celor trei elemente : discriminare, stereotipuri sau prejudecata se îndreaptă în cea mai mare măsură spre această categorie distinctă. Adesea, când se vorbea despre necinste, lașitate, înșelătorie, acestea erau atribuite căldărarilor. Pe de altă parte, erau judecați din punctul de vedere al tradiției căsătoriei, fiind criticați pentru vârsta fragedă la care își căsătoresc copilele dar și pentru refuzul educației acestora, în ideea că astfel le protejează de pericole și de influențele populației majoritare. Educația însă este interzisă doar fetelor, băieții au dreptul și sunt chiar încurajați să meargă în instituțiile de învățământ. Alt exemplu de percepție peiorativă este dată de ocupația lor. Sunt acuzați de faptul că pe lângă activitatea specifică, de unde provine și numele, aceștia au ca activități „suplimentare” cerșitul, furatul, cămătarii și vânzarea de droguri ceea ce îi caracterizează ca fiind necinstiți și în același timp periculoși. În acest sens, trebuie să amintesc că acest grup de căldărari nu locuia în aceeași comunitate marginală de care vorbeam mai devreme, împreună cu ursarii, lingurarii și romii romanizați ci într-o zonă la fel de marginală însă de cealaltă parte a orașului și ceea ce mi s-a părut curios a fost faptul că în timpul cercetării ne-a fost interzis să mergem în acel loc din motive de siguranță.

Căldărarii nu dadeau veridicitate acestor speculații ci și ei, la rândul lor se foloseau de stereotipuri și de prejudecată în caracterizarea celorlalți. Spuneau despre cei ce nu aveau sau nu respectau tradiția că sunt lipsiți de indentitate și nedemni de a se numi romi. Pe de altă parte îi considerau leneși și delăsători pentru faptul că nu au o ocupație caracteristică ca în cazul lor.

Țin să evidențiez că această categorizare este una propusă de locuitorii de etnie romă din orașul Bîrlad și este una informală, nu există dovezi formale care să susțină tipul aparte din care face parte fiecare dintre romi, este doar o categorizare intra-rasială.

Din câte am observat în minicercetarea mea de la Bîrlad, există o uniformitate în interiorul căreia au loc schimburi și transferuri de presupuziții ale romilor despre propria etnie, ceea ce mă duce cu gândul la faptul că nu există omogenitate în cadrul acestei populații minoritare și că diferențele sunt majore. Se observă așadar o usoară diferențiere ce pare a fi alimentată de discriminarea în sens general de către populația majoritară a României asupra celei minoritare, în cazul de față romii.

Plecând de la această experiență de teren am dezvoltat un interes foarte mare în ceea ce privește problematica etniei rome generată în principal de discriminare și prejudecată. Mai mult, tind să cred că aceste două mari probleme au drept rezultat categorizarea amintită. Dat fiind acest fapt au apărut mai multe întrebări care cred că ar merita dezvoltate într-o cercetare. În primul rând îmi doresc să aflu care sunt principalele criterii de diferențiere intra-etnice și ceea ce le generează, iar în al doilea rând cum s-a ajuns la discriminare, prejudecată și stereotipuri în cadrul propriei etnii și dacă discriminarea la nivel general a populației rome alimentează discriminarea la nivel particular din interiorul acesteia.

Așadar, în următoarea parte a lucrării vă propun proiectarea unui cadru de cercetare ce are ca principal scop dezvoltarea întrebărilor de cercetare apărute în urma experienței mele de teren

Propunere cadru de cercetare

Pentru o astfel de cercetare îmi propun să merg din nou în orașul Bîrlad, dat fiind faptul că aici am întâlnit această problematică și știu cu siguranță că aici există mai multe categorii de romi. Așadar voi merge în fiecare zonă amintită mai sus, zona romanizațiilor respectiv zona căldărarilor și voi încerca să aflu cat mai multe informații cu privire la tema cercetării mele.

Ceea ce mi se pare important în analiza pe care o voi face privind această percepție și autopercepție a romilor în cadrul comunității este modul în care presupuzițiile majorității despre etnia lor îi influențează la rândul lor la prejudecată și discriminare asupra celorlalți. Prin urmare, este foarte important să surprindem criteriile de clasificare pe care ei înșiși și le-au impus și cum îi cataloghează pe ceilalți în funcție de acestea

Întrebarea de cercetare

Principala întrebare de cercetare pe care o propun este:

Discriminarea romilor de către romi este datorată și în același timp alimentată de discriminarea populației majoritare asupra populației minoritare de etnie roma?

Obiectivul cercetării

Obiectivul cercetării este unul explicativ prin care îmi propun să explic și să identific în aceeași măsură percepția și autopercepția romilor în cadrul comunității. Pe de altă parte îmi propun să aflu dacă discriminarea majorității este principalul motiv care generează discriminare, stereotipuri și prejudecăți în interiorul propriei etnii. Plus de asta, îmi doresc să capăt cât mai multe informații și să explic această varietate/categorizare a romilor propusă de ei înșiși și care sunt principalele criterii de determinare a acestui fenomen

Esantionare

Având în vedere că populația romă reprezintă un număr semnificativ, mare de indivizi nu voi putea face cercetarea pe întreaga populație așa că recurg la eșantionarea reprezentativă, populația

vizată fiind toți indivizii de etnie romă, fără un anumit pas statistic. Eșantionul va fi însă unul de disponibilitate, nealeator întrucât mă interesează părerea cât mai multor respondenți romi care sunt dispuși să vorbească despre tema pe care o propun, iar cercetarea va avea loc în mai multe zone ale țării.

Eșantionul va fi unul calitativ, nealeator de tip „bulgăre de zăpadă” pentru că mai întâi voi intervieva subiecți cunoscuți și voi merge astfel din recomandare în recomandare încercând treptat o trimitere la subiecții de la care pot extrage informații cât mai concrete cu privire la tema cercetării mele.

Principalul dezavantaj privind alegerea acestui tip de eșantion este că nu voi putea obține informații generale despre tema mea întrucât acesta nu presupune reprezentativitate. Voi stabili însă anumite caracteristici ale populației studiate respectând criteriile legate de vârstă, sex, venit, ocupație. Voi chestiona doar persoane adulte, trecute de vârsta majoratului.

Metodologia

Pentru o astfel de cercetare îmi propun să merg în comunitatea de romi deja întâlnită, în Bîrlad, dat fiind faptul că aici am aflat de existența categoriilor de romi amintite, ei fiind cei ce îndeplinesc caracteristicile cercetării propuse de mine. Așadar voi merge în fiecare zonă și voi încerca să aflu cât mai multe informații cu privire la tema aleasă.

Ceea ce mi se pare important în analiza pe care o voi face privind această percepție și autopercepție a romilor în cadrul comunității este modul în care presuposițiile majorității despre etnia lor îi influențează la rândul lor la prejudecată și discriminare asupra celorlalți. Prin urmare, este foarte important să surprindem criteriile de clasificare pe care ei înșiși și le-au impus și cum îi cataloghează pe ceilalți în funcție de acestea.

Metoda de cercetare folosită este una de tip calitativ, ancheta sociologică prin care doresc să surprind atitudini, opinii, comportamente, vizând o temă generală ci nu de actualitate imediată, având în vedere că cercetarea în cauză este una etno-metodologică.

Instrumentul de cercetare va fi interviul semistructurat. Am ales acest instrument pentru că sunt de părere că astfel voi reuși cu ușurință să câștig încrederea astfel să obțin cât mai multe și detaliate informații cu privire la tema vizată.

Ca metodă opțională de cercetare voi folosi observația neparticipativă pentru a identifica cu ușurință reacțiile lor în ceea ce privește discriminarea și prejudecata celorlalți.

Planificarea activitatilor

Cercetarea se va desfășura în patru etape :

1. Etapa de pregătire (12 săptămâni)
 - Documentarea (4 săptămâni)
 - Review-ul literaturii (3 săptămâni)
 - Elaborarea metodologiei (5 săptămâni)
2. Etapa de analiză
 - Monitorizarea și colectarea datelor (12 săptămâni)
 - Prelucrarea și analiza datelor (8 săptămâni)
3. Etapa de finalizare (8 săptămâni)
 - Elaborarea raportului de cercetare – rezultatele și semnificația lor statistică (10 săptămâni).

Rezultatele cercetării

În concluzie, ceea ce îmi propun prin acest proiect de cercetare este percepția pe care și-au construit-o romii despre propria etnie, influențați fiind sau nu de prejudecățile, stereotipurile și

discriminarea majorității. În altă ordine de idei, îmi doresc să aflu dacă au internalizat aceste diferențe dar atribuindu-le la rândul lor unor alte categorii de romi. În fapt îmi doresc să aflu dacă romii la rândul lor prejudecă, recurgând chiar și la discriminare.

Diseminarea rezultatelor

Consider ca lucrarea de față ce vizează rezultatele unei cercetări privind discriminarea romilor de către romi va fi utilă în primul rând tuturor celor interesați de subiect și în principal Organizațiilor Non-Guvernamentale care luptă împotriva diferențierilor inter-etnice din România.

Principalele modalități de diseminare a rezultatelor vor fi scrierea de articole în ziare, crearea unui spațiu web și a unui blog pe Internet.

Bibliografie

- Gabor Fleck, Cosima Rughinis, Vîno mai aproape, *Incluziunea și excludiunea romilor în societatea românească de azi*, (București, Human Dynamics, 2008), 24-25
- Antidiscriminare.ro, accesată în 24 Martie 2013, <http://www.antidiscriminare.ro/etnie/>
- Antidiscriminare.ro, accesată în 24 Martie 2013, <http://www.antidiscriminare.ro/anti-discriminare/>
- Antidiscriminare.ro, accesată în 24 Martie 2013, <http://www.antidiscriminare.ro/anti-discriminare/>
- Antidiscriminare.ro, accesată în 24 Martie 2013, <http://www.antidiscriminare.ro/anti-discriminare/>
- Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, accesat în data de 24 Martie 2013, <http://www.cncd.org.ro/noutati/cauta/Dezbaterile-publice-privind-utilizarea-sintagmei-rom-tigan-63/>
- Dictionarul Explicativ al Limbii Române, accesat în data de 20 Martie 2013, <http://dexonline.ro/definitie/rom>
- Dictionarul Explicativ al Limbii Române, accesat în data de 20 Martie 2013, <http://dexonline.ro/definitie/etnie>
- Dictionarul Explicativ al Limbii Române, accesat în 21 Martie 2013, <http://dexonline.ro/definitie/discriminare>
- Recensământul populației și al locuințelor, accesată în 19 Martie 2013, <http://www.youtube.com/watch?v=nxa6TyMZB2s>

CONDIȚIILE ADMITERII ACȚIUNII DIRECTE ÎN CONTENCIOS ADMINISTRATIV

Adriana BODEA*

Abstract

Într-o lume organizată și guvernată de oameni care rămân supuși greșelilor, necesitatea contenciosului administrativ apare ca fiind evidentă. Contenciosul administrativ reprezintă activitatea de soluționare a litigiilor, de către instanțele competente potrivit legii organice, în care cel puțin una dintre părți este o autoritate publică, iar conflictul s-a născut fie din emiterea sau încheierea, după caz, a unui act administrativ, în sensul legii, fie din nesoluționarea în termenul legal ori din refuzul nejustificat de a rezolva o cerere referitoare la un drept sau la un interes legitim. Prin acesta se desemnează căile de atac jurisdicțional împotriva operațiunilor și a actelor administrative.

Cunoașterea condițiilor și a regulilor, în baza cărora se permite atacarea pe calea justiției a actelor administrative care lezează interesele legitime ale cetățenilor, este vitală deoarece acestea aduc aportul la înfăptuirea procesului justiției prin înțelegerea și aplicarea corectă a legilor, și totodată repararea erorilor comise de puterea administrativă.

Lucrarea abordează condițiile admiterii directe în instanța de contencios administrativ care au fost identificate în doctrina administrativă, dat fiind faptul că înțelegerea pe deplin a acestora ar apropia mai mult relația dintre cetățeni și noțiunea de dreptate.

Cuvinte cheie: contencios administrativ, act administrativ, condiții de admisibilitate, interes legitim, autoritate publică.

1. Introducere

Contenciosul administrativ desemnează, stricto sensu, totalitatea litigiilor dintre autoritățile publice și cei administrați care sunt vătămați în drepturile sau interesele lor legitime prin acte administrative nelegale, litigii care sunt date în competența instanțelor de contencios administrativ și sunt soluționate în baza unui regim de putere publică.¹

Totodată, contenciosul administrativ reprezintă o garanție constituțională a respectării drepturilor și libertăților cetățenilor de către autoritățile publice, iar în acest sens, în art. 52 din Constituție se prevede dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică, alin.(1): "Persoana vătămată într-un drept al său sau un interes legitim, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, este îndreptățită să obțină recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, anularea actului și repararea pagubei; al.(2): Condițiile și limitele exercitării acestui drept se stabilesc prin lege organică", actualmente legea nr. 554/2004².

În funcție de natura dreptului sau a interesului legitim vătămat, în doctrină se face vorbire despre un contencios subiectiv care urmărește apărarea drepturilor și intereselor legitime private, individuale și un contencios administrativ obiectiv care are drept scop apărarea interesului public, în sensul de a se verifica dacă se aduce atingere unei stări de legalitate generală.

* Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: adriana.0419@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect.univ.drd. Deleanu Irina - Diana (dianadel@univnt.ro).

¹ Alexandru-Sorin Ciobanu, Florin Coman-Kund, *Drept administrativ partea a II-a*, pg.214

² Legea nr. 554/2004 contenciosului administrativ, actualizată octombrie 2009, publicată în M. Of. nr. 1155 din 7.12.2004

În literatura de specialitate, condițiile de admisibilitate a acțiunii directe în contencios administrativ, au fost definite ca reprezentând cerințele legale și de fapt ce trebuie îndeplinite în momentul promovării acțiunii în justiție. Aceste condiții au fost grupate după modul în care fac referire la obiectul și părțile acțiunii, la procedura administrativă prealabilă și la termenul de introducere al acțiunii.

2. Părțile și obiectul în contencios administrativ

Textul legii contenciosului administrativ reia art. 52 din Constituție potrivit căruia “orice persoană vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de către o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, se poate adresa instanței de contencios administrativ competente, pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim și repararea pagubei ce i-a fost cauzată”. Interesul legitim poate fi atât privat, cât și public, iar persoana vătămată într-un drept al său sau un interes legitim, se poate adresa instanței de contencios administrativ printr-un act administrativ individual, adresat altui subiect de drept.

În contenciosul subiectiv, calitatea de reclamant revine persoanelor fizice sau juridice de drept public sau privat, cât și grupurilor de persoane fără personalitate juridică vătămate într-un drept sau interes legitim printr-un act adresat lor sau altor subiecte de drept. Unii autori se referă la calitatea procesuală ce presupune că trebuie să existe identitate între persoana reclamantului și titularul dreptului încălcat, precum și între persoana pârâtului și cel obligat să respecte dreptul¹. Dreptul subiectiv încălcat trebuie să fie prevăzut de Constituție, de lege sau de alt act normativ. Interesul legitim privat este posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil, în timp ce interesul legitim public este posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept fundamental care se exercită în colectiv, ori, după caz, în considerarea apărării unui interes public. Interesul publice este acela care vizează ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, prevăzute de Constituție și de legi.

Subiectele care pot sesiza instanța, persoane juridice de drept public, care pot desfășura un contencios administrativ obiectiv, sunt prevăzute de lege în vederea apărării interesului public. Astfel, Avocatul Poporului poate introduce acțiune în contencios administrativ în cazul în care, în urma controlului ce are la bază o petiție din partea persoanei vătămate, potrivit legii sale organice, consideră că ilegalitatea unui act administrativ, tipic sau asimilat, nu poate fi înlăturată decât prin justiție. Acțiunea pusă la dispoziția Avocatului Poporului prezintă particularitatea că petentul va dobândi de drept calitatea de reclamant, deși nu el promovează acțiunea, și va pierde această calitate în cazul în care nu își însușește acțiunea la primul termen de judecată.

De asemenea, Ministerul Public poate introduce acțiune directă atunci când apreciază că încălcările drepturilor, libertăților și intereselor legitime se datorează unor acte administrative unilaterale individuale ale unor autorități publice emise cu exces de putere², după primirea aprobării prealabile a autorităților în cauză. Totodată, dacă apreciază că un act administrativ normativ vatămă un interes public, atunci poate introduce acțiune directă împotriva autorității publice emitente la instanța de contencios administrativ competentă de la sediul autorității emitente.

În cazul prefectului și al Agenției Naționale a Funcționarilor Publici, sfera actului administrativ pe care îl pot ataca este mai restrânsă decât în cazul celorlalte subiecte de drept.

Calitatea de pârât aparține autorității publice emitente a actului administrativ considerat ilegal. Potrivit art. 52 din Constituție, sfera autorității publice este una largă, menționată expres în lege și incluzând toate organele de stat și ale unităților administrativ-teritoriale care acționează în regim de

¹ Dana Apostol Tofan, *Drept administrativ volumul II*, Editura All Beck, București, 2004, pg. 296

² Definiția legală a noțiunii de exces de putere îl reda ca fiind exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertăților cetățenești.(art.2 al.1.pct.n din legea nr. 554/2004)

putere publică pentru satisfacerea unui interes legitim public. Prin lege, acestora le sunt asimilate, potrivit legii, și persoanele juridice de drept privat care au fost autorizate să presteze un serviciu public sau au dobândit statutul de utilitate publică. Pe lângă autoritățile administrației publice centrale, teritoriale și locale, și celelalte autorități publice care au în principal altă activitate sau funcție, pot emite sau adopta în subsidiar acte juridice de drept administrativ, care sunt susceptibile a face obiectul unei acțiuni directe în contencios administrative în măsura în care vatămă drepturi sau interese legitime.

Potrivit art. 52 alin.(1) din Constituția republicată, obiectul acțiunii directe în contencios administrativ, este constituit de actul administrativ prin care se vatămă un drept sau un interes legitim, precum și din nesoluționarea în termenul legal al unei cereri. Astfel, ”orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de către o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal al unei cereri, se poate adresa instanței de contencios administrativ competente, pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim și repararea pagubei ce i-a fost cauzată. Interesul legitim poate fi atât privat, cât și public”. Formularea elastică pe care legiuitorul constituent a înțeles să o folosească, permite persoanei care se consideră vătămată să intenteze acțiune, fapt ce presupune judecarea pe fond pentru a se stabili existența vătămării, și, dacă este cazul, determinarea răspunderii autorității emitente a actului ilegal.

Din prevederile legale rezultă că persoana vătămată poate cere recunoașterea dreptului sau a interesului legitim încălcat, anularea sau modificarea actului administrativ ilegal și repararea pagubei cauzate și reparații pentru daune morale. În doctrină a fost evidențiat faptul că reclamantul poate cere atât efectuarea unei operațiuni administrative sau eliberarea unui act administrativ, cât și punerea în executare a unui act administrativ executoriu. De asemenea, persoana vătămată poate cere și suspendarea executării actului în cazul în care consideră că va suferi o pagubă iminentă ca urmare a executării actului atacat. Cererea de suspendare poate fi alăturată acțiunii principale de anulare a actului administrativ sau separată.

În Constituție nu se face distincția între actul normativ cu caracter individual și cel cu caracter normativ, dat fiind faptul că ambele pot face obiectul unei acțiuni în contencios administrativ, această teză fiind expers confirmată în prevederile legale.

Prin definiție, actul administrativ reprezintă actul unilateral cu caracter individual sau normativ, emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice. În doctrină această definiție corespunde actului administrativ tipic și sensului restrâns al actului administrativ.¹

Pe lângă acesta, și actul administrativ asimilat mai poate constitui obiect al acțiunii directe. Mai exact, contractele încheiate de autoritățile publice expres nominalizate, și anume cele care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, prestarea serviciilor publice și achizițiile publice, executarea lucrărilor de interes public. Desigur și alte tipuri de contracte pot constitui obiectul acțiunii în contencios administrativ, dacă acestea sunt adăugate prin legi speciale. În doctrină actuală, contractul administrativ reprezintă acordul de voință dintre o autoritate publică, aflată pe o poziție de superioritate juridică, și alte subiecte de drept prin care se urmărește satisfacerea unui interes general, prin prestarea unui serviciu public, efectuarea unei lucrări publice sau punerea în valoare a unui bun public, supus unui regim de putere publică. Legea contenciosului administrativ face referire la sensul larg al noțiunii de act administrativ care împreună cu actul administrativ unilateral formează contractul administrativ. Instanțele de contencios sunt competente să soluționeze

¹ „formă principală de activitate a organelor administrației publice și în secundar și a altor autorități publice, ce constă într-o manifestare unilaterală și expresă de voință de a da naștere, a modifica sau a stinge drepturi și obligații, în realizarea puterii publice, sub controlul principal de legalitate al instanțelor judecătorești” Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ, volumul II*, ediția a 4a, editura All Beck, București 2005, pag. 25

litigiile ce apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea, modificarea, interpretarea, executarea și încetarea contractului administrativ.

Totodată, obiect al acțiunii directe în contencios administrativ poate fi nesoluționarea unei cereri referitoare la un drept sau un interes legitim. În doctrină se face distincția între nesoluționarea cererii în termenul legal, care este identificată drept tăcerea administrației, și care presupune faptul de a nu răspunde solicitantului în termen de 30 de zile de la înregistrarea cererii, dacă prin lege nu se prevede alt termen; și refuzul nejustificat de a soluționa o cerere care rezidă în exprimarea concretă, cu exces de putere, a voinței de a nu rezolva cererea unei persoane, exprimare căreia îi este asimiliată și nepunerea în executare a actului administrativ emis ca urmare a soluționării favorabile a cererii sau a plângerii prealabile.

Se poate observa că nu orice tip de refuz de a rezolva favorabil o cerere, este un refuz nejustificat, ci numai acela prin care autoritatea publică își manifestă dreptul de apreciere¹ de așa natură încât, fie încalcă limitele competenței sale prevăzute de lege, fie încalcă drepturile și libertățile cetățenilor. Pentru a fi un refuz nejustificat este necesară atât depășirea atribuțiilor de putere publică, cât și comunicarea expresă a poziției autorității publice căreia i s-a adresat cererea.² Instanța de contencios administrativ va aprecia, de la caz la caz, dacă refuzul de a rezolva cererea favorabil a fost justificat ori nu.

Atât ordonanțele cât și dispozițiile din ordonanțe, care sunt considerate că vatămă drepturi sau interese, pot fi atacate în contencios administrativ. În acest caz acțiunea este însoțită de excepția de neconstituționalitate. În intentarea acestei acțiuni există două posibilități: fie ordonanța sau dispoziția din ordonanță este declarată neconstituțională de către Curtea Constituțională, iar instanța de contencios administrativ repune cauza pe rol și judecă în fond, fie excepția de neconstituționalitate este respinsă, iar acțiunea este inadmisibilă pe fond.

În acțiune directă mai pot fi atacate și actele administrativ-jurisdicționale. Actul administrativ-jurisdicțional reprezintă actul juridic emis de o autoritate administrativă cu atribuții jurisdicționale în soluționarea unui conflict, care are la bază principiile independenței, contradictorialității și asigurării dreptului la apărare.

În vederea condițiilor pentru a întruni calitatea de act administrativ-jurisdicțional, în doctrina actuală se ține cont de următoarele aspecte: actul să fie emis de către o autoritate administrativă, adică un organ al administrației centrale sau locale; autoritatea administrativă emitentă să aibă atribuții de a soluționa un conflict, mai exact, să fie un organ administrativ jurisdicțional, conflictul să se soluționeze cu citarea părților în baza principiului contradictorialității; părților să le fie recunoscut dreptul de a fi reprezentate sau asistate de un avocat. Actul administrativ-jurisdicțional este dat în cadrul unei jurisdicții administrative special, definită ca activitatea înfăptuită de o autoritate administrativă, care are, conform legii organice în materie, competența de soluționare a unui conflict privind un act administrativ, după o procedură bazată pe principiile contradictorialității, asigurării dreptului la apărare și independenței activității administrativ-jurisdicționale.

Actele administrative ale autorităților locale considerate nelegale pot constitui obiectul acțiunii în contencios administrativ intentate de prefect. Acesta va putea controla actele cu privire la legalitatea acestora într-un contencios obiectiv.

Potrivit art. 5 din Legea nr.554/2004 actualizată, există acte exceptate care nu pot face obiectul acțiunii în contencios administrativ, și anume, acele acte ale autorităților publice care privesc raporturile cu Parlamentul; actele de comandament militar; actele administrative pentru modificarea sau desființarea cărora se prevede, prin lege organică, o altă procedură judiciară; precum și actele administrative emise pentru aplicarea regimului stării de război, al stării de asediu, sau al celei de urgență, cele care privesc apărarea și securitatea națională ori cele emise pentru restabilirea ordinii

⁶ Dreptul dat de lege pentru a adopta o soluție din mai multe posibile pentru a ajunge la scopul expres prevăzut de lege

² Dana Apostol Tofan, *Drept administrativ volumul II*, editura All Beck, București, 2004, pag. 297

publice, precum și pentru înlăturarea consecințelor calamităților naturale, epidemiilor și epizootiilor. Caracterul politic al actelor, necesitatea asigurării ordinii și disciplinei în cadrul unităților militare și a cadrelor militare încadrate în aceste unități cât și competența limitată a instanțelor pentru a asigura o mai bună calitate a actului de justiție ca urmare a specializării, sau protejarea securității și siguranței statului și a societății fac posibilă exceptarea actelor.

3. Procedura administrativă prealabilă și termenele de introducere a acțiunii în contencios administrativ

În contenciosul administrativ, procedura de soluționare a cererilor în cazul actelor administrativ individuale considerate ilegale, adresate persoanei în cauză sau altui subiect de drept începe cu solicitarea persoanei vătămate într-un drept al său sau un interes legitim de a se revoca în tot sau în parte actul. Solicitarea se adresează autorității emitente sau autorității ierarhice superioare, dacă există, și trebuie formulată în termen de 30 de zile de la data comunicării actului.

Prin lege se constată obligația persoanei vătămate printr-un act unilateral de a se folosi de recusul administrativ grațios, în cazul solicitării către autoritatea emitentă a actului, sau de recursul administrativ ierarhic, în cazul autorității superior ierarhice celei emitente. Această obligație a fost considerată ca fiind una alternativă astfel încât au fost admise acțiunile în contencios împotriva actelor administrative unilaterale pentru care persoana vătămată a cerut revocarea fie la autoritatea publică emitentă, fie la autoritatea publică superior ierarhic, nefiind necesar să exercite ambele forme de recurs administrative.

Persoana vătămată, care poate fi persoană fizică sau persoană juridică, poate ataca în instanță actul numai după expirarea termenului legal de soluționare a cererii sale, 30 de zile de la înregistrarea cererii de revocare a actului. În literatura de specialitate, acest termen de introducere a plângerii prealabile a fost considerat, atât termen de prescripție (termen imperativ de decădere) cât și termen de recomandare sau termen de decădere substanțial, de drept administrativ, a cărui depășire duce la pierderea dreptului de a cere anularea actului sau obligarea la eliberarea lui¹. Același termen este acordat autorității publice pentru a soluționa plângerea. Se poate observa că termenul de soluționare a plângerii prealabile reprezintă un termen de recomandare, iar administrația nu poate fi ținută să dea răspuns recursului. În cazul în care se cere solicitarea revocării unui act administrativ unilateral adresat altui subiect de drept, termenul curge din momentul în care persoana vătămată a luat cunoștință pe orice cale de existența actului. Se poate solicita revocarea și după termenul de 30 de zile, însă numai pentru motive temeinice, și în termenul de prescripție de 6 luni de la data emiterii actului.²

În doctrină se consideră că obligația de a recurge la recursul administrativ dă posibilitatea rezolvării mai rapide și necostisitoare a litigiului. Mai mult decât atât, persoana vătămată poate invoca drept motive de revocare atât cauze de ilegalitate, cât și de oportunitate.

În cazul actelor administrative normative considerate ilegale, plângerea prealabilă poate fi formulată oricând.

Procedura prealabilă nu este obligatorie de urmat în cazul în care acțiunile sunt introduse de prefect, Avocatul Poporului, Ministerul public, Agenția Națională a Funcționarilor publici, precum și în cazul în care vătămarea este adusă printr-o ordonanță sau o dispoziție dintr-o ordonanță considerată neconstituțională, precum și în ipotezele refuzului nejustificat și al tăcerii administrației.

În cazul acțiunilor care au ca obiect contracte administrative, plângerea prealabilă are semnificația concilierii³. Dispozițiile Codului de procedură civilă sunt aplicabile în mod

¹ Dacian Cosmin Dragoș, *Legea contenciosului administrativ Comentarii și explicații ediția 2*, editura C.H.Beck, București, 2009, pag. 228

² Ioan Alexandru, Mihaela Căraușan, Ion Bucur, *Drept administrativ*, editura Lumina Lex, București 2005, pag.551

³ Concilierea are sensul juridic de faptul de a încerca aplanarea sau evitarea unui litigiu prin împăcarea părților

corespunzător, în cazul litigiilor comerciale. În acest caz, termenul de 6 luni în care trebuie introdusă solicitarea de revocare începe să curgă diferit în următoarele ipostaze: în cazul litigiilor legate de încheierea contractului, de la data încheierii sale; în cazul litigiilor legate de modificarea contractului, fie de la data modificării contractului fie de la data refuzului cererii de modificare făcute de una dintre părți; în cazul litigiilor legate de executarea contractului, la data încălcării obligațiilor contractuale; în cazul litigiilor legate de încetarea contractului, la data expirării duratei contractului sau, după caz, de la data apariției oricărei alte cauze care atrage stingerea obligațiilor contractuale; în cazul litigiilor legate de interpretarea contractului, de la data constatării caracterului interpretabil al unei clauze contractuale.

Acțiunea directă în contencios administrativ se introduce în termenele art. 11 din Legea nr. 554/2004 sau în termenele prevăzute de legi speciale. Această soluție este argumentată în doctrină pe următoarele coordonate: prin art. 31 al Legii nr. 554/2004 se abrogă explicit Legea nr. 29/1990 și implicit alte dispoziții contrare, însă Legea nr. 554/2004 constituie legea generală în materie, iar potrivit normelor imperative de tehnică legislativă¹, normele speciale, derogatorii de la dreptul comun, nu pot fi modificate sau abrogate decât în mod expres de o normă legală generală și ulterioară. De asemenea, Înalta Curte de Casație și Justiție a admis recursul în interesul legii prin care a statuat aplicarea termenelor speciale prevăzute de legi speciale precum OG nr. 105/1999 privind acordarea de drepturi persoanelor persecutate de către regimurile instaurate în România cu începere de la 6 septembrie 1940 până la 6 martie 1945 din motive etnice.

Termenul general instituit prin Legea nr. 554/2004 este de 6 luni și se aplică cererilor de anulare a unui act administrativ individual, a unui contract administrativ, cererilor de recunoaștere a unui drept pretins și de reparare a pagubei cauzate. Acest termen este unul de prescripție și se supune regulilor stabilite de dreptul comun, Decretul nr. 167/1958, fiind susceptibil de suspendare, întrerupere și repunere în termen. Împlinirea termenului de prescripție stinge dreptul de a exercita cu succes acțiunea în contencios administrativ. Termenul general de 6 luni începe să curgă:

- de la data comunicării răspunsului la plângerea prealabilă sau de la expirarea termenului de soluționare a plângerii prealabile sau a termenului legal de 30 de zile stabilit pentru soluționarea cererilor;
- de la data comunicării refuzului nejustificat de soluționare a cererii;
- de la data expirării termenului prevăzut de art. 2 al. 1 lit. h) calculat de la comunicarea actului administrativ emis în soluționarea favorabilă a plângerii prealabile;
- de la data încheierii procesului-verbal de finalizare a procedurii concilierii, în cazul contractelor administrative.

În cazul actului administrativ individual, în mod excepțional, pentru motive temeinice, cererea poate fi introdusă și peste termenul de 6 luni, dar nu mai târziu de 1 an de la data comunicării actului, data luării la cunoștință, data introducerii cererii sau data încheierii procesului verbal de conciliere, după caz. Termenul de 1 an reprezintă un termen de decădere și se deosebește de termenul de prescripție deoarece nu este susceptibil de suspendare, întrerupere sau repunere în termen, ci doar de întrerupere în caz de forță majoră.

Termenul începe să curgă de la data la care s-a cunoscut existența actului nelegal, dar nu mai târziu de 1 an de la data emiterii actului, în cazul acțiunilor formulate de prefect, Avocatul Poporului, Ministerul public sau ANFP.

Se reglementează și o situație de imprescriptibilitate a acțiunii în contencios administrativ ce are ca obiect ordonanțele sau dispoziții din ordonanțe neconstituționale, precum și acte administrative normative.

¹ Legea nr. 24/2004 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, publicată în M.OF. al României, Partea I, nr. 777 din 25 august 2004

În ceea ce privește termenele din legile speciale amintim cu titlu de exemplu: termenul de 15 zile stabilit prin OG nr. 2/2001¹, termenul de 5 zile de la data comunicării sau adoptării pentru contestarea hotărârii de validare sau invalidare a mandatului de consilier stabilit prin Legea nr. 215/2001².

Referințe bibliografice

- Constituția României 1991, revizuită prin legea nr.429/2003, republicată în M.Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003
- Legea nr. 554/2004 contenciosului administrativ cu modificările ulterioare, publicată în M. Of. nr. 1155 din 7.12.2004
- Ordonanța Guvernului nr. 2 /2001 privind regimul juridic al contravențiilor publicată în M.OF. nr. 410 din 25 iulie 2001 cu modificările și completările ulterioare
- Lege nr. 215/2001 administrației publice locale publicată în M.OF. nr. din 23.01.2001 cu modificările și completările ulterioare
- Florin Ciobanu, Alexandru-Sorin, Coman-Kund, Florin, *Drept administrativ partea a II-a*, editura Universul Juridic, București 2008
- Iorgovan, Antonie, *Tratat de drept administrativ, volumul II*, ediția a 4a, editura All Beck, București 2005
- Tofan Apostol, Dana, *Drept administrativ volumul II*, editura All Beck, București, 2004

¹ Ordonanța Guvernului nr. 2 /2001 privind regimul juridic al contravențiilor publicată în M.OF. nr. 410 din 25 iulie 2001 cu modificările și completările ulterioare

² Lege nr. 215/2001 administrației publice locale publicată în M.OF. nr. din 23.01.2001 cu modificările și completările ulterioare

GUVERNUL

Mihaela Alexandra CHIRIMEACĂ¹

Abstract

Guvernul este autoritatea publica a puterii executive, care functioneaza in baza votului de incredere acordat de catre Parlament si care asigura realizarea politicii interne a tarii si exercita conducerea generala a administratiei publice.

Cuvinte cheie: *vot, presedinte, prim-ministru, tara, administratie*

1.Introducere

Guvernul sau Consiliul de ministri a aparut odata cu primele constitutii modene si cu disciplina si ramura de drept, dreptul administrativ. Originea sa provine in multe cazuri din “ Consilii ale regelui”denumite curia regis.

Corpul de consilieri ai monarhului pe masura ce societatea a evoluat s- a transformat intr un corp de specialisti formand clasa marilor dregatorii, a marilor functionari sau ministri cum sunt denumiti mai modern.

Curia legis a devenit cu timpul un veritabil Consiliu, iar consilierii specializati au devenit”ministri” astfel ca a luat nastere Consiliul de ministri. Cat priveste natura juridica a “Sfatului domnesc” din Tarile Romane in perioada feudalismului, se sustine ca acesta nu ar fi constituit un aparat administrativ, ci mai degraba un “mini Parlament”.

Un veritabil Guvern intalnim sub domnia primului domnitor al Romaniei Alexandru Ioan Cuza, dar aparitia functiei de ministru si implicit a ministerelor in acceptiunea moderna, precede

Guvernul,ca autoritate sau organ al Statului, ca subiect de drept public. O intalnim pentru prima data in Regulamentele organice, astfel, prin Regulamentul Organic s-a stabilit un numar de 6 ministere si implicit ministrii, respective in Muntenia- Ministrul Trebilor din Launtru (marele Vornic),Ministerul Finantelor(Vistierul), Ministerul , Marele Postelnic (Secretarul de stat ori Ministrul de Externe actualmente), Logofatul pricinilor Bisericesci, Spatarul(ministru ordinii).

Tot regulamentele organice reglementeaza asa numitul” Sfat al ministrilor” si “Sfatul administrativ”. “Sfatul administrativ este o institutie intermediara intre traditional curia legis si Guvern”. Hotararile Sfatului administrativ deveneau executorii numai dupa aprobarea lor de catre Domn.

Evolutia institutiei Guvernului in acceptiune prezenta reprezinta o istorie interesanta a vietii politice din fiecare tara.

2.Continutul propriu-zis al lucrarii

Componenta Guvernului

Cu privire la componența și structura Guvernului, Constituția în art.101, statuează că “Guvernul este alcătuit din prim-ministru, miniștrii și alți membri stabiliți prin lege organică”.

Constituția nu face nici o referire cu privire la numărul membrilor Guvernului, respectiv al miniștrilor și al altor membrii, singura precizare, fiind aceea că “alți membri” se stabilesc prin lege organică.

¹ Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: mihaelaalexandra@hotmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.Lector univ. drd. Diana Deleanu (dianadel@univnt.ro).

Legea nr.90/2001 privind organizarea și funcționarea Guvernului României și a ministerelor, stipulează în art.3 „Guvernul este alcătuit din primul-ministru și miniștrii.

Din Guvern pot face parte și miniștrii – delegați, cu însărcinări speciale pe lângă primul-ministru, prevăzuți în lista Guvernului prezentată Parlamentului pentru acordarea votului de încredere”. Legea nu face referire la numărul membrilor Guvernului.

Legea nr.37/1990 nu se referea nici ea la numărul membrilor Guvernului și stipula în art.2: „Guvernul României este format din primul-ministru, miniștrii de stat, miniștrii și secretarii de stat”. Totodată, este de reținut că atât Constituția, cât și legea cadru privind organizarea și funcționarea Guvernului sau o altă lege nu stabilesc numărul ministerelor, fără să mai vorbim de nominalizarea acestora.

Mai trebuie avut în vedere și faptul că Legea nr.37/1990 a fost adoptată înainte de intrarea în vigoare a Constituției, astfel încât prevederile acesteia trebuie apreciate în raport și cu dispozițiile art.150 (1) din Constituție, potrivit cărora “legile și toate celelalte acte normative rămân în vigoare, în măsura în care nu contravin prezentei Constituții”.

În această viziune, prezintă, credem, importanță nu numai teoretică, ci și practică, a face unele referiri la soluțiile pe care viața politică din România le-a impus și le-a experimentat după intrarea în vigoare a Constituției. Aceste soluții au îmbinat, în fapt, prevederile Constituționale cu cele ale Legii nr.37/1990, adoptându-se diverse formule în componența, structura și organizarea internă a Guvernului, formule care, după părerea noastră, au depășit, sub unele aspecte, cadrul constituțional.

Astfel, dacă ne referim la **numărul membrilor Guvernului**, putem reaminti că Guvernul desemnat în legislatura 1992-1996 a fost compus, din 22 membri, iar cel desemnat în urma alegerilor parlamentare din noiembrie 1996 dintr-un număr de 28 membri. Acest număr a fost redus la 27, prin remanierea din decembrie 1997 și apoi la 18 membri, prin remanierea din decembrie 1998, iar din decembrie 1999 noul Guvern este format din 19 membri.

Din decembrie 2000 Guvernul are 27 de membri.

Cât privește **structura Guvernului**, este de observat existența a două categorii de norme: cele ale Legii nr.37/1990 (art.2 alin.1) și cele ale Constituției (art.101 alin.3). Prevederile Legii nr.37/1990 reglementează o structură ierarhică a membrilor Guvernului formată, în afară de primul-ministru, din trei categorii de membrii „miniștrii de stat”, „miniștrii” și „secretari de stat”.

Ori, dacă avem în vedere prevederile art.101(3) din Constituție, potrivit cărora din componența Guvernului fac parte, în afară de primul ministru, “miniștrii și alți membrii stabiliți prin lege organică”, ajungem la concluzia, așa cum pe bună dreptate observă și prof. A. Iorgovan, că legiuitorul constituant a consacrat “o formulă de Guvern fără scară ierarhică interioară”. **Ca atare, dispozițiile Legii nr.37/1990, care se refereau la funcția de “ministru de stat”, independentă chiar de cea de “ministru”, au intrat sub incidența art.150(1) din Constituție, fiind astfel abrogate** implicit, întrucât prevederile constituționale (art.101 alin.3) se referă doar la “miniștrii și alți membrii”, nicidecum la “miniștrii de stat” și “secretari de stat”.

Mai trebuie semnalat și faptul că, **în structura Guvernului format în urma alegerilor din noiembrie 1996 a mai fost introdusă încă o categorie de membri**, aceea de “**ministru delegat pe lângă primul ministru**”, păstrându-se și cea de “ministru de stat”, precum și cea de “secretar de stat”, **consacrându-se, astfel, o structură internă ierarhică mai accentuată a Guvernului, fără bază constituțională.**

Atâta vreme cât legea fundamentală a creat un regim juridic egal pentru toți membrii Guvernului, cu același drepturi și aceleași obligații, nu vedem rațiunea juridică pentru care în componența guvernelor constituite după intrarea în vigoare a Constituției, au intrat nu numai “miniștrii și alți membrii stabiliți prin lege organică” (cum prevăd dispozițiile constituționale), ci și “miniștrii de stat”, “miniștrii delegați pe lângă primul ministru”.

Chiar dacă reglementările în vigoare nu stabilesc raporturile juridice dintre aceste categorii de membri ai Guvernului, în fapt aceste raporturi există, altfel nu ar avea nici o rațiune structurarea Guvernului pe cele patru categorii de membri.

Ca atare, o interpretare corectă a prevederilor art.101(3) din Constituție, duce la concluzia că, **atâta vreme cât printr-o lege organică nu s-a stabilit care sunt acei “alți membri” ai Guvernului (în afară de primul-ministru și miniștri), acesta nu poate fi format decât din miniștri, toți având statut juridic cel mult egal sau inferior celor consacrați de legea fundamentală, în nici un caz superior acestora.**

Profesorul A.Iorgovan chiar subliniază că lista Guvernului nu poate să cuprindă decât numărul de miniștri corespunzător ministerelor existente, organizate potrivit legii, neputându-se crea noi ministere sau reorganiza cele existente prin procedura de formare a noului Guvern și am adăuga noi, nici prin procedura remanierii guvernamentale.

Or, în practică, în mod frecvent numărul membrilor Guvernului a fost modificat de către Parlament, nu numai cu prilejul acceptării Programului de guvernare și acordării încrederii, după alegerile parlamentare, ci și ulterior, în timpul mandatului, prin procedura remanierii. Această practică, pe care o apreciem neconformă cu prevederile constituționale, a fost determinată atât de lipsa unei legi organice cu privire la organizarea și funcționarea ministerelor, cât și de interesele și scopurile politice ale majorității parlamentare.

Guvernul este alcătuit din primul – ministru și miniștrii. Legea nr.90/2001 este legea organică ce face interpretarea art.101 alin.(3) din Constituție și definește „alți membri” ca fiind „miniștrii – delegați cu însărcinări speciale pe lângă primul – ministru, prevăzuți în lista Guvernului prezentată Parlamentului pentru acordarea votului de încredere”.

Miniștrii delegați pe lângă primul – ministru sunt:

- ministru delegat la Ministerul Integrării Europene – negociator-șef cu Uniunea Europeană;
- ministru delegat la Ministerul Educației și Cercetării – pentru activitatea de cercetare.

Potrivit Legii de organizare și funcționare a Guvernului, pot fi membrii ai Guvernului persoane care au cetățenie română, domiciliul în România și se bucură de exercițiul drepturilor electorale. Nu pot fi membri ai Guvernului persoanele cu dublă cetățenie, au suferit condamnări penale sau se găsesc în unul din cazurile de incompatibilitate prevăzute de art.4 din Legea nr.90/2001.

Funcția de membru al Guvernului este **incompatibilă** cu exercitarea altei funcții publice de autoritate, cu excepția celei de deputat sau senator.

De asemenea, ea este incompatibilă cu exercitarea unei funcții de reprezentare profesională salarizată în cadrul organizațiilor cu scop comercial; exercitarea de acte de comerț, cu excepția vânzării sau cumpărării de acțiuni ori alte titluri de valoare; exercitarea funcției de administrator ori de cenzor la societățile comerciale sau de reprezentant al statului în adunările generale ale unor asemenea societăți ori de membru al consiliilor de administrație al regiilor autonome, companiilor naționale și societăților naționale; exercitarea unei funcții publice în serviciul unei organizații străine, cu excepția acelor funcții prevăzute în acordurile și convențiile la care România este parte.

Constatarea stării de incompatibilitate se face de primul – ministru, care va dispune măsurile necesare pentru încetarea acesteia.

Investirea și demiterea Guvernului.

Procedura de investitură a Guvernului cuprinde patru etape:

- desemnarea candidatului pentru funcția de prim-ministru;
- solicitarea de către candidatul la funcția de prim-ministru a votului de încredere;
- acordarea votului de încredere;
- numirea Guvernului de către șeful statului.

Potrivit art.85 alin.1 din Constituție, Președintele României numește Guvernul pe baza votului de încredere acordat de Parlament. Deci numirea nu poate fi refuzată, ea trebuind să fie conformă cu cele rezultate din votul de încredere acordat.

Guvernul, în ansamblul său și fiecare dintre membrii Guvernului își exercită mandatul numai după depunerea jurământului cerut de lege. Jurământul se depune în fața Președintelui României.

Funcția de membru al Guvernului încetează în urma demisiei, a revocării, a pierderilor drepturilor electorale, a stării de incompatibilitate, a decesului, precum și a demiterii în condițiile prevăzute de art.8 alin.(2) – „În cazul în care un membru al Guvernului a fost condamnat penal printr-o hotărâre judecătorească definitivă sau averea sa a fost declarată, în tot sau în parte, ca fiind dobândită în mod ilicit, printr-o hotărâre judecătorească irevocabilă, el este demis de Președintele României, la propunerea primului – ministru”.

Demisia din funcția de membru al Guvernului se anunță public, se prezintă în scris primului – ministru și devine irevocabilă din momentul în care s-a luat act de depunerea ei, dar nu mai târziu de 15 zile de la data depunerii.

Revocarea din funcția de membru al Guvernului se face de Președintele României, prin decret, la propunerea primului – ministru. Revocarea are loc în caz de remaniere guvernamentală.

În cazul în care încetarea calității de membru al Guvernului intervine ca urmare a demisiei, a pierderii drepturilor electorale, a incompatibilității, a decesului, - președintele României, la propunerea primului – ministru ia act de aceasta și declară vacantă funcția de membru al Guvernului.

Primul-ministru poate cere Parlamentului modificarea structurii Guvernului prin înființarea, desființarea sau, după caz, divizarea ori comasarea unor ministere.

Desigur, calitatea de membru al Guvernului încetează atunci când **încetează mandatul Guvernului**, în ansamblul său. Încetarea mandatului Guvernului are loc la data validării alegerilor generale sau la data demiterii sale.

Prima ipoteză reprezintă consecința faptului că mandatul acordat Guvernului de Parlament prin votul de încredere expiră odată cu validarea alegerilor generale, deoarece numai din acel moment noul Parlament este în situația să-și manifeste încrederea într-o nouă echipă guvernamentală, pe care înțelege să o sprijine.

Demiterea Guvernului (a doua ipoteză), este consecința încetării mandatului cu care el a fost investit, chiar pe timpul funcționării Parlamentului care i-a acordat acest mandat.

Guvernul al cărui mandat a încetat prin una din modalitățile de mai sus este competent să îndeplinească, în continuare, numai actele necesare pentru administrarea treburilor publice, până la depunerea jurământului de către membrii noului Guvern.

Primul – ministru.

Dispozițiile constituționale, dar și ale Legii nr.90/2001 consacră un loc și rol special în cadrul echipei guvernamentale **Primului - ministru**.

Semnificația poziției Primului Ministru în cadrul Guvernului rezidă și din faptul că **este suficient să intervină una din situațiile care duc la încetarea mandatului său, pentru ca întregul Guvern să fie demis și procedura de formare a unui nou Guvern să fie declanșată.**

Unii autori consideră chiar că “funcția politică cea mai importantă a țării este funcția de prim-ministru, neavând relevanță cine ocupă această funcție, o persoană neutră față de partidele politice ce și-au asumat responsabilitatea guvernării, sau un lider al acestor partide”.

Fără a comenta prea mult această concluzie, pe care nu ne-o însușim, trebuie totuși avut în vedere faptul că, spre deosebire de primul-ministru, **Președintele României**, care este și el, ca și primul-ministru, autoritate de vârf a puterii executive, **își fundamentează puterea cu care este abilitat pe votul direct al electoratului, și tocmai de aceea el reprezintă statul în plenitudinea puterilor sale, atât pe plan intern cât și extern, ceea ce nu este cazul primului - ministru.** De altfel potrivit prevederilor constituționale, chiar și pentru funcția de prim-ministru candidatul este desemnat de către Președintele României și tot Președintele este cel care, dacă este cazul, desemnează un prim-ministru interimar.

Dacă se poate vorbi de un rol mai important al primului-ministru, acesta este exclusiv pe planul puterii executive, el neavând atribuții nici în raport cu puterea legislativă și nici cu cea judecătorească de natura celor pe care Constituția le conferă Președintelui României, și nici în raport cu poporul.

Primul – ministru conduce Guvernul și coordonează activitatea membrilor acestuia, reprezintă Guvernul în relațiile acestuia cu Parlamentul, Președintele României, Curtea Supremă de Justiție, Curtea Constituțională, Curtea de Conturi, Consiliul Legislativ, Ministerul Public, celelalte autorități și instituții publice, partidele politice, sindicatele, cu alte organizații neguvernamentale precum și în relațiile internaționale.

Primul – ministru este vicepreședintele Consiliului Suprem de Apărare a Țării.

Primul – ministru prezintă Senatului și Camerei Deputaților rapoarte și declarații cu privire la politica Guvernului și răspunde la întrebările și interpelările senatorilor și deputaților. În funcție de domeniul de activitate ce formează obiectul întrebărilor și interpelărilor, primul – ministru, desemnează un membru al Guvernului să răspundă senatorilor și deputaților, după caz.

Primul – ministru contrasemnează decretele emise de către Președintele României, prevăzute expres de Constituție, cum ar fi:

președintele încheie tratate internaționale, negociate de Guvern și le supune ratificării Parlamentului, în termen de 60 de zile;

președintele, la propunerea Guvernului acreditează și recheamă reprezentanții diplomați ai României și aprobă înființarea sau schimbarea rangului misiunilor diplomatice;

președintele declară, cu aprobarea prealabilă a Parlamentului, mobilizarea parțială sau generală a forțelor armate. În cazuri excepționale, hotărârea Președintelui se supune ulterior aprobării Parlamentului în cel mult 5 zile de la adoptare;

- președintele ia măsuri, în caz de agresiune armată împotriva țării, pentru respingerea agresiunii;

- președintele instituie starea de asediu sau starea de urgență, în întreaga țară, ori în unele localități;

- președintele conferă decorații și titluri de onoare;

- președintele acordă gradele de mareșal, de general și amiral;

- președintele acordă grațierea individuală;

Primul – ministru numește și eliberează din funcție:

- conducătorii organelor de specialitate din subordinea Guvernului;

- secretarul general și secretarii generali adjuncți ai Guvernului;

- personalul din cadrul aparatului de lucru propriu;

- secretarii de stat;

- alte persoane care îndeplinesc funcții publice.

Primul – ministru pentru a rezolva unele probleme operative poate să constituie, prin decizie, consilii, comisii și comitete interministeriale.

Dacă primul – ministru se află în una dintre situațiile: demisie, revocare, pierderea drepturilor electorale, starea de incompatibilitate, a decesului sau a demiterii în condițiile art.8 alin.(2) sau este în imposibilitatea de a-și exercita atribuțiile, Președintele României va desemna un alt membru al Guvernului ca prim – ministru, până la formarea noului Guvern. Interimatul pe perioada imposibilității exercitării atribuțiilor încetează dacă primul – ministru își reia activitatea în Guvern în cel mult 45 de zile. Aceste prevederi se aplică și celorlalți membri ai Guvernului, la propunerea primului – ministru pentru o perioadă de cel mult 45 de zile. Înăuntrul termenului de 45 de zile, primul – ministru va iniția procedura pentru numirea unui alt membru al Guvernului. Numirea în funcția de membru al Guvernului în cazurile prevăzute de remaniere guvernamentală sau de vacanță a postului, se face de Președintele României, la propunerea primului – ministru.

Rolul, funcțiile și atribuțiile Guvernului.

Cu privire la **rolul și atribuțiile Guvernului** sunt de relevat, mai întâi, dispozițiile art.101 din Constituția României care prevăd că “Guvernul, potrivit Programului său de guvernare acceptat de Parlament, asigură realizarea politicii interne și externe a țării și exercită conducerea generală a administrației publice, cooperând în acest scop cu organismele sociale interesate”.

Guvernul are rolul de a asigura funcționarea echilibrată și dezvoltarea sistemului național economic și social, precum și racordarea acestuia la sistemul economic mondial în condițiile promovării intereselor naționale.

Pentru realizarea Programului de guvernare, Guvernul exercită următoarele funcții:

- funcția de strategie, prin care se asigură elaborarea strategiei de punere în aplicare a Programului de guvernare;

- funcția de reglementare, prin care se asigură elaborarea cadrului normativ și instituțional necesar în vederea realizării obiectivelor strategice;

- funcția de administrare a proprietății statului, prin care se asigură administrarea proprietății publice și private a statului, precum și gestionarea serviciilor statului;

- funcția de reprezentare, prin care se asigură în numele statului român, reprezentarea pe plan intern și extern;

- funcția de autoritate de stat, prin care se asigură urmărirea și controlul aplicării și respectării reglementărilor în domeniul apărării, ordinii publice și siguranței naționale, precum și în domeniile economic și social și al funcționării instituțiilor și organismelor care își desfășoară activitatea în subordinea sau sub autoritatea Guvernului.

Programul de guvernare este un document politic, care aparține în exclusivitate Guvernului, chiar dacă el este “acceptat” de Parlament. “Acceptarea” nu are ca efect decât acordarea încrederii Parlamentului pentru realizarea obiectivelor cuprinse în program, responsabilitatea îndeplinirii lor revenind numai Guvernului.

Dispozițiile art.101 din Constituție folosesc noțiunea de “acceptare” și nu pe cea de “aprobare” tocmai pentru a releva, și pe plan semantic, faptul că **Parlamentul nu se face copărtaș la actul Guvernării, la modul în care se realizează Programul, ci dă “undă verde” numai liniilor sale directoare care, dacă se schimbă în procesul realizării în concret poate să atragă retragerea încrederii Parlamentului și, implicit, demisia Guvernului.**

Pe plan statal, Guvernul are rolul de “a exercita conducerea generală a administrației publice”. Pe acest plan se stabilesc raporturi juridice de drept administrativ care pot fi: de subordonare ierarhică (față de ministere, față de celelalte autorități ale administrației publice centrale de specialitate și de prefecți), de colaborare (față de autoritățile centrale de specialitate autonome) sau de tutelă administrativă (față de consiliile locale, primari și consiliile județene).

În îndeplinirea programului, Guvernul cooperează însă și cu organismele sociale nestatale - sindicate, patronat, partide politice, biserică etc.-întrucât programul său cuprinde toate sferele vieții economice și sociale, iar Guvernul nu este o autoritate suprapusă societății civile și nici ruptă de aceasta.

Această cooperare exclude existența oricăror raporturi de subordonare dintre Guvern și formele organizatorice ale societății civile. Raporturile de cooperare se bazează, pe de altă parte, pe sprijinul pe care Guvernul și în general, toate autoritățile administrației publice îl acordă formelor organizatorice ale societății civile de a se organiza și funcționa liber, în condițiile legii, iar, pe de altă parte, pe contribuția pe care aceste forme organizatorice și-o aduc în îndeplinirea Programului de guvernare.

În privința **atribuțiilor**, Guvernul, fiind o autoritate din sfera puterii executive a statului cu competență materială generală, atribuțiile pe care le exercită privesc un evantai larg de domenii și sectoare de activitate:

- exercită conducerea generală a administrației publice;

- inițiază proiecte de lege și le supune spre adoptare Parlamentului;
- emite hotărâri pentru organizarea executării legilor, ordonanțe în temeiul unei legi speciale de abilitare și ordonanțe de urgență;
- asigură executarea de către autoritățile administrației publice a legilor și a celorlalte dispoziții normative;
- elaborează proiectele de lege a bugetului de stat și a bugetelor sociale de stat și le supune spre adoptare Parlamentului;
- aprobă strategiile și programele de dezvoltare economică a țării, pe ramuri și obiecte de activitate
- asigură realizarea politicii în domeniul social;
- asigură apărarea ordinii de drept, a liniștii publice și siguranței cetățeanului scop în care organizează și înzestrează forțele armate;
- asigură realizarea politicii externe a țării și în acest cadru, integrarea României în structurile europene și internaționale;
- negociază tratatele, acordurile și convențiile internaționale care angajează statul român;
- conduce și controlează activitatea ministerelor și a celorlalte organe centrale de specialitate din subordinea sa;
- asigură administrarea proprietății publice și private a statului;
- acordă și retrage cetățenia română, aprobă renunțarea la cetățenia română;
- înființează organe de specialitate în subordinea sa, cu avizul Curții de Conturi;
- cooperează cu organismele sociale interesate în îndeplinirea atribuțiilor sale;
- îndeplinește orice alte atribuții prevăzute de lege.

Pentru rezolvarea unor probleme, Guvernul poate constitui organisme cu caracter consultativ.

Pentru elaborarea, corelarea, integrării și monitorizarea de politici, Guvernul poate constitui consilii, comisii și comitete interministeriale.

Vom releva, că de modul în care Guvernul își îndeplinește rolul și realizează Programul de guvernare acceptat de Parlament, implicit de felul în care își exercită atribuțiile, el răspunde în fața Parlamentului.

Guvernul numește câte un prefect în fiecare județ și în municipiul București.

Prefectul este reprezentantul Guvernului pe plan local, acesta răspunde de aplicarea politicii Guvernului în unitățile administrativ-teritoriale și are obligația de a asigura executarea actelor Guvernului, ministerelor și celorlalte organe de specialitate din subordinea ministerelor și Guvernului.

Prefectul conduce serviciile publice descentralizate ale ministerelor și ale altor organe centrale din unitatea administrativ-teritorială și exercită controlul asupra legalității actelor administrative ale consiliului local, ale primarului, consiliului județean și ale președintelui consiliului județean.

Actele Guvernului.

În exercitarea atribuțiilor sale, Guvernul adoptă **hotărâri și ordonanțe**. Hotărârile se emit pentru organizarea executării legilor. Ordonanțele se emit în temeiul unei legi speciale de abilitare, în limitele și în condițiile prevăzute de acestea, sau, în cazuri excepționale, care reclamă intervenția Guvernului, fără a mai fi nevoie de o abilitare specială, potrivit art.114 (4) din Constituție – „Membrii Guvernului pot propune proiecte de hotărâri și de ordonanțe, pot propune proiecte de lege, atunci când exercită dreptul de inițiativă legislativă a Guvernului”.

Sedințele Guvernului se convoacă și sunt conduse de primul – ministru.

Președintele României poate lua parte la ședințele Guvernului, când prezidează ședințele, atunci când se dezbate problemele de interes național care privesc politica externă, apărarea țării, asigurarea ordinii publice și la cererea primului – ministru și alte situații.

Guvernul se întrunește săptămânal sau ori de câte ori este nevoie.

În ședințele Guvernului se dezbate probleme ale politicii interne și externe a țării, precum și aspecte privind conducerea generală a administrației publice și se adoptă măsurile corespunzătoare.

La ședințele Guvernului pot participa ca invitați conducători ai unor organe de specialitate din subordinea Guvernului ori a ministerelor sau autorității administrative autonome sau orice persoană a cărei prezență se apreciază a fi utilă, la solicitarea primului – ministru.

Dezbatările din ședințele Guvernului și adoptarea actelor acestuia, se înregistrează pe bandă magnetică și se consemnează în stenograma ședinței, certificată de secretarul general al Guvernului.

Membrii Guvernului pot propune proiecte de hotărâri și de ordonanțe. De asemenea, ei pot propune proiecte de lege în vederea exercitării dreptului de inițiativă legislativă a Guvernului.

Guvernul adoptă hotărâri și ordonanțe în prezența majorității membrilor săi, prin consens, dacă nu se realizează consensul, hotărăște primul – ministru.

Guvernul adoptă **hotărâri** atunci când executarea legii reclamă stabilirea de măsuri sau a unor reguli subsecvente, care să asigure corecta lor aplicare. Hotărârea reprezintă, prin excelență, actul prin care Guvernul își exercită rolul constituțional privind conducerea generală a administrației publice. Prin hotărâre se reglementează, așadar, relații sociale care sunt prin natura lor inferioare, ca importanță, față de cele reglementate de lege. Hotărârea nu poate fi decât “secundum legem și praeter legem”, reprezentând competența originară a Guvernului. Prin hotărâre, Guvernul asigură aplicarea unor prevederi ale legii, după cum prin lege se asigură aplicarea unor prevederi ale Constituției.

Adoptarea hotărârii este lăsată la opțiunea Guvernului cu excepția cazurilor când, prin lege, Guvernul este obligat, în mod expres, să adopte o hotărâre.

Hotărârile pot avea caracter normativ sau individual.

Ordonanța este expresia unei competențe legislative delegate.

Rezultă că ordonanța depășește sfera strictă a conducerii generale a administrației publice, fiind o modalitate de participare a Guvernului la realizarea puterii legislative.

Fiind vorba de o putere delegată, ea nu se poate acorda decât prin lege, Guvernul neavând, potrivit Constituției, o putere de reglementare proprie, decât numai în sfera hotărârilor pentru organizarea executării legilor.

Ordonanțele se emit fie în temeiul unei legi speciale de abilitare fie, în mod excepțional, fără existența unei asemenea legi, caz în care se emit așa-numitele “**ordonanțe de urgență**”.

Ordonanțele care se emit în temeiul unei legi speciale de abilitare pot fi: ordonanțe care se supun aprobării ulterioare a Parlamentului și ordonanțe pentru care nu este necesară o asemenea aprobare. **Regula** este că, ordonanțele nu se supun aprobării Parlamentului, deoarece această aprobare este necesară numai dacă legea de abilitare o cere în mod expres.

Ordonanțele care nu se supun aprobării ulterioare a Parlamentului se emit pentru detalierea sau precizarea unor dispoziții reglementate prin lege. În toate cazurile însă legea trebuie să prevadă necesitatea emiterii lor, inclusiv limitele competenței legislative delegate și termenul până la care urmează să fie exercitată.

Potrivit prevederilor constituționale, Parlamentul nu poate delega competența sa legislativă din domeniile rezervate legilor organice. Prin urmare, obiectul ordonanțelor emise în baza unei legi speciale de abilitare nu-l pot constitui problemele și domeniile prevăzute de art.72 (3) din Constituție și de alte dispoziții care trimit la adoptarea de legi organice.

Practica de după adoptarea Constituției a instituit regula ca Parlamentul să abilitaze Guvernului cu emiterea de ordonanțe numai pe perioada vacanței parlamentare dar, față de prevederile constituționale în materie, care condiționează această abilitare numai la “domeniul ce nu fac obiectul legilor organice”, considerăm că această abilitare ar putea exista chiar și pe timpul sesiunilor, ea având drept scop un ajutor dat Parlamentului pentru adoptarea unor legi în domenii și probleme de mai mică importanță, pentru a se putea concentra mai mult și mai profund asupra celor de importanță majoră.

Realizarea atribuțiilor delegate de către Parlament nu reprezintă o facultate pentru Guvern. Guvernul nu are căderea a aprecia sau nu asupra oportunității emiterii Ordonanțelor cu care a fost abilitat. Aceasta este o obligație, așa cum tot o obligație este aplicarea legii, obligația rezultând din însăși substanța legii de abilitare

În schimb, întrucât problemele și domeniile pentru care Guvernul a fost abilitat să emită ordonanțe fac parte din sfera competenței materiale a Parlamentului, apreciem că acesta poate, chiar și după abilitare, să revină asupra oricăroră dintre problemele sau domeniile care au făcut obiectul legii de abilitare și să le reglementeze prin lege, chiar și în situația în care ordonanțele ce urmau să fie emise de către Guvern nu trebuiau supuse aprobării ulterioare a Parlamentului, restrângând, astfel, sfera abilitării.

În cazul ordonanțelor care se supun aprobării Parlamentului, Guvernul are obligația de a le supune acestei aprobări până la îndeplinirea termenului de abilitare, și acesta sub sancțiunea încetării de drept a efectelor lor.

Din punct de vedere al naturii juridice, considerăm că ordonanțele Guvernului sunt acte de natură legislativă, nu administrativă, deși sunt “opera” unei autorități administrative. Ele au forța juridică a legii, forța care este determinată, în principiu, de obiectul reglementării juridice, nu de autorul actului juridic. Această concluzie rezultă și din faptul că regula generală, în materia ordonanțelor este, așa cum precizăm mai sus, cea de nesupunere a lor aprobării ulterioare a Parlamentului (aprobarea fiind necesară numai dacă legea de abilitare o prevede expres). Or, dacă am considera că ordonanțele sunt acte administrative, și având în vedere că, de regulă, nu se mai supun aprobării lor prin lege, nu vedem cum s-ar putea transforma în acte cu caracter legislativ. Ele ar rămâne acte administrative, care nu ar ține de esența instituției “delegării legislative”.

Pe de altă parte, ar însemna ca ordonanțele, dacă ar fi acte administrative, ar putea fi atacate la instanțele de contencios administrativ, nu la Curtea Constituțională. Or, și în această privință, practica s-a conturat deja în sens invers, Curtea Constituțională statuând, încă din anul 1995, că **ordonanțele sunt supuse numai unui control de constituționalitate**, potrivit art.144 lit.c) din Constituție, fără a face deosebire între ordonanțele care se supun aprobării Parlamentului și cele care nu se supun acestei aprobări.

În privința **ordonanțelor de urgență**, deși și acestea reprezintă rodul tot al unei delegări legislative, dar de rang constituțional, care izvorăște direct din legea fundamentală, deoarece au ca obiect probleme de domenii care pot fi reglementate numai prin lege, prezintă unele **particularități** care le conferă un regim juridic special.

În primul rând, aceste ordonanțe se pot emite numai în cazuri excepționale când, în mod obiectiv, nu a fost posibilă adoptarea unei legi de abilitare, sau a unei legi în procedură de urgență.

Din acest motiv, în această ipoteză, restricția emiterii de ordonanțe în domeniile legilor organice nu a mai fost prevăzută; este o excepție de la regulă, determinată de însăși situația excepțională ce justifică emiteria de ordonanțe de urgență.

În al doilea rând, aceste ordonanțe intră în vigoare numai după depunerea lor spre aprobare la Parlament și după ce, bineînțeles, au fost publicate în Monitorul Oficial, deoarece nepublicarea atrage inexistența, conform art. 107(4).

În al treilea rând, dacă Parlamentul nu se află în sesiune, el se convoacă în mod obligatoriu pentru a dezbate aceste ordonanțe. Este singurul caz în care Guvernul poate, pe calea depunerii spre aprobare a ordonanței de urgență, să determine convocarea în sesiune a Parlamentului.

În al patrulea rând, aceste ordonanțe se supun în mod obligatoriu aprobării Parlamentului, spre deosebire de celelalte ordonanțe, la care regula este cea a nesupunerii lor spre aprobare. Dacă ordonanța este respinsă de Parlament, efectele ei încetează la data publicării legii de respingere; dacă este aprobată, capătă regimul juridic al legii din toate punctele de vedere.

În legătură cu regimul ordonanțelor de urgență, o problemă specială se pune față de ceea ce legiuitorul constituant a vrut să înțeleagă prin folosirea expresiei “**cazuri excepționale**”, în care Guvernul poate adopta asemenea acte. Nici Constituția și nici vreo altă reglementare nu precizează,

nici măcar exemplificativ, când și pe ce criterii se poate aprecia că există “cazuri excepționale” care îndreptățesc Guvernul să recurgă la reglementarea unei probleme prin ordonanță de urgență, știut fiind că, în atare situații, se poate folosi calea procedurii de urgență.

“Cazurile excepționale” nu pot fi identificate cu “starea de asediu” sau “starea de urgență”, ce constituie obiectul de reglementare al prevederilor art.93 din Constituție, fie chiar și numai pentru faptul că luarea măsurilor necesare în astfel de situații este în competența Președintelui României și încă potrivit unei proceduri speciale.

Așa cum a decis și Curtea Constituțională în situații de speță, **aprecierea existenței sau inexistenței “cazurilor excepționale”** și de aici, aprecierea asupra constituționalității unei ordonanțe de urgență, **rezultă din existența cumulativă a două elemente:** urgența reglementării unei situații care impune luarea unor soluții imediate și existența unui grave atingeri aduse interesului public. Emiterea ordonanței de urgență nu este condiționată de posibilitatea folosirii altor mijloace constituționale, cum ar fi cele legate de delegarea legislativă, de faptul că acest caz excepțional ar fi putut fi prevenit numai din vreme sau de satisfacerea cerințelor programului de guvernare.

Pe bună dreptate, precizează unii autori, că aceste ordonanțe sunt emise, practic, în situația în care Guvernul se află în imposibilitatea de obține, în timp util, adoptarea unei legi de abilitare.

De subliniat este faptul că ordonanța de urgență trebuie analizată **de îndată** de Parlament. Aceasta rezultă din ultima teză a art.114(4) din Constituție, care prevede că “dacă Parlamentul nu se află în sesiune, el se convoacă în mod obligatoriu”, convocarea având ca scop tocmai dezbaterea ordonanței de urgență.

Facem această precizare, având în vedere și practica de până acum a Parlamentelor alese în 1992 și 1996, practică pe care o considerăm ca nefiind în conformitate cu aceste prevederi constituționale. Potrivit acestei practici, multe din ordonanțele de urgență emise de Guvern au fost aprobate de către Parlament cu întâzieri de luni de zile.

Aplicarea riguroasă pe acest plan a prevederilor constituționale ar evita și riscul pe care l-ar implica o eventuală neaprobare a ordonanței de urgență și chiar modificarea unora dintre prevederile sale, risc determinat de faptul că ordonanța de urgență se aplică de la data depunerii la Parlament, nu de la data aprobării sau publicării în Monitorul Oficial.

Pentru eliminarea unei asemenea practici, credem că ar fi binevenită stabilirea unui termen în care Parlamentul să aibă obligația să ia în dezbatere ordonanțele Guvernului. S-ar putea avea în vedere un anumit termen pentru ordonanțele pentru care Guvernul a fost abilitat să le emită și un alt termen, mai scurt, pentru ordonanțele de urgență.

Hotărârile și ordonanțele Guvernului se semnează de primul – ministru și se contrasemnează de miniștrii care au obligația punerii lor în executare și se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I. Nepublicarea atrage inexistența hotărârii sau a ordonanței. Hotărârile care au caracter militar se comunică numai instituțiilor interesate.

În cazul încetării mandatului său, până la depunerea jurământului de către membrii noului guvern, Guvernul în funcție, continuă să îndeplinească numai actele cu caracter individual și normativ necesare pentru administrarea treburilor publice. În această perioadă, Guvernul nu poate emite ordonanțe și nu poate iniția proiecte de lege.

Aparatul de lucru al Guvernului.

Pentru exercitarea rolului și atribuțiilor care revin Guvernului României, este organizat un **aparat de lucru**, subordonat direct primului-ministru, Secretariatul General al Guvernului, departamente și alte structuri organizatorice cu atribuții specifice stabilite prin hotărâre a Guvernului.

Aparatul de lucru al primului – ministru se compune din:

- corpul de consilieri;
- corpul de control;
- aparatul tehnic al corpului de consilieri;
- cabinetul primului – ministru;

- cancelaria;
- compartimentul cu probleme speciale;
- compartimentul documente secrete;
- compartimentul care asigură protocolul primului – ministru.

Atribuțiile aparatului de lucru se stabilesc prin decizie de primul – ministru.

Personalului nu i se aplică prevederile legii privind statutul funcționarului public.

Secretariatul General face parte din aparatul de lucru al Guvernului și asigură derularea operațiunilor tehnice aferente actelor de guvernare, rezolvarea problemelor organizatorice, juridice, economice și tehnice ale Guvernului, cât și reprezentarea Guvernului în fața instanțelor judecătorești. Este condus de secretarul general al Guvernului, care poate avea rang de ministru, ajutat de secretari generali adjuncți, care pot avea rang de secretar de stat, numiți prin decizie a primului – ministru.

Departamentul este o structură organizatorică fără personalitate juridică și fără unități în subordine, este subordonat primului – ministru și are rolul de coordonare și sinteză în domenii de interes general.

Departamentul este condus de un demnitar.

Înființarea, modul de organizare și funcționare cât și atribuțiile departamentului se aprobă prin hotărâre a Guvernului.

În realizarea funcției sale de conducere generală a administrației publice, Guvernul exercită controlul ierarhic asupra ministerelor, organelor de specialitate din subordinea sa, precum și asupra prefecturilor.

În cadrul acestui control are dreptul să anuleze actele administrației ilegale sau inoportune emise de autoritățile administrației publice din subordinea sa, precum și ale prefecturilor.

Guvernul se află în raporturi de colaborare cu autoritățile administrative autonome: consilii județene, consilii locale municipale, orașenești și comunale, precum și primării.

Organizarea și funcționarea ministerelor.

Ministerele sunt organe de specialitate ale administrației publice centrale care realizează politica guvernamentală în domeniile lor de activitate.

Ministerele sau alte organe de specialitate organizate în subordinea Guvernului sunt conduse de miniștri, în urma acordării votului de încredere de către Parlament. Miniștrii răspund de întreaga activitate a ministerului în fața Guvernului, iar în calitate de membri ai Guvernului, în fața Parlamentului.

Rolul, funcțiile, atribuțiile, structura organizatorică și numărul de posturi ale ministerelor se aprobă prin hotărâre a Guvernului.

Ministerele pot înființa în subordinea lor organe de specialitate, cu avizul Curții de Conturi.

Ministerele pot avea în subordinea lor servicii publice descentralizate care funcționează în unitățile administrativ – teritoriale.

Acestea sunt înființate și au stabilite obiectul de activitate, structura organizatorică, numărul și încadrarea personalului, criteriile de constituire a compartimentelor și funcțiile de conducere ale acestora, care se aprobă prin ordin al ministrului.

Ministerul numește și eliberează din funcție conducătorii organelor de specialitate din subordinea ministerului.

Conducătorii serviciilor descentralizate se numesc și se eliberează din funcție de către ministru cu avizul consultativ al prefectului.

Ministrul este ajutat în activitatea sa de unul sau mai mulți secretari de stat care exercită atribuții delegate de către ministru.

Ministerul are și un secretar general care este funcționar public de carieră și asigură stabilitatea funcționării ministerului, continuitatea conducerii și realizarea legăturilor funcționale între structurile ministerului.

În cazul în care ministrul, din diverse motive nu își poate exercita atribuțiile curente, va desemna un secretar de stat care să exercite aceste atribuții, ținându-l pe primul-ministru despre aceasta.

Pe lângă ministru funcționează un organ consultativ numit colegiu ministerului, a cărui componență și regulament de funcționare se aprobă prin ordin al ministrului.

Atribuții generale ale miniștrilor.

Miniștrii, în domeniul lor de activitate, au următoarele atribuții:

organizează, coordonează și controlează aplicarea legilor, ordonanțelor și hotărârilor Guvernului, a ordinelor și instrucțiunilor emise potrivit legii, cu respectarea limitelor de autoritate și a principiului autonomiei locale a instituțiilor publice și a agenților economici;

- inițiază și avizează proiecte de lege, ordonanțe, hotărâri ale Guvernului;
- acționează pentru aplicarea strategiei proprii a ministrului, integrată celei de dezvoltare economico-socială a Guvernului;
- fundamentează și elaborează propuneri pentru bugetul anual
- urmăresc proiectarea și realizarea investițiilor din sistemul ministerului;
- reprezintă interesele statului în diferite organe și organisme internaționale și dezvoltă relații de colaborare cu organe și organizații similare din alte state;
- inițiază și negociază din împuternicirea Președintelui României sau a Guvernului, încheierea de convenții, acorduri și alte înțelegeri internaționale sau propun întocmirea formelor de aderare la cele existente;
- urmăresc și controlează aplicarea convențiilor și acordurilor internaționale la care România este parte;
- coordonează și urmăresc elaborarea și implementarea de politici și strategii în domeniile de activitate ale ministerului;
- avizează înființarea organismelor neguvernamentale și cooperează cu acestea;
- colaborează cu instituțiile de specialitate pentru formarea și perfecționarea pregătirii profesionale a personalului;
- aprobă, după caz, editarea publicațiilor de specialitate și informare.

Miniștrii îndeplinesc și alte atribuții specifice în domeniul lor de activitate. Pentru îndeplinirea atribuțiilor ce le revin miniștrii folosesc aparatul propriu al ministerului, precum și instituțiile aflate în subordinea, coordonarea sau autoritatea sa.

Guvernul aprobă prin hotărâre modificările din organizarea și funcționarea ministerelor, precum și transferul unor activități de la un minister la altul ori la organe de specialitate din subordinea Guvernului.

Aparatul propriu al ministerului este stabilit prin hotărâre de Guvern, este condus de către ministru care numește și eliberează din funcție personalul ministerului.

3. Concluzii

În concluzie, Guvernul are sarcina de a realiza politica unei națiuni, fiind modelatorul și executorul măsurilor de redresare economică, scăderea inflației și stabilitatea economică existentă la nivelul unui stat.

Având în vedere contextul actual și situația economică în care România se află, în opinia mea, ministerele din cadrul Guvernului ar trebui să se orienteze spre a adopta o strategie pe termen lung incluzând în aceasta proiecte cu finanțare externă, și anume această politică de dezvoltare pe termen lung trebuie să vizeze atragerea de fonduri europene, și crearea unui cadru economic favorabil pentru a atrage noi investiții în România și de a dezvolta sectoarele deficitare în acest spațiu.

Referințe bibliografice:

- **Dana Apostol - Tofan** - Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice, Ed. All Beck, București, 1999.
- **Vida** - *Puterea executivă și administrația publică*, R.A. Monitorul Oficial, 1994.,
- **Dana Apostol – Tofan** - *Considerații în legătură cu regimul juridic aplicabil ordonanțelor Guvernului*, în Rev. “*Dreptul*”, nr.4/1998.
- **Rodica Narcisa Petrescu** - *Drept administrativ*, vol.I, Ed. Cordial Lex, Cluj Napoca, 1997, pp. 74-75.
- www.gov.ro/

DREPTURILE ȘI OBLIGAȚIILE FUNCȚIONARILOR PUBLICI

Mădălina COSMA

Abstract:

Într-un stat de drept ,suveranitatea statului se realizează prin organele celor trei puteri:organele puterii legislative,puterii executive și puterii judecătorești,astfel încât aceste organe sunt înființate pentru a realize interesele generale ale societății în cadrul suveranității statului ,interese care sunt private în mod egalitar,în condiții de nediscriminare.

Viața socială a pus multiple probleme de ordin administrativ, ceea ce a dus la apariția funcției publice și a funcțiilor care să îndeplineasca nevoile apărute. Diversitatea sarcinilor pe care le are de îndeplinit administrația publică necesită o extrem de variată gamă de prestațiuni realizate prin serviciile publice, ca și un personal cu pregătire profesională diversă.

Autoritățile publice, inclusiv cele administrative, sunt înzestrate cu atribuții necesare îndeplinirii sarcinilor care le revin în conformitate cu care exercită competențe determinate participând în baza capacității juridice pe care o au la raporturi juridice de autoritate în nume propriu. Desigur, nu toate atribuțiile unui organ de stat implică și exercițiul autorității sau puterii publice, întrucât există și atribuții - însoțite de competențele corespunzătoare necesare doar asigurării bunei funcționări a instituției respective îndeplinite de și în cadrul compartimentelor reprezentând structuri funcționale de genul secretariat, registratură, contabilitate, financiar, arhivă, etc.

Cuvinte cheie :*drepturi,obligatii,functionari ,public,institutii,statut,autoritati,functionie*

1. Introducere

I. LEGĂTURA ÎNTRE DREPTURILE ȘI OBLIGAȚIILE FUNCȚIONARILOR PUBLICI, STATUTUL FUNCȚIONARILOR PUBLICI ȘI FUNCȚIA PUBLICĂ ÎN GENERAL

Într-un stat de drept ,suveranitatea statului se realizează prin organele celor trei puteri:organele puterii legislative,puterii executive și puterii judecătorești,astfel încât aceste organe sunt înființate pentru a realize interesele generale ale societății în cadrul suveranității statului ,interese care sunt private în mod egalitar,în condiții de nediscriminare.

Administrația publică este la fel de veche ca și statul,deoarece rolul fi funcțiile statului nu s-ar fi putut reliza și fără desfășurarea unor activități de natură administrativă

Viața socială a pus multiple probleme de ordin administrativ, ceea ce a dus la apariția funcției publice și a funcțiilor care să îndeplineasca nevoile apărute. Diversitatea sarcinilor pe care le are de îndeplinit administrația publică necesită o extrem de variată gamă de prestațiuni realizate prin serviciile publice, ca și un personal cu pregătire profesională diversă.

Autoritățile publice, inclusiv cele administrative, sunt înzestrate cu atribuții necesare îndeplinirii sarcinilor care le revin în conformitate cu care exercită competențe determinate participând în baza capacității juridice pe care o au la raporturi juridice de autoritate în nume propriu. Desigur, nu toate atribuțiile unui organ de stat implică și exercițiul autorității sau puterii publice, întrucât există și atribuții - însoțite de competențele corespunzătoare necesare doar asigurării bunei funcționări a instituției respective îndeplinite de și în cadrul compartimentelor reprezentând structuri funcționale de genul secretariat, registratură, contabilitate, financiar, arhivă, etc.

Despre existența unui funcționar public român se poate vorbi în sensul tehnic al cuvântului,doar începând cu prima jumătate a secolului XIX-lea.Din această perioadă se întâlnește o

preocupare constantă a legiuitorului român pentru reglementarea drepturilor și obligațiilor funcționarului public, pentru stabilirea criteriilor de recrutare, avansare, răspundere disciplinară, salarizare, profesionalizare, stabilitate, însă oameni care să asigure satisfacerea nevoilor cotidiene ale colectivității, mai mult sau mai puțin specializați într-un anumit domeniu au existat dintotdeauna.

Cadrul legal al funcției publice este reprezentat de statutul funcționarului public (legea 188/1999) cu modificările și completările ulterioare. Statutul reglementează regimul general al raporturilor juridice dintre funcționarii publici și stat sau administrația publică locală, prin autoritățile administrative autonome ori prin autoritățile și instituțiile publice ale administrației publice centrale și locale, denumite în continuare raporturi de serviciu, dispozițiile sale completându-se cu prevederile legislației muncii, precum și cu reglementările de drept comun civile, administrative sau penale, după caz, în măsura în care nu contravin legislației specifice funcției publice. Pot beneficia de statute speciale funcționarii publici care își desfășoară activitatea în cadrul următoarelor servicii publice: structurile de specialitate ale Parlamentului României; structurile de specialitate ale Administrației Prezidențiale; structurile de specialitate ale Consiliului Legislativ; serviciile diplomatice și consulare; autoritatea vamală; poliția și alte structuri ale Ministerului de Interne; alte servicii publice stabilite prin lege.

Scopul Statutului îl constituie asigurarea, în conformitate cu dispozițiile legale, a unui serviciu public stabil, profesionist, transparent, eficient și imparțial, în interesul cetățenilor, precum și al autorităților și instituțiilor publice din administrația publică centrală și locală.

Prin statutele speciale se pot reglementa: drepturi, îndatoriri și incompatibilități specifice, altele decât cele prevăzute de Legea 188/1999; funcții publice specifice. În cazul statutelor speciale aplicabile serviciilor diplomatice și consulare, precum și polițiștilor și altor structuri ale Ministerului Administrației și Internelor, dispozițiile speciale pot reglementa prevederi de natura celor precizate mai sus, precum și cu privire la carieră.

Funcția în cadrul administrației publice, poate fi definită " ca un ansamblu de atribuții stabilite prin lege sau prin actele juridice emise pe baza și în executarea legii, atribuții pe care le îndeplinește o persoană fizică angajată într-un organ al administrației publice și care are abilitatea legală de a îndeplini aceste atribuții ale administrației publice".

Funcția publică este creată pentru realizarea unui interes general, iar acest interes se realizează doar prin exercitarea funcției, care se face de către funcționarul public, după cum și funcționarul public dobândește o asemenea calitate numai după ce a fost numit sau ales în funcția publică. Funcția publică există independent de titularul ei, fiind prestabilă prin lege sau în condițiile legii, dar această situație este provizorie, numai până la ocuparea ei.

Crearea unei funcții publice este determinate de nevoile publice, fără a avea în vedere persoana ce o va ocupa. Atribuțiile, competența funcției publice sunt stabilite anterior prin lege sau prin actele juridice date în baza legii, în vederea satisfacerii unui interes general, și nu pentru a fi ocupată de un funcționar. Prin urmare nu poate fi vorba de crearea unei funcții publice pentru un funcționar, ci pentru realizarea unui interes public. Când se organizează un serviciu public se stabilesc funcțiile publice într-o ordine de subordonare ierarhică, iar pentru fiecare se stabilește ansamblul de atribuții cu care este dotată.

Fiecare funcție publică se caracterizează prin anumite trăsături, dar tuturor funcțiilor publice le sunt comune următoarele: funcția publică reprezintă un complex de drepturi și obligații, care nu sunt facultative, ci obligatorii pentru persoana investită; de asemenea funcția publică are caracter de continuitate care decurge din însăși continuitatea existenței statului; din această nu trebuie să tragem concluzia că funcția publică nu poate fi exercitată intermitent; nu trebuie confundată funcția însăși cu realizarea ei; funcția publică nu poate face obiectul unei înțelegeri între părți; ea este rezultatul unui act universal de voință prin investirea legală ce acordă persoanei care exercită funcția; funcția publică este accesibilă tuturor cetățenilor, în condițiile legii;

Asupra funcției publice există mai multe tipuri de concepții pe care le au în general, funcționarii: funcția publică este văzută ca: o meserie de contact cu publicul (funcțiile de ghișeu,

funcțiile prin care se realizează anumite prestații în favoarea cetățenilor, funcțiile prin care se exercită controlul de vamă, de bilete de tren etc.); o meserie tehnică, dificilă și adesea periculoasă, funcționarul nefiind într-un raport direct cu publicul (dispeceratul unui nod de cale ferată ce dirijează circulația trenurilor); mijloc de exprimare a autorității, funcție ce le da funcționarilor anumite satisfacții; funcția publică este privită prin natură să că o funcție socială; această implică de la început că acela care o exercită să aibă o veritabilă vocație de a se preocupa de cauza publică.

Este necesar să se facă diferența între titularii unei funcții, care își desfășoară activitatea într-un regim de drept public, statutar și salariații obișnuiți care își desfășoară activitatea în cadrul sistemului administrației publice, în aparatul organelor de stat sau al colectivităților locale, desfășurând chiar o activitate tehnico-administrativă, dar în regim de dreptul muncii, în baza unui contract individual de muncă, cum sunt cei la care se referă art. 5 din Statut când delimitează categoriile de personal care nu sunt funcționari publici.

Funcționarul public este persoana numită, în condițiile legii, într-o funcție publică. Persoana care a fost eliberată din funcția publică și se află în corpul de rezervă al funcționarilor publici își păstrează calitatea de funcționar public. Totalitatea funcționarilor publici din cadrul autorităților administrative autonome și din cadrul autorităților și instituțiilor publice din administrația publică centrală și locală constituie corpul funcționarilor publici.

În doctrina juridică, noțiunea de funcționar a fost definită în sens larg, adică orice persoană care lucrează în sectorul public, în cadrul administrației publice centrale și locale și a altor servicii publice, chiar dacă sunt organizate de către organisme private (care desfășoară activitate de interes public), și în sens restrâns, adică persoana care lucrează în sectorul bugetar în cadrul autorităților și instituțiilor publice.

Nu toți funcționarii administrației publice sunt funcționari publici. Nu toate persoanele care lucrează în sectorul bugetar au calitatea de funcționar public, ci numai acelea care sunt investite cu o funcție publică. Funcționarii publici au acest statut în temeiul legii și sunt supuși unui regim juridic special de drept public.

Pentru a exercita ansamblul atribuțiilor și competențelor ce constituie conținutul funcției publice, titularului acesteia îi sunt stabilite anumite drepturi și obligații. Aceste drepturi și obligații sunt determinate pe cale generală, impersonal și imperativă și au un caracter obiectiv, adică ele sunt "legate" de funcția publică în cauză, nu de funcționarul public în calitatea lui de persoană fizică. Fiind stabilite prin norme juridice cu putere de lege, ele au un caracter unilateral, în sensul că modificarea lor se face tot pe aceeași cale, funcționarul public neavând posibilitatea legală de a se opune unei asemenea modificări. Unele drepturi și obligații sunt comune tuturor funcționarilor publici, altele sunt specifice unor anumite funcții și, deci, anumitor categorii de funcționari publici. În ansamblul lor, drepturile și obligațiile constituie suportul legal al autorității și prestigiului funcționarului public, fiind asigurate și garantate de stat prin mijloace juridice, de natură materială, civilă, administrativă și chiar penală.

ISTORIC

Existența statului, înțeles sintetic ca putere organizată asupra unei populații, pe un anumit teritoriu, a presupus, încă din momentele sale de început, o continuă adaptare la dinamica vieții economice, sociale și politice. Răspunsurile pe care statul le-a oferit cerințelor venite în număr tot mai mare din partea societății s-au concretizat în creșterea volumului și a complexității funcțiilor sale, în multiplicarea atribuțiilor autorităților și organelor sale.

Potrivit teoriei separației puterilor în stat, funcțiile pe care statul le dobândește în asigurarea suveranității sale, funcția legislativă, funcția executivă și funcția judecătorească nu pot fi realizate decât prin exercitarea lor de către puteri independente, reprezentate la nivel politico-juridic de organe corespunzătoare. Pentru realizarea acestor funcții ale statului se înființează servicii publice, care, la

rândul lor, sunt înzestrate cu funcții publice – atribuții, competențe și răspunderi specifice sarcinilor pe care acestea le realizează în scopul satisfacerii intereselor generale ale societății .

La nivel european au existat puternice preocupări pentru reglementarea funcției publice, fără a se confunda tradițiile privitoare la funcția publică cu apariția unui statut general. Funcția publică exista cu siguranță cu mult înainte de a fi adoptat, în premieră europeană, un statut general al funcției publice, în Spania anul 1852. În România, reglementarea funcției publice, în sensul modern al accepțiunii, a fost realizată prima dată de Regulamentele Organice. Urmează cronologic, prevederi ale Statutului dezvoltător al Convenției de la Paris și ale Legii electorale din timpul lui Cuza, precum și cele ale Constituției din 1866, pentru ca abia prin Constituția din 1923 să se considere oportun momentul adoptării unui statut al funcționarilor publici, concretizat prin Legea din 19 iunie 1923, în vigoare până în 1940. Evoluția ulterioară a reglementărilor în materie a fost determinată de cursul evenimentelor care au îndepărtat societatea românească de pe calea unei democrații autentice. Un moment relevant în scurta prezentare a istoricului reglementării funcției publice este adoptarea Constituției României din 1991, iar în temeiul acesteia adoptarea, nejustificat de târziu, a Statutului funcționarului public, prin Legea nr. 188/1999.

ASPECTE DE DREPT COMPARAT CU PRIVIRE LA DREPTURILE ȘI OBLIGAȚIILE FUNCȚIONARILOR PUBLICI

Raportat la dreptul comparat, cu specială privire la reglementările din țările Uniunii Europene, se constată peste tot o grijă cu totul aparte față de dreptul la carieră al funcționarilor publici, care presupune înainte de toate dreptul la stabilitate în funcție ; pentru unele funcții din administrație este reglementat, la fel că și pentru magistrați, principiul inamovibilității (în special în Franța) iar în Germania funcționarii sunt numiți de regulă pe viață. Cât privește drepturile funcționarilor în lumea occidentală se discută mai mult asupra a ceea ce este impropriu denumit drepturi colective, mai exact drepturi care se exercită în colectiv. Nota dominantă în legislația occidentală europeană este cea a apropierei statutului funcționarilor, din acest punct de vedere, de cel al restului salariaților, deși diferențele sunt sensibile ,de la Italia ,unde se vorbește despre o adevărată revoluție a funcției publice-principiul privatizării ,la Olanda sau Germania ,unde se mențin tradițiile statutare .Este cert ,însă,că și acolo unde este recunoscut dreptul la asociere în sindicate ,dreptul la grevă etc. Sunt categorii exceptate ,respectiv limitări ale exercițiului acestui drept pentru ale categorii.

În Belgia, funcționarii superiori acordă anumitor factori o importanță specială în ceea ce privește promovarea, evocând în acest sens: apartenența la un cabinet ministerial, existența unor legături cu partidele politice, existența unei diplome universitare, existența unor relații cu organisme sindicale (Bodiguel, 1994, pp. 34-35).¹³¹ În Spania, legislația și doctrina utilizează noțiunile de „funcții politice” și „funcții de liberă desemnare” ale căror titulari sunt aleși dintre funcționari. În doctrina occidentală se susține că exercițiul dreptului la opinie al funcționarilor publici ar trebui circumstanțiat, după cum funcționarul se află în timpul serviciului sau în afara orelor de serviciu (Apostol Tofan, 2006, p. 180).

În Germania, funcționarii pot participa la activități politice care nu sunt contrare „ordinii fundamentale democratice și liberale” și pot candida la alegeri, fără a demisiona. Dacă urmează să exercite un mandat electiv, funcționarii își regăsesc vechea funcție administrativă, după expirarea mandatului (Bodiguel, 1994, p. 92).

În Franța, funcționarilor le este recunoscută libertatea de opinie, care este absolută, în sensul că funcționarii nu pot fi recrutați, apreciați sau demisi în funcție de opiniile lor. În dosarul personal nu se poate face mențiune despre opiniile politice, religioase, etc. Însă, libertatea de opinie nu poate fi confundată cu libertatea de exprimare a opiniilor. Această din urmă libertate este limitată deoarece formele sale de exprimare pot avea conotații politice (Apostol Tofan, 2006, p. 181).

În ceea ce privește dreptul la grevă, în Franța, înainte de 1946 funcționarii nu aveau dreptul la grevă, deoarece se considera că greva ducea la încălcarea necesității de asigurare a continuității serviciilor publice, a subordonării ierarhice, putând fi considerată chiar un act de rebeliune împotriva statului. Funcționarul care făcea grevă comitea o greșală profesională gravă (Peiser apud Apostol Tofan, 2006, p. 181). Și în Olanda, dreptul la grevă nu este recunoscut, dar nu este formal interzis decât înalților funcționari și personalului căilor ferate. Cu toate acestea, greve au loc, dar ele se lovesc de reacția negativă a opiniei publice, iar recurgerea la justiție conduce de obicei la identificarea altor mijloace de acțiune (Bodiguel, 1994, p. 146).

În prezent, greva rămâne interzisă funcționarilor publici, în sens strict, în Danemarca și Germania. Trebuie însă amintit că această interdicție nu are în vedere decât funcționarii în sens strict, care se află în minoritate în majoritatea serviciilor publice daneze, precum și într-un număr de servicii publice germane (Apostol Tofan, 2006, p. 181). În Spania, Franța și Italia, dreptul la grevă este recunoscut funcționarilor, chiar dacă anumite corpuri (precum polițiștii) sau funcții sunt excluse de la exercitarea acestui drept. Reglementarea dreptului la grevă se întâlnește relativ frecvent.

În realitatea juridică, drepturile și obligațiile nu sunt independente unele de altele, astfel că fiecărui drept îi corespunde o obligație corelativă, iar fiecare obligație naște la rândul ei un drept. Din această perspectivă, drepturilor funcționarilor publici le corespund o serie de îndatoriri, decurgând, de regulă, din Statutul acestora (Vedinaș, 2002, p. 163).

Cea mai importantă îndatorire este desigur aceea de a servi interesul public, aspect care presupune o serie întreagă de obligații ce constau în necesitatea de a asigura supunerea funcționarului în raport cu dispozițiile legale. Mai dificilă este însă prevenirea conflictului de interese, care poate rezulta dintr-un cumul cu o activitate desfășurată în sectorul privat, cu excepția unor țări precum Italia sau Portugalia, și, cu unele excepții tradiționale, precum calitatea de cadru didactic universitar, cumulul este interzis (Vedinaș, 2002, p. 38).¹³²În ceea ce privește delictul de ingerință, acesta presupune diferite aspecte. Spre exemplu, în Franța, potrivit unor dispoziții conținute în Codul penal, îi este interzis funcționarului public ca timp de cinci ani de la data încetării activității sale în această calitate, să se angajeze într-o întreprindere privată cu a cărei supraveghere sau control fusese însărcinat sau cu care fusese în legătură în timpul exercitării atribuțiilor de funcție publică.

O altă categorie de obligații privește raporturile funcționarilor publici cu publicul, fiind vorba de discreția profesională, care trebuie conciliată cu regulile privind transparența administrativă, în vigoare în cea mai mare parte a statelor Uniunii (Apostol Tofan, 2006, p. 183).

2. Continutul propriu-zis al lucrării

II. DREPTURILE FUNCȚIONARILOR PUBLICI

Funcționarii publici din sistemul administrației publice au, potrivit legii, în calitate de personal al autorității sau instituției publice respective, o serie de drepturi cu caracter economic și social privitoare la salariu, concediu, asistență socială și pensie etc., drepturi care se studiază pe larg la disciplina dreptul muncii.

Funcționarii publici, fiind cetățeni români, au toate drepturile și, desigur, și obligațiile pe care Constituția României le prevede și le garantează pentru toți cetățenii săi. Prin urmare, acestea sunt comune nu numai tuturor funcționarilor publici, ci și tuturor persoanelor care desfășoară o activitate în mod legal. Funcționarii publici au însă și drepturi speciale, unele din ele fiind comune tuturor funcționarilor publici, altele numai anumitor categorii de funcționari publici. Drepturile recunoscute și garantate funcționarilor publici neavând un caracter subiectiv și având ca scop realizarea atribuțiilor funcției, deci un interes general.

Drepturile funcționarilor publici au fost clasificate de doctrină în drepturi care privesc situația personală a funcționarului public (salarizare, concediu, protecție socială) și în drepturi specifice funcției publice deținute.

II.1.DREPTURILE PRIVIND EXERCITAREA FUNCȚIEI

Aceste drepturi au în vedere ,pe de o parte obligația cetățenilor ,a tuturor celor ce intră în raporturi cu funcționarul public,când acesta își exercită funcția,de a-l da ascultare și a-l sprijini în acest sens,conformandu-se cerințelor lui,iar pe de altă parte,obligația autorităților publice ale statului și instituțiilor publice de a-l sprijini pe funcționarul public să-și exercite atribuțiile ori de câte ori acesta este împiedicat.Sub acest aspect ,statutul funcționarilor publici prevede că a funcționarii publici beneficiază în exercitarea atribuțiilor lor de protecția legii”autoritatea sau instituția publică având obligația să asigure protecția funcționarului public împotriva amenințărilor ,violențelor,faptelor de ultraj cărora le-ar putea fi victim în executarea funcției publice sau în legătură cu aceasta.Mai mult,Statutul mai prevede ca autoritatea sau instituția publică este obligate sa il despăgubească pe funcționarul public în stituatia în care acesta a suferit,din culpă autorității sau instituției publice ,un prejudiciu material în timpul îndeplinirii atribuțiilor de serviciu.

a)Un drept strâns legat de exercitarea funcției este dreptul de alegere a profesiei și a locului de muncă.Acesta are în vedere faptul că exercitarea funcției nu este un scop în sine,ci reprezintă pentru funcționarul public însași exercitarea profesiei sale,cariera sa profesională.Având în vedere că o persoană,de regulă ,își face o profesie(o carieră)pentru toată viața,tot așa și cariera funcționarului public trebuie să îi asigure exercitarea cunoștințelor profesionale pe durata întregii sale vieți. De aceea dreptul la profesie,presupune,totodată,continuitate,stabilitate și chiar inamovibilitate în funcția publică.

1. Continuitatea în funcție derivă în mod nemijlocit din caracterul funcției,care este transmis și titularului ei și îi conferă certitudinea exercitării profesiei într-o perspectivă care îl stimulează să-și desăvârșească în permanență cunoștințele profesionale,să dea randament maxim în exercitarea funcției.Continuitatea este strâns legată de stabilitatea în funcție.Desigur nu este vorba de o "fixare"pe același post,a funcționarului public,până la pensionarea sa.Acest lucru nu este recomandabil nici din punctul de vedere al interesului funcționarului public(deoarece el tinde tot timpul spre o promovare pe funcții,clase și grade de nivel superior)nici al serviciului public,adică al interesului general deoarece uneori apar și nevoi care cer ca funcționarul public să fie delegat,detașat și chiar transferat în interesul serviciului sau la cererea să.Importent este ca aceste situații fie că privesc serviciul public,fi pe funcționarul public să fie strict reglementate de lege și să intereseze ambele părți ale raportului juridic de serviciu.

2.Stabilitatea în funcție este consacrată prin Statutul funcționarilor publici ca principiu de bază în exercitarea funcției publice.El este prevăzut și în unele legi special pentru anumite categorii de funcționari publici .

3. Cât privește inamovibilitatea funcționarilor publici,această este definită de literatura de specialitate ca un drept acordat de stat funcționarului public de a nu fi suspendat sau revocat din funcție decât pentru motive disciplinare și după procedura disciplinară sau,în lipsa acesteia,numai cu asenimentul său.Prin urmare,funcționarul inamovibil nu poate fi suspendat din funcție sau transferat contra voinței sale,aceste măsuri putând fi luate numai dacă sunt dispuse ca sancțiuni disciplinare și pe baza normelor procedurale stabilite;așadar inamovibilitatea reprezintă o stabilitate de grad superior și constituie o garanție mai puternică a continuității funcției.

b) Un alt drept recunoscut funcționarului public,strâns legat de cariera sa profesională îl reprezintă dreptul la promovare,fi în ierarhia funcțiilor din aceeași autoritate sau instituție publică,în care își desfășoară activitatea,fi în altele de nivel superior ,în clase și grade profesionale.Sistemele și condițiile de avansare în funcția publică pot avea o reglementare diversă și să conțină condiții specifice anumitor categorii de funcționari publici.În unele sisteme ,avansarea se face după vechimea într-o anumită funcție ,în grad sau clasă.Acest sistem are avantajul că înlătura subiectivismul

superiorului ierarhic și favoritismul la avansare ,dar are dezavantajul că nu are în vedere competența profesională a funcționarului public și ,deci,nu reprezintă un stimulent pentru perfecționare profesională.

c) Strâns legat de dreptul de promovare profesională este dreptul funcționarilor publici de a-și perfecționa continuu pregătirea profesională.Perfecționarea pregătirii profesionale se poate realiza fie în cadrul autorității sau instituției publice fie în afara acestora,prin forme adecvate organizate în acest scop.În perfecționarea continuă a pregătirii profesionale este interesat ,în primul rând însuși funcționarul public(de aceea este un drept al acestuia)deoarece numai în acest fel el ar putea fi promovat .Dar și autoritatea sau instituția publică este interesată în perfecționarea profesională a funcționarilor publici,deoarece pe această cale se asigură o rezolvare la nivel calitativ superior și mai operativ a sarcinilor care le revin.De aceea autoritățile și instituțiile publice au obligația de a crea condiții optime pentru perfecționarea pregătirii profesionale a funcționarilor publici ,inclusive prin concedii plătite în condițiile legii pentru cursuri și programe organizate în acest scop în țară sau în străinătate,de instituții specializate.

II. 2.DREPTUL LA OPINIE

Dreptul la opinie este primul drept recunoscut și garantat de lege funcționarilor publici.Având cetățenia română,se bucură în primul rând de drepturile care sunt recunoscute oricărui cetățean român.Este interzisă orice discriminare între funcționarii publici pe criteria politice,de apartenență sindicală,religioasă,entice,de sex,orientare sexuală,stare materială origine socială sau de orice altă natură.Acest drept își are temeiul constituțional în prevederile referitoare la libertatea conștiinței și la dreptul de exprimare pentru toți cetățenii țării.Faptul că prin prevederile art.40 alin(3)din Constituție și prin unele legi organice se interzice unor categorii de funcționari publici să facă parte din partide politice,nu înseamnă că ei nu au dreptul la opinii proprii,pe care și le pot exprima în alt cadru decât cel al partidelor politice.

Important este ca exercitarea acestui drept să nu influențeze obiectivitatea și imparțialitatea funcționarului public în raport cu publicul și cu modalitatea de rezolvare a lucrărilor pe care le efectuează în exercitarea funcției.În principiu exercitarea acestui drept în timpul serviciului trebuie să se caracterizeze prin neutralitate,iar în afara acestuia,prin atitudine rezervată,excluzându-se o exprimare agresivă,insultătoare la adresa puterilor publice.Aceasta însă nu exclude avansarea unor opinii și idei argumentate științific,de natură a fi avute în vedere la corectarea unor soluții practice sau legislative.

Din punctul meu de vedere se pot formula serioase rezerve față de faptul că legiuitorul român a garantat dreptul la opinie fără nici o circumstanțiere,ceea ce,nu interzice doctrine să pună în discuție acest aspect.În practică cred că se observă modul defectuos în care s-a înțeles și s-a aplicat acest drept de către unii funcționari publici sau reprezentanți.Există persoane care,deși aveau statutul de funcționar public de execuție inclusiv în cadrul unor autorități sau instituții,prin luările lor de poziție ,sub umbrela acestei libertăți de opinie,făceau cele mai infamante afirmații despre chiar instituția în care lucrau.Părerea mea este că libertatea de exprimare a opiniilor trebuie să aibe anumite limite,ea nu are un caracter absolute nelimitat nici în țara noastră nici în alte state,indiferent că este vorba despre opinii exprimate în timpul serviciului sau în afară acestuia.Funcționarii publici sunt obligați să respecte și opiniile celorlați și să nu se lase influențați de considerente personale sau de popularitate.

Libertatea de opinie este inviolabilă,dar libertatea de manifestare a opiniilor este limitată .Această limită este variabilă în raport cu natura funcțiilor și cu gradul de răspundere al funcționarilor.Obligația de a se reține în manifestarea opiniilor este mai strictă pentru funcționarii superiori .

II.3.DREPTUL DE A FI INFORMAT

Dreptul funcționarului public de a fi informat cu privire la deciziile care îl privesc este o dimensiune a dreptului fundamental la informație. El este un adevărat drept fundamental, deoarece dezvoltarea materială și spirituală a omului, exercitarea libertăților prevăzute de Constituție și, mai ales, a celor prin care se exprimă gândurile, opiniile, credințele și creațiile de orice fel, implică și posibilitatea de a recepționa date și informații privind viața economică, politică, socială, științifică, iar în cadrul unei autorități sau instituții, viața profesională a celor care își desfășoară acolo activitatea. Recunoașterea acestui drept este condiționată de conținutul deciziei, care trebuie să-l privească direct pe funcționar pentru a se naște dreptul de a fi informat, și, corelativ, obligația autorității publice de a-l informa cu privire la decizia respectivă. La fel ca și în cazul salariatului, informarea poate să se facă în orice formă, scrisă sau oral. Consider că informarea trebuie făcută de către autoritatea sau instituția publică respectivă. Funcționarul public nu trebuie să ceară el să fie informat.

II.4.DREPTUL DE ASOCIERE SINDICALĂ

Dreptul de asociere sindicală este garantat funcționarilor publici, cu excepția celor care sunt numiți în categoria înalților funcționari publici, funcționarilor publici de conducere și altor categorii de funcționari publici cărora le este interzis prin statute specială. Acest drept social-politic este consecința dreptului constituțional al liberei asocieri în partide politice, sindicate și alte forme de asociere. Dreptul la asociere sindicală este interzis înalților funcționari publici, funcționarilor publici de conducere și unor funcționari cu statut special în considerarea importanței activității desfășurate, pentru promovarea interesului public care trebuie să primeze în dauna celui privat. Alin. 2 prevede că, în baza acestui drept funcționarii publici pot în mod liber să înființeze organizații sindicale, să adere la ele și să exercite orice mandat în cadrul acestora. Libertatea de asociere sindicală sau profesională nu se confundă cu libertatea întrunirilor, deși prezintă elemente comune. Aici mai este prevăzută o dimensiune a dreptului de asociere și anume asocierea în organizații profesionale sau în alte organizații având drept scop reprezentarea intereselor proprii, promovarea pregătirii profesionale și protejarea statutului lor. Astfel de asociații profesionale au început deja să se constituie.

În situația în care înalții funcționari publici sau funcționarii publici de conducere sunt aleși în organele de conducere ale organizațiilor sindicale, aceștia au obligația ca în termen de 15 zile de la alegerea în organele de conducere ale organizațiilor sindicale să opteze pentru una dintre cele două funcții. În cazul în care funcționarul public optează pentru desfășurarea activității în funcția de conducere în organizațiile sindicale, raporturile de serviciu ale acestuia se suspendă pe o perioadă egală cu cea a mandatului în funcția de conducere în organizația sindicală.

Legiuitorul recunoaște expres dreptul de asociere în organizații profesionale sau în alte organizații având ca scop protejarea intereselor profesionale. Recunoașterea acestui drept se face în afara oricărei conotații politice, dar și fără posibilitatea unui amestec sau intervenții legale recunoaștute a autorităților. Restrângerea exercitării dreptului de asociere sindicală, s-a subliniat în doctrina, presupune respectarea dispozițiilor cu valoare de principiu, consacrate prin normă constituțională privitoare la restrângerea exercitării unor drepturi sau al unor libertăți.

Fiind vorba de un drept, exercitarea nu este obligatorie, putând exista autorități și instituții în care să nu existe organizații sindicale sau să existe și funcționari publici care să nu facă parte din ele.

II.5.DREPTUL LA GREVĂ

Dreptul la grevă în rândul funcționarilor publici, deci al celor care trebuie să contribuie la funcționarea continuă a serviciilor publice, apare ca fiind cel mai controversat drept, controversă născută din ideea preemțiunii intereselor generale, realizate prin funcționarea serviciilor publice, în fața intereselor particulare, urmărite prin declanșarea grevei.

Înainte de cel de al doilea război mondial ,Soluția cea mai răspândită era aceea a interzicerii grevei în serviciul public.În stadiul actual al dezvoltării economic-sociale a României, soluțiile legale actuale cu privire la grevă sunt justificate.Sub acest aspect,inclusive interdicția pentru polițiști de a organiza greva se consideră normală pentru o anumită perioadă de timp .

Faptul că greva nu poate avea ca obiect decât apărarea intereselor profesionale,dreptul la grevă reprezintă o garanție profesională.Având în vedere că finalitatea grevelor este îmbunătățirea condițiilor de muncă ale salariaților ,consecință este că ele trebuie să aibă un caracter profesional.

Dreptul la grevă face parte din categoria drepturilor care ,multă vreme în istorie,nu au fost recunoscute funcționarilor publici și care ,în prezent,continuă să provoace discuții și controverse .

Dreptul comun privind exercitarea dreptului la grevă cunoaște și limitarea lui legală,peu a se asigura bunul mers al activităților economico-sociale,garantarea intereselor de ordin umanitar .În acest sens ,salariații din anume domenii(sănătate,telecomunicații ,radioul și televiziunea publică ,unitățile de transporturi,salubritate,energie electrică ,gaze și căldură,pot declara grevă numai cu condiția asigurării serviciilor esențiale ,dar nu mai puțin de 1/3 din activitatea normal,cu satisfacerea necesităților minime de viață ale comunităților locale.

Exercitarea dreptului la grevă reprezintă o problemă cardinală și pentru funcționarii publici,ca și pentru salariați.De aceea se impune intervenția legiuitorului ,pentru a se dezvolta regimul juridic al grevei funcționarilor publici.Legea actual trebuie completată cu dispoziții exprese care să reglementeze regimul grevei funcționarilor ,să identifice și să nominalizeze serviciile publice esențiale care trebuie să funcționeze în orice condiții și să stabilească restricțiile care se impun .Să stabilească modalitățile prin care exercitarea acestui drept fundamental va urma să fie corelată cu asigurarea principiului continuității,care este de esența serviciului public ,ca și a activității executive ,în ansamblul ei.Peste tot în lume dreptul la grevă al agenților publici se supune unor reguli particulare ,care se explică prin grija de a nu aduce atingere continuității serviciului public

În Europa, nu întotdeauna și peste tot a fost recunoscut dreptul la grevă al funcționarilor publici, iar acolo unde a fost admis, s-au stabilit limitări și condiționări în exercitarea acestui drept. Asemenea restricționări variază ca întindere și, adeseori, cele mai multe vizează anumite categorii de lucrători datorită statutului lor (servicii publice), atribuțiilor pe care le îndeplinesc (servicii esențiale), rangului lor ierarhic (staff-ul managerial) ori altor combinații între acestea.

În unele state, nu există dispoziții legale cu privire la acest subiect, aspect care generează interpretări diferite ale autorităților publice naționale, anume cele care interzic, respectiv recunosc tacit dreptul la grevă. Mai mult, funcționarii publici din anumite state europene sunt guvernați, în ansamblul lor, printr-o legislație specială, care definește, printre altele, și condițiile exercitării dreptului la grevă. În alte state, însă, nu există distincție între sectorul public și cel privat, astfel că funcționarii din sectorul public trebuie să respecte procedurile reglementate de dreptul comun în materia grevei salariaților.

În prezent, în țara noastră, dreptul la grevă al funcționarilor publici nu mai este condiționat de respectarea principiului continuității și celerității serviciului public, ca atare exercitarea acestuia.

II.6.DREPTUL LA UN SALARIU

Pentru activitatea desfășurată ,funcționarii publici au dreptul la un salariu compus din salariul de bază,sporul pentru vechime în muncă,suplimentul postului și suplimentul corespunzător treptei de salarizare.Funcționarii publici beneficiază de prime și alte drepturi salariale în condițiile legii.Salarizarea funcționarilor publici se face în conformitate cu prevederile legii privind stabilirea sistemului unitar de salarizare pentru funcționarii publici.

Salariul reprezintă, într-o expresie foarte generală, prețul forței de muncă.Mai detaliat prin salariu se înțelege contraprestația angajatorului platita pentru muncă prestată de salariat în baza contractului individual de muncă.Unul dintre cele mai importante drepturi acordate funcționarului

public, ca de altfel oricărei persoane care desfășoară o activitate utilă pentru societate, este salariul acesteia. Anton Trăilescu îl denumește a „dreptul la remunerare”, el semnificând însă dreptul funcționarului public de a primi un salariu pentru activitatea prestată. Spre deosebire de salariații care își negociază salariul cu patronul, în cazul funcționarului public acesta nu poate fi negociat, el fiind stabilit de lege.

În fiecare an, situația drepturilor salariale ale funcționarilor publici a fost reglementată alături de situația personalului contractual, respective a întregului personal din cadrul autorităților și instituțiilor publice indiferent de statutul lor. (funcționari publici, personal contractual, demitari). În forma anterioară a legii, structura salariului se compunea din trei elemente și anume salariul de bază, sporurile și indemnizațiile. Ordonanța a adus cu sine o modificare de esență, în sensul că s-a modificat structura părții fixe a salariului, care includea, pe lângă salariul de bază, și sporul pentru vechime în muncă, suplimentul postului și suplimentul corespunzător treptei de salarizare. S-a consacrat astfel o concepție asupra structurii salariului inspirată din sistemele de salarizare din alte state, în special în sistemul anglo-saxon, în care prin intermediul salariului se urmărește să se asigure o individualizare a cuantumului salariului care revine diferiților funcționari publici, în funcție de specificul și complexitatea activității pe care o desfășoară. Astfel se regăsește în componența salariului, pe lângă salariul de bază, și două suplimente, respectiv cel al postului și cel al treptei. Se înțelege că prin stabilirea suplimentului postului, trebuie avute în vedere atribuțiile stabilite prin fișa postului. În ceea ce privește suplimentul treptei, acesta trebuie stabilit în funcție de treapta de salarizare a fiecărui funcționar public.

În mod constant dreptul funcției publice a admis că salariul cuvenit funcționarului public cuprinde o parte constantă (venit de bază) și o parte variabilă (sporuri, suplimente etc.)

Păreră mea este că între salariu și activitatea depusă trebuie să existe o anumită echivalență, un echilibru. Legiutorul asimilează ca și noțiune (cea de salariu) pe funcționarul public cu orice salariat.

II.7. DREPTUL LA CONCEDIU

Funcționarii publici au dreptul în condițiile legii, la concediu de odihnă, la concedii medicale și la alte concedii. Pot beneficia, în afara concediului de odihnă, de zile de concediu plătite pentru anumite evenimente familiale deosebite. Aceasta nu se delimitează să prevadă care sunt evenimentele familiale deosebite” ci stabilește și numărul de zile care se pot acorda pentru fiecare dintre acestea, după cum urmează: pentru căsătoria funcționarului public a 5 zile lucrătoare; pentru nașterea sau căsătoria unui copil a 3 zile lucrătoare iar pentru decesul soțului sau al unei rude ori afin până la gradul III inclusiv al funcționarului public a 3 zile lucrătoare.

Funcționarii publici au dreptul la aceste trei categorii de concediu, ceea ce înseamnă că instituția publică are obligația să le acorde, obligație ce urmează să se realizeze în condițiile legii.

Concediului de odihnă îi sunt aferente două categorii de drepturi bănești și anume: indemnizația de concediu, care se va calcula în raport de salariul de bază, la care se adaugă sporurile de care persoana beneficiază și o primă, al cărei cuantum este legal cu salariul de bază din luna anterioară și care se impozitează separat. Prin instituirea lor se consacră o deosebire între regimul concediului de odihnă al funcționarilor publici și cel al concediului salariaților, în sensul acordării ex lege și a unei prime de concediu, pe lângă indemnizația cuvenită salariaților. Într-adevăr, în cazul salariaților, prima de concediu se poate acorda numai dacă există clauza expresă în acest sens în contractul colectiv de sau în contractul individual de muncă. (Codul muncii).

În perioada concediilor de boală, a concediilor de maternitate și a celor pentru creșterea și îngrijirea copiilor, raporturile de serviciu nu pot înceta și nu pot fi modificate decât din inițiativă a funcționarului public în cauză. Logica unei asemenea norme este dedusă din nevoia specială de protecție pentru funcționarul public aflat într-o situație specială, datorită stării de sănătate, stări de maternitate sau de creștere și îngrijire a copiilor minori.

În cazul salariaților ,legea interzice ,în situațiile enumerate,doar concedierea salariaților,nu și modificarea raportului lor de muncă,situație întâlnită în cazul funcționarilor publici.

a) DURATA NORMALĂ A TIMPULUI DE LUCRU pentru funcționarii publici este,de regulă,de 8 ore pe zi și de 40 de ore pe săptămână.

De regulă ,funcționarii publici,prin specificul activității lor,de cele mai multe ori în practică depășesc cele 8 ore de lucru zilnice.Situația frecventă a lucrului "□□peste program" se întâlnește la funcționarii de conducere ,însă legea le recunoaște numai celor de execuție dreptul la orele suplimentare,pe considerentul că funcționarii publici de conducere ,prin specificul activității lor,sunt nevoiți să lucreze peste programul normal iar recompense financiare pentru activitatea lor suplimentară se regăsește în indemnizația de conducere și în alte stimulente aferente funcției de conducere pe care o îndeplinesc.Numai funcționarii de execuție sunt îndreptățiți la recuperarea timpului lucrat peste program sau la plată majorată,cu un spor de 100% din salariu de bază.Recuperarea poate interveni în prima lună ,abia în a doua lună a funcționării putând primi echivalentul în lei.O asemenea soluție este tradițional pentru funcția publică și se regăsește inclusiv în dreptul comunitar.

Rațiunea pentru care se face această deosebire între funcționarii de conducere și cei de execuție,o reprezintă faptul că cei din prima categorie au și un salariu superior celorlați și anume privilegiile convenite funcției ,inclusiv o indemnizație de conducere,iar prin specificul atribuțiilor care le revin ei sunt obligați să-și desfășoare activitatea de o asemenea manieră încât instituția sau autoritatea să funcționeze corespunzător,indiferent de timpul pe care trebuie să a□□l afecteze realizării unui asemenea scop.Ar mai putea fi avută în vedere și rațiunea eliminării riscului de a se comite abuzuri din partea funcționarilor de conducere în a-și atribui recompense pentru programul suplimentar efectuat.

Cât privește regimul orelor suplimentare plătite funcționarilor de execuție cu un spor de 100% din salariul de bază,acestea nu pot depăși 360 de ore într-un an.

b)Funcționarii publici beneficiază de ASISTENȚA MEDICALĂ,PROTEZE ȘI MEDICAMENTE.

Dreptul la ocrotirea sănătății își află reglementarea în articolul 34 din Constituția României.El a fost receptat îndeosebi din Pactul internațional relative la drepturile economice ,sociale și cultural,care prevede dreptul persoanei de a se bucura de cea mai bună sănătate fizică și mentală,drept care presupune și obligația de a se asigura tuturor cetățenilor mijloacele necesare realizării acestui deziderat.

c)DREPTUL LA PENSII sau alte drepturi de asigurări sociale de stat ,potrivit legii.Pe lângă drepturile funcționarilor publici pe perioada în care se află în activitate aceștia ar trebui să mai beneficieze și de o serie de drepturi convenite la încetarea activității,adică a raportului de funcție publică materializate în primul rând la pensie.privită în doctrina occidentală că un tip de remuneratie convenit funcționarului public la încetarea exercitării funcției,ca urmare a retragerii sale din activitate."¹

Statutul fmcionarilor publici mai enunță dreptul acestora de a beneficia în exercitarea atribuțiilor lor de protecția legii, cu precizarea expresă a obligației autorității sau instituției publice de a asigura protecție funcționarului public împotriva amenințărilor,violențelor ,faptelor de ultraj cărora le-ar putea fi victimă în exercitarea funcției publice sau în legătură cu această. Pentru garantarea acestui drept, autoritatea sau instituția publică va solicita sprijinul organelor abilitate,potrivit legii. Măsurile speciale de protecție pentru funcționarii publici cu atribuții de control și inspecție, executare silită a creanțelor bugetare,precum și pentru alte categorii de funcționari care desfășoară activități cu

¹ V. Vedinas,op.cit,2004,p.119

grad ridicat de risc profesional se stabilesc prin acte normative ,la propunerea Agenției Naționale a Funcționarilor Publici sau de către autorități și instituții publice .Un asemenea drept se regăsește în toate sistemele naționale ale funcției publice,inclusive în dreptul comunitar ,fiind vorba despre un drept fundamental al funcționarilor publici,avut în vedere și de legislația penală ce incriminează o serie de fapte reprezentând infracțiuni. De asemenea ,Statutul reglementează obligația autorității sau a instituției publice de a-l despăgubi pe functionarul public in situatia in care acesta a suferit,din culpa autorității sau instituției publice,un prejudiciu material in timpul indeplinirii atribuțiilor de serviciu.

Fata de aceasta dispozitie legala ,ce poate fi aplicata numai cu indeplinirea cumulativa a unor conditii expres prevazute(sa existe un prejudiciu produs din culpa autorității sau instituției publice,iar acesta sa se fi produs in timpul indeplinirii sarcinilor de serviciu),in doctrina s-a apreciat ca,pe viitor ar putea fi avuta in vedere,si posibilitatea acordarii unor despăgubiri morale,in consonanta cu dispozitiile Legii Contenciosului Administrativ ,care consacra expres un astfel de drept.¹

Pe lângă drepturile ce privesc situația personală a funcționarilor publici,mai există o categorie de drepturi ,de factură politică,inerente condiției de cetățean,enumerată în Statut nu pentru că ar fi specific personalului din administrație, ci pentru faptul că s-a dorit evidențierea aparențelor lor și la această categorie profesională , cu excepțiile prevăzute de statutele speciale pentru militari, polițiști etc.²

Odată cu numirea pe funcție și investirea cu competență, funcționarul are dreptul la exercitarea funcției sale - trebuie să fie respectat ca persoană, să i se respecte dispozițiile, să i se înlănească realizarea funcției. Organele administrației publice trebuie să sprijine, să asigure realizarea atribuțiilor de serviciu pe care le au funcționarii acestor entități publice - ori de câte ori funcționarul are probleme, este împiedicat să-și exercite drepturile specifice funcției, administrația este obligată să intervină și să asigure realizarea funcției publice folosind mijloace de convingere sau, chiar de constrângere. De asemenea, exercitarea acestor drepturi față de cei administrați se face în limitele competenței legale ce revine autorității sau instituției publice din care face parte, neputând exercita alte drepturi specifice altor organe decât cele conferite de propria lege de organizare, de normele speciale sau de dispozițiile ierarhice.

În ceea ce privește drepturile funcționarilor în legătură cu profesia, trebuie observat că toate funcțiile publice au caracter profesional, pentru fiecare în parte este necesară îndeplinirea unor condiții de studii. Totodată, trebuie subliniat accentul pe care atât legislația europeană, cât și cea națională îl pune pe perfecționarea pregătirii profesionale a funcționarilor publici, aceștia fiind sprijiniți de către entitățile publice în realizarea acestui drept.

Prevederile legale, naționale și comunitare, referitoare la drepturile de care beneficiază funcționarii publici sunt concepute în scopul de a-i stimula și motiva prin crearea de condiții optime necesare exercitării funcțiilor de serviciu, prin garantarea drepturilor de asistență socială adecvată, precum și prin protecția juridică oferită acestei categorii de personal care își desfășoară activitatea pentru organizarea executării și executarea în concret a legilor.

ÎNDATORIRILE FUNCȚIONARILOR PUBLICI

Funcționarii publici, au unele obligații comune cu cele ale salariaților pe bază de contract individual de muncă, în legătură cu îndeplinirea îndatoririlor de serviciu, respectarea disciplinei muncii, ridicarea nivelului de cunoștințe etc .

Atribuțiile funcționarilor publici sunt cuprinse în legile speciale și regulamentele de organizare și funcționare care privesc unele categorii de funcționari publici și,bineînțeles ,în Statutele proprii,acolo unde acestea există.

¹ V.Vedinas,op.cit,2004,p.123 si urm.

² I. Santai ,loc.cit,Juridica nr . 11-12/2000,p.454

Statutul funcționarilor publici reglementează aceste îndatoriri, încercând să constituie un cadru general în materie, dar el are în vedere numai categoriile de funcționari publici cuprinse în anexa Statutului.

I. Prima dintre îndatoririle funcționarilor publici prevăzută de Statut, este îndeplinirea cu profesionalism, imparțialitate și în conformitate cu legea a îndatoririlor de serviciu și să se abțină de la orice faptă care ar putea să aducă prejudicii persoanelor fizice sau juridice ori prestigiului corpului funcționarilor publici, să respecte normele de conduită profesională și civică.

Din această îndatorire rezultă valorile profesionale și morale cărora funcționarul public trebuie să se conformeze, și exprimă de fapt, normele esențiale ale funcției publice. Interesul general care a determinat crearea funcției publice nu ar putea fi realizat decât numai dacă titularul funcției publice își exercită toate atribuțiile îi revin în așa fel încât să nu aducă, atât sub forma sa comisiva (acțiuni), cât și sub cea comisiva (inacțiuni), prejudicii autorității sau instituției publice la care funcționarul își desfășoară activitatea, altor persoane fizice și juridice și corpului funcționarilor publici.

În ceea ce privește noțiunea de "prejudiciu" sunt de părere că nu trebuie luată în considerare doar acceptiunea sa materială adică de pagubă ci și în sensul de "prejudiciu moral", de atingere adusă persoanelor fizice, prestigiul autorității sau instituției publice în cauză și corpului funcționarilor publici.

O normă distinct cuprinsă în Statut privește pe funcționarii de conducere care sunt obligați să sprijine propunerile și inițiativele motivate ale personalului din subordine în vederea îmbunătățirii activității autorității sau instituției publice în care își desfășoară activitatea.

II. Funcționarilor publici le este interzis să ocupe funcție de conducere în structurile sau organelle de conducere, alese sau numite, ale partidelor politice, definite conform statutului acestora, ale organizațiilor cărora le este aplicabil același regim juridic ca și partidelor politice sau fundațiilor ori asociațiilor care funcționează pe lângă partidele politice.

Înălților demnitari publici le este interzis să facă parte din partidele politice, organizații cărora le este aplicabil același regim juridic ca și partidelor politice sau fundațiilor ori asociațiilor care funcționează pe lângă partidele politice.

Funcționarii publici au obligația ca, în exercitarea atribuțiilor ce le revin, să se abțină de la exprimarea sau manifestarea publică a convingerilor și preferințelor lor politice, să nu favorizeze vreun partid politic sau vreo organizație căreia îi este aplicabil același regim ca și partidelor politice. În literatura de specialitate este amplu discutată problema apartenenței sau a neapartenței funcționarilor publici la partidele politice. Nu este vorba de funcționarii publici aleși, care sunt propuși de către partidele politice, făcând parte din rândul acestora și nici de cei cărora dispozițiile constituționale le interzic apartenență la partidele politice, ci de către ceilalți funcționari publici. Dispozițiile constituționale după ce precizează categoriile de funcționari publici, care nu pot face parte din partidele politice, statuatează că altele a□□ vor fi stabilite prin lege organică. Sau este de reținut că Statutul funcționarilor publici, deși este o lege organică și constituie dreptul comun în domeniu, nu cuprinde o prevedere în acest sens, astfel de prevederi întâlnindu-se numai în unele legi special și numai cu privire la anumiți funcționari publici, de exemplu Legea administrației publice locale, cu referire la secretarii comunelor, orașelor sau județelor.

III. Tot o obligație cu rezonanțe care privesc exercitarea cu profesionalism a îndatoririlor de serviciu este și cea care instituie răspunderea financiară a funcționarilor publici pentru îndeplinirea atribuțiilor ce le revin, inclusiv a atribuțiilor delegate.

Delegarea atribuției este întâlnită, de regulă, în raporturile dintre o autoritate colegială, deliberativă, și una executivă, dar și între activități executive care fac parte în aceeași structură ierarhică de funcții, atribuții dintr-o funcție superioară fiind transmise spre funcții inferioare. Ca și un exemplu ar fi prevederile din Legea administrației publice locale, potrivit căreia atribuțiile de ofițer de

stare civilă, care revin primarului pot fi delegate de acesta viceprimarului, secretarului sau altor funcționari cu competențe în acest domeniu, sau cele care abilitază consiliul local de a delega prin hotărâre, un consilier care să îndeplinească temporar atribuțiile viceprimarului.

IV. Un sens și o semnificație aparte are obligația funcționarului public de a se conforma dispozițiilor primite de la superiorii ierarhici. Această obligație pune în discuție problema sistemului ierarhic al funcțiilor publice, astfel cum acesta este conceput și de Statutul funcționarilor publici, dar care rezultă, în mod implicit, și din alte legi speciale, care privesc organizarea și funcționarea autorităților și instituțiilor publice.

Problema subordonării ierarhice a funcțiilor publice se pune mai cu seamă în sfera administrației publice sau, mai exact, în sfera puterii executive, unde este necesară o unitate de acțiune între diversele structuri organizatorice care acționează pentru executarea legii. Subordinea privește atât subordinea între autorități sau instituții publice, cât și subordinea între funcționarii publici, care aparțin aceleiași structuri organizatorice. Ea se fundamentează, în cazul subordonării funcționarilor pe competența profesională și experiență mai bogată pe care le au, funcționării situați pe treapta superioară, în raport cu cei aflați pe trepte inferioare.

V. O altă obligație a funcționarilor publici este cea de păstrare a secretului de stat și a secretului de serviciu, în condițiile legii, precum și a confidențialității faptelor, informațiilor sau documentelor de care iau cunoștință în exercitarea funcției. Această obligație trebuie înțeleasă în corelare cu prevederile constituționale referitoare la dreptul de informație care instituie „dreptul persoane de a avea acces la orice informație de interes public”, care nu poate fi îngrădit, dar și cu cele care reglementează condițiile restrângerii exercițiului unor drepturi sau a unor libertăți.

În același timp, pentru că prevederile Statutului să aibă finalitatea corespunzătoare, ele trebuie corelate și cu prevederile legale care definesc noțiunea de a □ □ secret de stat”, „secret de serviciu”, și de „confidențialitate”, pentru a elimina eventualele interpretări subiective în această materie și a se delimita cu mai multă rigoare juridică limitele a obligațiilor funcționarilor publici. Ca atare, calificarea unor date și documente ca fiind a □ □ secret de stat” secret de serviciu” sau cu caracter confidențial, trebuie să rezulte din prevederi exprese ale legii sau, eventual în cazul celor din urmă, din regulamentele de organizare și funcționare ale autorităților și instituțiilor publice în cauză.

Această obligație nu mai subzistă dacă ea privește a □ □ informații de interes public” intrucat Statutul exceptează aceste informații de la cele nu pot fi făcute publice de către funcționarii publici.

VII. O altă obligație a funcționarilor publici este cea de rezolvare în termenele stabilite a lucrarile repartizate de superiorii ierarhici și de a nu primi direct cereri a caror rezolvare intra în competent lor sau sa discute direct cu petentii cu exceptia celor carora le sunt stabilite asemenea atributii si sa nu intervina pentru solutionarea acestor cereri.

Prima problema-îndatorirea de a rezolva în termenele stabilite, lucrarile, repartizate-nici nu ar fi fost necesar sa fie prevazuta expres deoarece tine de esenta oricarei functii . În plus ea nici nu epuizează conținutul material al funcției deoarece exercitarea atribuțiilor funcțiilor .

VI. Funcționarilor publici le este interzis să solicite sau să accepte direct sau indirect, pentru ei sau pentru alții în considerarea funcțiilor publice, daruri sau alte avantaje.

Această interdicție prin conținutul și semnificația ei este mai degrabă de natură penală, ea fiind prevăzută și de legea penală. Dacă ea este prevăzută și de Statutul funcționarilor publici, este numai sub aspectul legăturilor acțiunilor ce-i constituie conținutul cu funcția publică, neavând relevant dacă aceste acțiuni sunt săvârșite în timpul exercitării funcției sau în afară acesteia. Important este ca ele să fie în considerarea funcției pe care o deține funcționarul public. "

Pe plan penal, fapta îmbrăca forma și conținutul infracțiunii de luare de mită și este supusă regulilor penale nu celor disciplinare prevăzute de Statutul funcționarilor publici.

Presupune nu numai rezolvarea "lucrarilor repartizate",ci și multe alte însărcinări care nu sunt neaparat"lucrari repartizate".Prin urmare,funcționarii publici trebuie să execute și alte însărcinări,nu numai "lucrari"

Celelalte două aspecte - interdicția de a primi direct spre rezolvare cereri sau de a interveni pentru soluționarea lor ori de a discuta direct cu petentii -au drept rațiune ,pe o parte,protecția prestigiului funcționarului public ferindu-l de suspiciuni în săvârșirea actelor de corupție sau de favoritism ori trafic de inflenta iar,pe de altă parte,buna funcționare a raporturilor juridice dintre funcționarul public și șefii ierarhici care au dreptul de a aprecia cărui funcționar public din subordine să repartizeze o anumită lucrare (cerere) pentru rezolvare.

VII. Aceeași rațiune,adică protejarea prestigiului funcționarului public,a corectitudinii și moralității sale,il are și obligația prevăzută de Statutul funcționarilor publici,de a prezenta delaratiia de avere conducătorului autorității sau intitutiei publice,atât la numirea în funcție ,cât și la încetarea raportului de serviciu și de actualizare anuală a acesteia.

În prezent declarația de avere este instituită prin legea nr.115/1996 privind delararea și controlul averii demnitarilor,magistraților ,a unor persoane cu funcții de conducere și de control și a funcționarilor publici,astfel cum a fost modificată și completată .

Declarația de avere se depune la compartimentul de resurse umane din cadrul autorităților publice,instituțiilor publice sau după caz,al unităților din care fac parte.

Declarațiile de avere se publică pe paginile de internet ale autorităților și instituțiilor publice respective ori înMonitorul Oficial al României partea III.

Declarația de avere se actualizează anual atunci când cei în cauză dobândesc bunuri de natură celor care potrivit legii,trebuie cuprinse în declaratie,iar la încetarea activității se depune o nouă delaratie de avere.Neactualizarea declarației până la data de 31 decembrie sau nedepunea unei noi delcaratii pe termen de 15 zile de la data încetării activității ,conduce la declanșarea din oficiu a procedurii de control.

VIII .Ultima dintre îndatoririle funcționarilor publici prevăzută de Statut este aceea de respectarea întocmai a regimului juridic al confluctului de interese și al incompatibilităților, statornicite potrivit legii.

Situațiile care urmăresc conflictul de interese sau incompatibilității funcției publice apar ulterior ,în timpul deținerii și executării funcției publice.Este și motivul pe care Statutul funcționarilor publici o prevăd ca obligație a funcționarilor publici de a se conforma întocmai regimului juridic al conflictului de interese și al incompatibilităților.

3. Concluzii

Aspectele privind funcția și funcționarul public caracteristice altor sisteme de drept europene constituie adevărate modele pentru procesul de reformă și modernizare a funcției și funcționarului public din sistemul românesc. În sistemul românesc principale măsuri de reformă în ceea ce privește funcția publică și funcționarul public, dar nu numai, după 1989, s-au axat în principal pe crearea cadrului legal (adoptarea de acte normative), având în vedere lipsa reglementărilor care să surprindă noile realități în acest domeniu, și completarea acestuia, acolo unde a fost cazul. Măsurile de reformă în domeniul funcției și funcționarului public au vizat realizarea următoarelor obiective: elaborarea cadrului legal în domeniu, completarea cadrului legal în privința aspectelor care necesitau revizuire, dezvoltarea resursei umane prin asigurarea stabilității și depolitizării funcției publice, crearea unui corp de funcționari publici profesioniști, crearea unui sistem de dezvoltare a carierei funcționarului public și a unui sistem de formare continuă și de specialitate, precum și salarizarea adecvată a funcționarilor publici, crearea unor mecanisme și instituții de control ale aplicării legislației în domeniu de către instituțiile și autoritățile publice; asigurarea transparenței decizionale în activitatea administrativă. Până în prezent, după cum se reflectă aceasta din Rapoartele de țară elaborate de către Comisia Uniunii Europene, reforma administrației publice și implicit a

reformei funcției publice nu a constat doar în schimbarea legislației, în crearea unor departamente europene sau suprimarea altora. Cea mai importantă parte din această reformă constă în schimbarea mentalităților, a viziunii funcționarilor publici în ceea ce privește rolul lor în societate.

Procesul de reformă a administrației publice s-a desfășurat în vederea creării unui corp de funcționari publici profesioniști, sau mai precis în vederea atragerii tinerilor profesioniști bine pregătiți în administrația publică din România. În îndeplinirea acestui scop s-a luat măsura creării unei noi funcții publice specifice cu statut special, denumită manager public, care să beneficieze de un sistem de promovare specială și un nivel de salarizare motivant, a cărui componentă esențială o reprezintă înființarea și dezvoltarea unui corp profesioniști de funcționari publici, neutru și comparabil cu cel existent în țările Uniunii Europene. Progresul reformei este lent, iar impactul său în termeni practici este adesea contestat. Schimbarea își va atinge scopul doar dacă angajamentele factorilor de decizie de a susține reforma vor fi de durată. România trebuie să aibă un sistem administrativ competitiv pentru a se ridica la nivelul celorlalte state membre ale Uniunii Europene, de aceea reforma administrației publice și implicit reforma funcției publice este mereu un obiectiv important al fiecărui Guvern, iar această reformă este împiedecă că trebuie să înceapă cu cei care fac administrație, respectiv cu funcționarii publici.¹

Referințe bibliografice:

- Dana Apostol Tofan, Drept administrative, op. cit., ed. a 2-a, pp. 306-307
- Aton Trailescu, Drept administrative, Ed. All Beck, București, 2002
- Verginia Vedinas, Valori deontologice în viața publică, în “Reformele administrative și judiciare din perspectiva integrării europene” în Caietul științific al Institutului de Științe Administrative “Paul Negulescu”, nr. 7, Sibiu, Ed. Burg, 2005
- Mircea Preda, Drept administrative, partea generală, ed. a 4-a, Editura LUMINA LEX București 2006
- Antonie Iorgovan, Tratat de drept administrative, Vol I și II, Editura: C.H. Beck
- Verginia Vedinas, Drept administrative, ediția a VI –a și a VII –a revizuită și actualizată, Editura Universul juridic, 2012
- Vedinaș, V., „Câteva aspecte legate de privatizarea funcției publice”, Analele Universității din București, seria Drept, București, 1998.
- . Trăilescu, A., „Un alt punct de vedere asupra naturii juridice a raportului de serviciu”, 2000, Juridica, nr. 6.

* Cosma Madalina, Facultatea de Științe sociale și administrative, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; madalina06@yahoo.com. Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. univ. Diana Irina Deleanu

MOTIVAREA PERSONALULUI ÎN CADRUL UNEI SOCIETĂȚI – POLITICI DE PERSONAL LA S.C. KILLTEC SPORT ȘI AGREMENT ROMÂNIA S.R.L.

Adriana BODEA *

Abstract

O perioadă îndelungată de timp, obținerea profitului prin simpla comercializare a produselor, a reprezentat scopul principal al întreprinderilor, fără a se pune accent major pe resursele umane. Toți indivizii erau considerați asemănători, iar un bun muncitor era acela care facea exact ceea ce i se transmitea să facă.

Organizațiile publice aveau, au și vor avea la dispoziție resursa umană care este cea mai importantă și eficientă. Între resursa umană și personal există o diferențiere, dat fiind faptul că dacă se face referire la „personal” se iau în considerare angajații unei organizații ca fiind un factor definit și finit, în timp ce „resursa umană” se raportează la faptul că un individ poate crește și se poate dezvolta dacă i se creează condițiile optime.

Activitatea umană presupune un scop, o motivație în vederea atingerii aceluși scop dar și mijloacele umane și materiale care duc la realizarea lui. Resursa umană este nucleul în jurul căruia se determină nivelul de obținere a eficienței. Pentru asigurarea unui sistem de lucru optim, trebuie să se pună accent pe garantarea unui mediu de lucru favorabil, pe încadrarea individului într-un mediu profesional și social. Având în vedere că factorul de producție activ îl constituie munca, producția este generată de resursele umane din cadrul organizației. Astfel, se poate afirma că fiecare individ se comportă diferit, fiecare individ are propriile sale nevoi și interese, acțiuni și reacțiuni și de aceea existența teoriilor motivaționale care acordă importanță preponderentă a nevoilor oamenilor încearcă să explice de ce aceștia se comportă distinct în procesul de producție.

Cuvinte cheie: piața muncii, resurse umane, teorii motivaționale, recrutarea personalului, promovarea resurselor umane în organizație.

1. Introducere

“Motivarea este arta de a face oamenii să facă ceea ce vrei tu, pentru că ei doresc să o facă.”

Dwight Eisenhower

În viața individului, accentual pus pe rolul statutului pe care îl deține, reprezintă o caracteristică dominantă a culturii noastre. Foarte muți dintre noi, în calitate de membri ai unei societăți, dar mai ales a unei organizații, căutăm în mod constant criterii privind importanța poziției deținute.

Motivația este rațiunea de a face ceva, motorul oricărei acțiuni umane, ansamblul factorilor care îi determină pe indivizi să se comporte în diferite moduri. O persoană este ea însăși un sistem complex prins într-un alt sistem complex, acela al întreprinderii și mediului aferent.

* Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea “Nicolae Titulescu” din București; (e-mail: adriana.0419@gmail.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. dr. Liviu Radu (lradu@univnt.ro).

Motivația, componentă majoră a managementului, joacă un rol important în activitatea indivizilor, dat fiind faptul că inițiază și divizează comportamentul spre un scop care odată atins, determină satisfacerea unei necesități.

Se întâlnește des nefericita situație în care se aplică o soluție universală diverselor nevoi de motivare și de aceea este imperativ a nu se uita scopul pentru care politicile de motivare au fost inițial construite. De asemenea, implementarea deficitară a acestora poate avea efecte negative asupra percepției lor și implicit a implicării indivizilor în activitatea pe care o desfășoară.

2. Motivarea personalului

2.1. Definierea motivării

Conform definiției unanim recunoscute și acceptate, motivația „exprimă faptul că la baza condiției umane se află întotdeauna un ansamblu de mobiluri și anume trebuințe, tendințe, afecte, interese, idealuri, care susțin realizarea anumitor acțiuni, fapte, atitudini”. Motivația stabilește mobilurile interne, care pot fi înăscute sau dobândite, ale conduitei unui individ, indiferent că acesta le conștientizează sau nu, sub forma unor cauze externe personalității sau cauze interne¹. Așadar, mobilurile reprezintă o prioritate în vederea alegerii comportamentului prin intermediul căruia individul își poate asigura pe deplin motivația.

Motivația rămâne motorul conduitei individului, rațiunea care declanșează faptele, actele și reacțiile, întrucât îi orientează comportamentul.

În trecut, motivarea individului pentru muncă se limita la executarea precisă a ceea ce i se cerea, în timp ce, în zilele noastre omul acceptă autoritatea justificată, aceea care îi aduce ceva.

Din punct de vedere al concepției manageriale, pot fi desprinse două accepțiuni majore ale procesului de motivație și anume motivarea în sens restrâns și motivarea în sens cuprinzător (larg).

Prima accepțiune, cea în sens restrâns, are la bază viziunea clasică asupra organizației și a managerului care are în vedere numai salariații sau personalul firmei și constă în corelarea necesităților, aspirațiilor și intereselor personalului din cadrul organizației cu scopul de a realiza obiectivele și de a exercita sarcinile, competențele și responsabilitățile atribuite în cadrul organizației.

Motivarea în sens cuprinzător se bazează pe o viziune modernă asupra organizației și a managementului.

În realitate se probează următoarele axiome psihologice:²

- motivarea vizează întregul organism;
- motivarea apare ca un proces continuu cu trei faze fundamentale: declanșarea, însușirea și împlinirea;
- motivarea generează un anumit fel de comportament deoarece nu se poate întâlni comportament nemotivat.

Numai percepția umană determină varietatea comportamentelor. Astfel, fiecare individ în parte are propriul său sistem de apreciere a mediului care îl înconjoară și niciodată nu vor exista două persoane care să vadă, să perceapă un lucru la aceleași coordonate.

În literatura de specialitate motivarea este subiectul cel mai frecvent tratat, fiind o componentă majoră a managementului. În organizațiile contemporane, motivația a devenit și mai importantă, iar acest fapt se datorează necesității unei productivități ridicate, în ideea de a deveni competitive la nivel global. Reprezintă rezultatul schimbărilor rapide pe care le adoptă organizațiile.

Firma reprezintă celula economică de bază a societății în care se creează produse și servicii. Valoarea de întrebuițare se creează prin forța de muncă. Resursa umană este singura creatoare nu numai sub aspect economic ci și sub aspect spiritual, științific.

¹ A. Chircev, Al. Roșca ș.a. „Psihologie generală”, Editura Didactică și Pedagogică, Buurești, 1975, p.377

² P. Albou „Les motivations de la conduite economique”, Universite de Lille III, 1976, p 378

Accentuarea rolului resurselor umane nu semnifică însă o subevaluare a resurselor materiale, financiare și informaționale. Conceperea sistematică a firmei implică abordarea resurselor umane în strânsă interdependență cu celelalte resurse pornind de la obiectivele fundamentale la a căror realizare concură împreună, de la conexiunile de esență ce există între ele. Suprasolicitarea resurselor umane în detrimentul celorlalte afectează echilibrul dinamic al întreprinderii ce condiționează dezvoltarea sa profitabilă.

2.2. Principalele teorii motivaționale

În prezent există un număr important de teorii cu privire la abordarea problematicii complexe în domeniul motivațional.

Teoriile de conținut se bazează pe factorii interni, care sunt specifici unei persoane ce poate iniția, orienta sau stopa comportamentul ei. De exemplu un salariu atractiv, condiții bune de muncă și existența de relații prietenești cu colegii sunt factori importanți pentru majoritatea oamenilor. Nevoia pentru hrană sau nevoia pentru siguranța locului de muncă sunt de asemenea factori ce influențează oamenii și pot genera un set de obiective care vor motiva comportamentul oamenilor.

Psihologul Abraham Maslow a dezvoltat o teorie despre motivație care continuă să fie o referință în literatura de specialitate. De aceea, teoria fundamentată de el poartă denumirea de ierarhia nevoilor: nevoile fiziologice și de securitate (nevoi primare sau inferioare) și nevoile sociale, de stimă și de autorealizare (nevoi secundare sau superioare).¹ În viziunea autorului, viața se interpretează prin prisma satisfacerii nevoilor.

În lucrarea sa, "Motivation and Personality", Maslow a creat o clasificare piramidală a nevoilor pe 5 nivele, și anume:

- nevoile fiziologice - cele legate de supraviețuire, care includ: hrana, apa, oxigenul, odihna și îmbrăcămintea. În cadrul unei organizații, aceste nevoi sunt satisfăcute prin condiții de muncă ce permit existența;

- nevoile de securitate - cele legate de siguranța și stabilitatea unui mediu structurat și ordonat, iar aceste nevoi pot fi satisfăcute de siguranța postului și condiții de lucru sigure;

- nevoile de asociere - includ nevoi de interacțiune socială, afecțiune, companie și prietenie, și pot fi satisfăcute de posibilitatea de a interacționa cu alte persoane la locul de muncă; de obicei lucrul în echipă dezvoltă noi relații sociale.

- nevoile de stimă - includ dorința de apreciere și recunoaștere din partea altora și pot fi satisfăcute prin realizări personale, promovări, recunoaștere profesională, premii etc.;

- nevoile de autorealizare - sunt acele nevoi de creștere și dezvoltare a potențialului uman, fiind cel mai greu de satisfăcut, deoarece diferă de la individ la individ și în general este asigurată de posturi cu un mare potențial de creativitate și creștere.

Prin această ierarhizare, Maslow a evidențiat comportamentele diferite ale indivizilor care sunt determinate de nevoile neîmplinite, considerând că aceștia sunt motivați să-și satisfacă nevoile în mod sistematic, începând cu cele inferioare și continuând cu cele superioare

Clayton Alderfer a dezvoltat o altă teorie a motivației care se bazează tot pe nevoi: teoria ERD. Acest nume provine de la clasificarea în trei categorii a nevoilor:

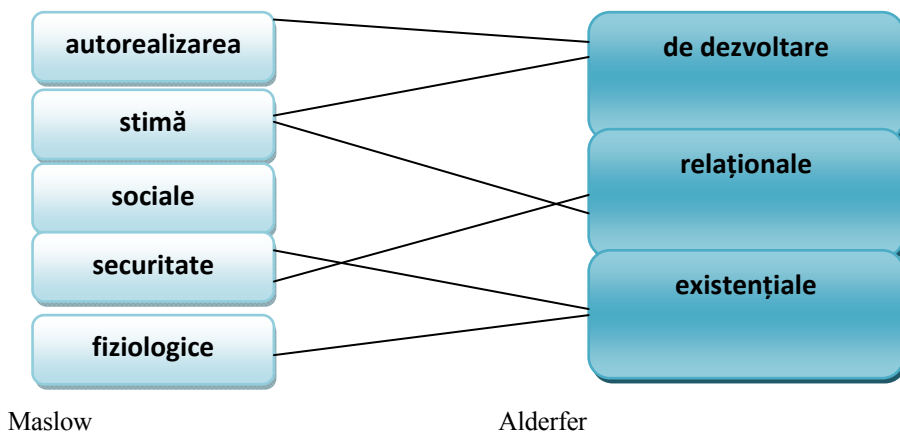
- nevoile existențiale corespund nevoilor fiziologice ale lui Maslow, dar și acele nevoi de siguranță care sunt satisfăcute de anumite condiții materiale. Acestea includ nevoi de hrană, adăpost, plată, recompense și securitatea muncii;

- nevoile relaționale corespund cu nevoile de asociere ale lui Maslow și cu acele nevoi de stimă, fiind satisfăcute de către comunicarea liberă și schimbul de sentimente și concepții cu ceilalți membri ai organizației;

¹ A. Maslow, „Motivation and Personality”, New York, Harper&Row, 1954

• nevoile de dezvoltare care corespund nevoilor de autorealizare ale lui Maslow și acele aspecte din nevoile sale de stimă care implică realizarea și responsabilitatea.

Figura 1. Corespondența între nevoi în abordarea celor două teorii: a ierarhizării și ERD



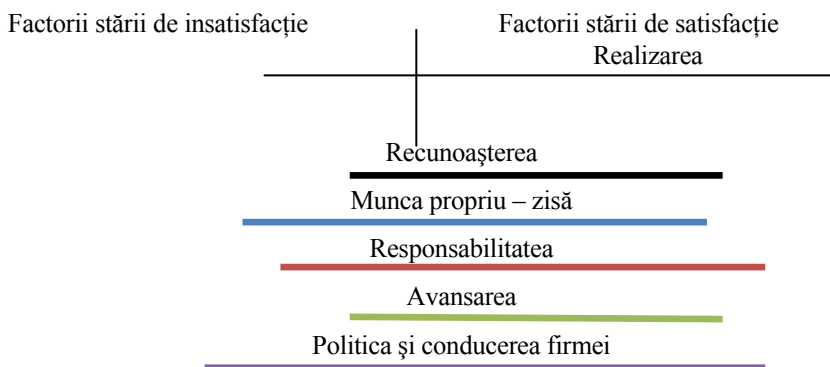
Sursa: „Managementul resurselor umane”, Viorel Cornescu, Cătălin Bonciu, Editura Trei, 1999

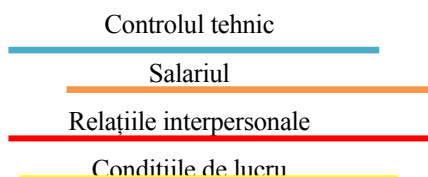
Alderfer susține teoria lui Maslow, afirmând că satisfacerea nevoilor de nivel inferior duce la creșterea cerințelor în vederea satisfacerii nevoilor de nivel superior.

Politica motivațională, bazată pe teoria ERD, este mai bogată în variante decizionale. Spre deosebire de teoria ierarhizării nevoilor, Alderfer considera întoarcerea la nevoile existențiale un exemplu de regresie, concretizat în frustrarea individului. Deci, managerul are la dispoziție posibilitatea obligării persoanei să se păstreze la nivelul nevoilor concrete sau să avanseze spre cele mai puțin concrete.

În urma unui studiu aplicat economiștilor și inginerilor, Friderich Herzberg a elaborat teoria biofactorială care include factorii intrinseci și factorii extrinseci care vizează relația mediu - muncă.

Figura 2. Relația factorilor de igienă și de motivație în modelul Herzberg





Sursa: „Managementul resurselor umane”, Viorel Cornescu, Cătălin Bonciu, Editura Trei, 1999

Psihologul David Mc Clelland s-a concentrat asupra nevoilor ce sunt dezvoltate de oameni pe baza experienței lor de viață și a afirmat că în cadrul unei organizații, există trei nevoi importante: nevoia de realizare, nevoia de asociere și nevoia de putere.

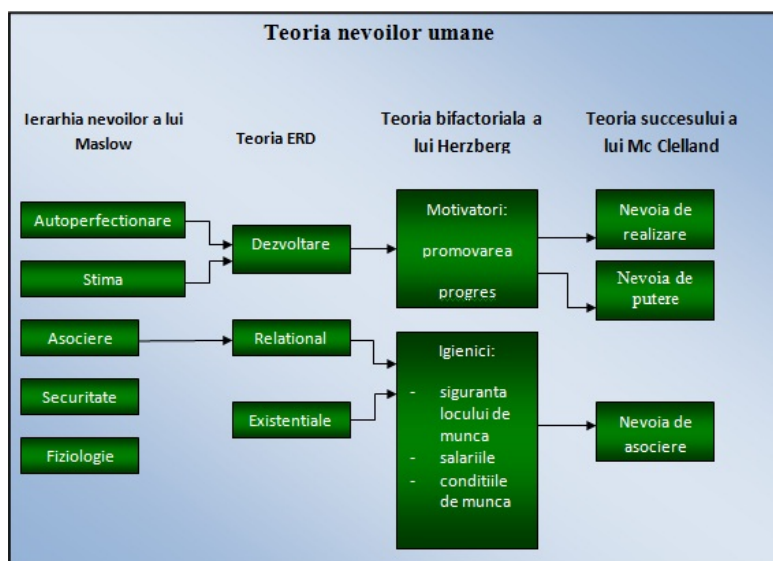
Nevoia de realizare vizează succesul, în condițiile în care majoritatea indivizilor văd în organizație șansa de a rezolva problemele dificile și de a excela în muncă. Persoanele cu astfel de nevoi caută munci dificile, ce dau sentimentul de competență, le place să preia riscurile și să realizeze scopuri moderate și doresc feed-back-ul asupra rezultatelor.

Nevoia de asociere exprimă dorința de a stabili și a menține relațiile personale, amicale, compatibile. Persoanele cu o astfel de nevoie caută sarcini care le dă posibilitatea să interacioneze cu alți indivizi, să lege relații, să comunice frecvent.

Nevoia de putere poate fi alimentată prin sarcini ce asigură anumite oportunități de a obține puterea. Astfel de indivizi au o dorință puternică de a-i influența pe ceilalți, având un impact mare și făcând impresie.

Puterea motivațională, în concluzie, se bazează pe o selecție atentă, departajându-se lucrătorii intens și constant motivați, oferindu-le totodată posibilitatea de a se afirma ca modele de urmat, datorită promovării performanțelor lor¹. Prin intermediul teoriei lui McClelland se poate explica foarte ușor motivația managerilor și, în general, a tuturor celor ce aspiră să devină cadre de conducere.

Figura 4:



Sursa: „Managementul resurselor umane”, Viorel Cornescu, Cătălin Bonciu, Editura Trei, 1999

¹ T. Zorlean, E. Burduș, G. Căprărescu, „Managementul organizației”, Editura Holding Reporter, București 1995, p.665.

Cele patru teorii de conținut ale motivației precizează concepte motivaționale de bază cum sunt: nevoile, succesele și motivarea prin utilizarea factorilor igienici. Principalele relații dintre aceste patru teorii sunt descrise în Figura. 4, de mai sus.

2.3. Motivația și comportamentul uman

Întotdeauna omul va căuta un echilibru atât timp cât va avea un scop de atins. Caută să se angajeze în activități tot mai dificile, își asumă noi responsabilități și respinge situațiile în care nu are nici o sarcină importantă de îndeplinit.

Motivația mobilizează subiectul pornind de la ceea ce vrea el însuși și este rezultatul unor determinări mai mult sau mai puțin conștiente. Nevoile sunt individuale și este dificilă motivarea într-un cadru global, fiind necesară comunicarea interpersonală și o observare permanentă din partea conducerii.

Motivația explică de ce energiile umane se îndreaptă în anumite direcții, care sunt cauzele și obiectivele. Fiecare individ poate fi motivat într-o singură manieră. Sistemul motivațional este direct legat de nivelul cunoașterii, depinzând de imaginea de sine și de oscilațiile sale.

Omul își poate dezvolta o puternică autonomie în procesul de motivare, dacă știe să se elibereze de exigențele biologice și de constrângerile mediului. Această eliberare depinde de importanța pe care omul o acordă diferențelor individuale, influențelor sociale și reglările aspectelor cognitive (curiozitate activă, nevoia de explorare, de percepție, de coerență).

În cadrul unei organizații, nivelul motivației este condiționat de ridicarea performanțelor indivizilor săi. Teoriile motivaționale apreciază ca principal motivator banul, care reprezintă instrumentul care asigură necesarul, strict sau extins al fiecărei persoane deoarece cantitatea de bani acordată unui individ îi permite satisfacerea nevoilor atât de nivel inferior cât și superior.

Alături de recompensele materiale se folosesc stimulente morale și împreună, aceste două categorii motivaționale constituie pârghiile cele mai utilizate care răspund exigențelor angajaților.

Politica salarială reprezintă componenta politicii organizației îndreptată spre asigurarea actuală și de perspectivă a drepturilor bănești, cuvenite angajaților, conform contractelor individuale și/sau de muncă care se încheie corespunzător prevederilor legale. Prin aceasta se realizează motivarea materială.

Politica salarială constituie un instrument esențial al managementului prin care se influențează activitatea unei întreprinderi, întrucât prin intermediul motivării materiale indivizii pot fi cel mai bine stimulați și antrenați în muncă.

Fiecare firmă adoptă o politică salarială în funcție de modul în care managerii percep influențele directe ale factorilor endogeni și exogeni ai pieței muncii¹. Aceștia vizează pe de o parte, asistența și protecția socială, iar pe de altă parte, piața bunurilor și pe cea financiar – valutară. Așadar, politica salarială decisă în interiorul unei organizații trebuie să răspundă unor principii științifice adaptate la necesitățile impuse de conjunctura economică a momentului.

Pentru ca politica salarială să-și probeze viabilitatea trebuie respectate cele mai importante principii ale politicii salariale, și anume flexibilitatea și individualizarea.

Flexibilitatea se definește în termeni de adaptare a masei salariale la specificul și calitatea activității. Aceasta are în vedere componenta variabilă a remunerației care poate fi colectivă sau personală.

Individualizarea face referire la practicarea unei salarizări în funcție de merit, favorizând motivația și revalorizând rolul ierarhiei și apare ca o prelungire a recompenselor personale flexibile, prin faptul că aprecierea muncii indivizilor este diferențiată încă înainte de demararea activității și se continuă pe măsură ce aceștia dovedesc calități distincte în legătură cu efortul fizic și intelectual, îndemânarea, responsabilitatea și condițiile de lucru.

¹ S.Perț (coord.), „Piața muncii în România – ocupare, flexibilitate, dezvoltare umană”, CIDE, București 1994, p.180

Orice politică salarială se înfăptuiește prin forme concrete de recompense și anume:

- directe: salariu, sporuri la salariu pentru condițiile de lucru, supraefort, ore suplimentare, vechime în muncă sau în organizație;
- indirecte: plata concediului de odihnă și a altor zile nelucrătoare, plata ajutorului de șomaj, plata pensiilor, plata dividendelor pentru acționari.

Primul și cel mai semnificativ pas pe care îl are în vedere managementul unei firme în retribuirea angajaților săi, este salarizarea, factor de care depind dimensiunile celorlalte recompense directe și indirecte. În formarea salariului de bază se ține seamă și de o serie de constrângeri de natură internă și externă.

În aproape toate organizațiile economice, salariul este confidențial, dar se atribuie în corelație cu dificultatea postului. De cele mai multe ori stabilirea salariilor brute se face pentru munca în condițiile prevăzute în contractele individuale.

Mulțumirea unui salariat la locul de muncă nu se rezumă la nivelul recompensei salariale. Frecvent, se înregistrează situații când câteva cuvinte încurajatoare au un caracter mult mai stimulator pentru indivizii cărora le sunt destinate. Astfel un bun manager trebuie să știe cum să-și motiveze moral subalternii, astfel încât printr-o folosire complexă și diferențiată a acestora să poată obține implicarea integrală a capacității umane în activitate.

În zilele noastre, recunoașterea meritelor angajaților este preferată de lucrători sub formă materială, dar nu se neglijează dimensiunea morală a motivării. Un conducător se poate folosi de anumite principii pentru aplicarea politicii sale de motivare morală:

- motivarea se folosește prioritar, individual, întrucât nu toți angajații au contribuții care să merite aprecieri;
- motivarea poate fi colectivă, dacă se evidențiază un grup de persoane, în mod comparativ, tocmai pentru a putea fi stimulate alte grupuri și antrenate în competiție;
- motivarea este corectă să fie diferențiată, deoarece fiecare salariat are contribuții diferite în activitatea grupului, pe de o parte și percepe distinct aprecierile celorlalți;
- motivarea trebuie aplicată gradual, în funcție de rezultatele obținute de individul căruia i se aplică;
- motivarea are valoare doar dacă se caracterizează prin oportunitate și promptitudine, astfel încât persoana care se urmărește a fi recompensată moral să nu piardă interesul pentru realizări profesionale superioare, ci să recepționeze mesajul șefului său imediat ce a atins performanța;
- motivarea se folosește în mod continuu, alternându-se componentele sale ori de câte ori o persoană merită stimulată moral.

2.4. Formele motivării

În funcție de elementul generator, motivația poate îmbrăca mai multe forme, care se clasifică în perechi opuse, două câte două.

- Motivația pozitivă și motivația negativă

Motivația pozitivă are în vedere creșterea eforturilor și contribuției personalului la realizarea obiectivelor firmei, pe baza amplificării satisfacției sale din participarea la procesul muncii ca urmare a realizării sarcinilor atribuite, în condițiile în care nivelul obiectivelor și sarcinilor de realizat este accesibil majorității salariaților, iar motivațiile utilizate preponderent asigură creșterea veniturilor salariaților, a moralului și a statutului lor corespunzător acestora.

Motivația negativă este produsă de folosirea amenințării, blamării, pedepsirii, a reducerilor de salariu și se asociază cu efecte de abținere, evitare, refuz. Prin faptul că generează frecvente insatisfacții la angajați, contribuie la un moral scăzut al acestora, la inhibarea lor și instaurarea unui climat organizațional tensionat.

- Motivația intrinsecă și motivația extrinsecă

Această clasificare are în vedere raportarea motivației la sursa ei producătoare.

Munca nu apare ca mijloc de dobândire a unor beneficii, ci reprezintă ea însăși un scop, constituindu-se și dezvoltându-se în procesul satisfacerii ei.

Fiind o relație între așteptările, percepțiile și simțămintele sale, motivația intrinsecă este centrată pe individ, și pe conținutul concret al muncii și comportamentului lui pe care le realizează nemijlocit. Salariatul participă la procesele de muncă, la realizarea anumitor obiective organizaționale pentru că îi place ceea ce face, îi sporesc cunoștințele, învață lucruri noi, se simte realizat profesional.

Pentru a motiva intrinsec, managerii trebuie să cunoască detaliat și aprofundat specificul fiecărui subordonat sau colaborator și să atribuie astfel de sarcini și să creeze condiții de lucru care să corespundă potențialului și așteptărilor fiecăruia.

Motivația extrinsecă depinde atât de ceea ce face și cum se comportă salariatul, cât și într-o măsură apreciabilă de abordarea organizației, de concepția, resursele, starea de spirit, comportamentul managerilor implicați. Acest timp de motivație se manifestă prin trăiri emoționale care pot fi pozitive sau negative. Astfel, se disting două tipuri de motive extrinseci: pozitive și negative.

Motivele extrinseci pozitive evidențiază obținerea unor beneficii ca urmare a practicării cu succes a muncii și includ: salariul mare, promovare, prestigiu social și profesional, facilități speciale (asistență medicală, locuință) etc.

Motivele extrinseci negative se referă la situații neplăcute pentru angajați, cum ar fi: retrogradare, concediere, teama de eșec sau de pierdere a prestigiului, critica, etc.

- Motivația cognitivă și motivația afectivă

În funcție de componenta personalității umane avută în vedere cu prioritate, delimităm aceste două categorii de motivație: cognitivă și afectivă.

Motivația cognitivă acționează dinăuntru proceselor cognitive (percepție, gândire, memorie, imaginație), stimulând activitatea intelectuală având în vedere latura, dimensiunea intelectuală a salariatului, axându-se pe satisfacerea nevoilor individuale de a fi informat, a cunoaște, învăța, inova, de a opera și controla mediul în care își desfășoară activitatea

Motivația afectivă are în vedere ca salariatul să se simtă bine la locul de muncă și în cadrul firmei, să fie apreciat și simpatizat de colegi, șefi și subordonați, să se bucure de prestigiu, toate având un rol precumpănitor.

Intensificarea motivării afective are la bază reconsiderarea salariatului abordat cât mai frecvent în complexitatea sa, cu accent pe valorificarea potențelor psihologice neglijate în mare măsură în perioada anterioară.

- Motivația economică și motivația moral-spirituală

Aceste două tipuri de motivație sunt partajate în funcție de natura mijloacelor utilizate pentru motivația personalului firmei.

Motivația economică reprezintă motivația realizată prin mijloacele clasice, ce vizează satisfacerea aspirațiilor de ordin economic al salariaților. Datorită aspirațiilor și așteptărilor pe care le are salariatul obișnuit într-o organizație care vizează satisfacerea necesităților sale economice, motivația economică are un rol decisiv.

Motivația morală vizează în primul rând sistemul lor de valori, atitudinile și comportamentele salariaților. În realizarea motivării moral-spirituale se ține cont de acordarea de către manageri a încrederii în salariați, exprimarea de mulțumiri și laude, efectuarea de evaluări a contribuției cu caracter general sau sub formă de critici, lansarea de avertismente, mustrări și invective, etc. Motivația moral-spirituală s-a dovedit eficace pentru toate categoriile de salariați din firmă, cu un plus de efect pentru manageri și specialiști.

3. POLITICI DE PERSONAL LA S.C. KILLTEC SPORT ȘI AGREMENT ROMÂNIA S.R.L.

3.1. *Prezentarea SC. Killtec Sport și Agrement România S.R.L.*

Documentele atestă existența S.C. Killtec Sport și Agrement S.R.L. din anul 1983, reprezentând o societate comercială cu răspundere limitată, cu capital propriu, care fabrică echipamente funcționale pentru sport, având o durată de funcționare nelimitată în timp, cu începere de la data înmatriculării la Registrul Comerțului, fiind administrată și reprezentată de o persoană fizică, cetățean german.

Sediul Social este stabilit în județul Ilfov, Afumați, Șoseaua Urziceni, nr. 149, având ca puncte de lucru următoarele orașe: Bacău, Brăila, București, Constanța, Craiova, Focșani, Galați, Iași, Piatra Neamț, Predeal, Râmnicu Vâlcea, Sibiu, Sinaia, Suceava, Târgu Mureș, Tulcea.

3.3. *Determinarea necesarului de personal și analiza activității de birotică a firmei*

Analiza postului este rezultatul studierii complexe a acestuia din punct de vedere al factorilor determinanți, al atribuțiilor, al condițiilor care să permită îndeplinirea obligațiilor și asumarea responsabilităților, al nivelului de pregătire profesională cerut ocupantului său, al cerințelor concrete impuse persoanei respective.

În funcție de specific (cerințe privind pregătirea, experiența de personalitate, aptitudinile indispensabile ocupantului) postul este supus unei evaluări prin care se preconizează complexitatea sa în comparație cu cea a altor posturi.

În ceea ce privește organizarea de secretariat a firmei, aceasta nu este încă în exclusivitate computerizată, astfel există două modalități de desfășurare a secretariatului: activitate manuală (mașină de dactilografiat, mașină de calcul manual, mașină de contabilizat și facturat, instrumente clasice stilou, pix, creion) și activitate automatizată (computere)

Prelucrarea documentelor se face cu ajutorul calculatoarelor cât și manual. Se preconizează prelucrarea și stocarea acestora pe calculatoare. Prelucrarea manuală a documentelor precum și stocarea acestora în formă fizică în filete încetinește fluxul și circuitele informaționale, dând astfel naștere unor fenomene nedorite.

Echipamente și programe de birotică utilizate în cadrul firmei sunt sistemul de operare Windows XP, în cadrul căruia se folosește suita de programe Microsoft Office (MS Word, MS Excel, MS PowerPoint, MS Acces) și WinMentor.

3.2. *Recrutarea și selecția personalului*

În procesul de elaborare a strategiei și planificării resurselor umane, recrutarea reprezintă o etapă de bază în vederea asigurării personalului, care necesită tehnici speciale, întrucât calitatea acestui proces condiționează performanțele viitoare ale firmei.

Recrutarea este un proces public prin care oferta de muncă devine cunoscută indivizilor interesați și prin care se caută, se identifică și se localizează candidații competitivi care corespund cel mai bine cerințelor și intereselor organizației.

Procesul de recrutare are trei concepte principale care definesc și structurează eforturile în vederea angajării candidaților care corespund postului scos la concurs:

- forța de muncă este un concept cadru ce creează o imagine despre populația candidaților la modul ideal și face referire la totalitatea indivizilor disponibili pentru secție;
- populația candidaților reprezintă segmentul forței de muncă ce este atins prin folosirea unei anumite strategii de recrutare;
- sub-populația candidaților aleși pentru selecție reprezintă grupul alcătuit din persoanele care răspund de facto la eforturile de recrutare ale organizației.

Selecția personalului, componetă a managementului resurselor umane, reprezintă un proces de alegere pe baza unui pachet de criterii bine definit, a celui mai potrivit și competitiv candidat în vederea ocupării unui post. Selecția urmează, în mod logic, procesului de recrutare.

Activitatea de selecție profesională se realizează la nivelul întreprinderilor, de către specialiștii laboratoarelor de psihologie, și pretinde o analiză atentă a profesiunilor care se practică în unitățile respective, stabilind o concordanță între caracteristicile acestor profesii și posibilitățile de ordin fizic, psihic și informațional pe care le prezintă candidații.

În mod normal, strategia de selecție presupune definirea riguroasă a criteriilor, stabilirea tehnicilor și metodelor de colectare a informațiilor, folosirea acestora în procesul de selecție și evaluarea rezultatelor și a eficienței selecției. Metodele de selecție sunt împărțite în două categorii și anume: metodele empirice care sunt bazate pe recomandări, impresii, modul de prezentare al candidatului în cadrul interviului și metodele științifice care se desfășoară în etape și presupun criterii științifice, tehnici și metode adecvate.

Societatea poate angaja personal cu contract de muncă, cu respectarea prevederilor Codului Muncii și regimului de asigurări sociale.

De obicei, selecția este precedată de preselecție, pe parcursul căreia se studiază și triază CV-urile. În cadrul firmei alegerea se face în funcție de criteriile prestabilite, iar din punct de vedere procedural se desfășoară la nivelul conducerii organizaționale sau în cadrul magazinelor prin procesul de interviuare.

Salariatul, nou angajat, va fi instruit și testat cu privire la riscurile ce le presupune noul loc de muncă și normele de protecție a muncii, pe care este obligat să le cunoască și să le respecte.

Prezentarea unui candidat pentru ocuparea unui post trebuie însoțită de curriculum vitae, diplomă și acte de calificare.

Privind societatea, obiectivul integrării noului angajat este:

- eliminarea postului vacant;
- crearea unei atitudini favorabile față de societate, astfel încât să își exprime dorința de a rămâne în cadrul acesteia;
- eliminarea suspiciunilor, barierele de comunicare și izolarea în raporturile cu ceilalți membri ai societății.

3.4. Promovarea personalului

O modalitate principală de valorificare a rezultatelor evaluării personalului o reprezintă promovarea sa.

În esență, promovarea definește ansamblul proceselor prin care se atribuie personalului din cadrul firmei, posturi situate pe un nivel ierarhic superior, precum și gradații sau clase mai mari în cadrul aceluiași post. Posturile obținute prin promovare încorporează, de regulă, sarcini și competențe, responsabilități calitativ superioare.

Criteriile de promovare a personalului sunt aceleași ca și la selecționarea sa: studiile, vechimea în muncă, postul deținut anterior și calitățile, cunoștințele, deprinderile și aptitudinile.

În firmele contemporane se manifestă trei tendințe principale a modului de utilizare a criteriilor de promovare:

- promovarea pe baza vârstei și a vechimii în muncă – prin aceasta se absolutizează rolul experienței angajatului, fiind specifică firmelor mici;
- promovarea pe baza rezultatelor în care se pune accent pe criterii de promovare verificabile, neatacabile, bazate pe comensurarea rezultatelor trecute, element deosebit de important pentru evitarea apariției de situații conflictuale;
- promovarea pe baza potențialului care are în vedere calitățile, cunoștințele și deprinderile personalului, abordate în evoluția lui.

Criteriile care stau la baza promovării în cadrul firmei sunt:

- modul în care subiectul este interesat de perfecționarea pregătirii sale;

- rezultatele în muncă;
- capacitatea de a decide;
- criteriul competenței profesionale.

4. Concluzii

În concluzie, utilizarea unei analize SWOT la S.C. Killtec Sport și Agreement Romaina S.R.L. ajută la modalitățile de obținere a informațiilor de la participanți în vederea stabilirii anumitor observații pentru a înțelege poziția strategică a organizației.

Analiza SWOT reprezintă o metodă de analiză a mediului, a competitivității și a activității economice a S.C. Killtec Sport și Agreement Romaina S.R.L. Cu ajutorul acesteia se pot determina schimbările și se pot elabora și implementa strategii optime în vederea asigurării prosperității firmei.

Punctele forte la S.C. Killtec Sport și Agreement Romaina S.R.L. sunt reprezentate de activitățile pe care firma le realizează mai bine decât firmele concurente, sau resursele pe care le posedă și care depășesc pe cele ale altor firme:

- având în vedere calitatea produselor, imaginea firmei este foarte bună;
- deși vechimea pe piața este una mică, firma și-a creat de-a lungul timpului clienți fideli;
- pentru activitatea pe care o desfășoară firma, resursele financiare sunt momentan suficiente.

Punctele slabe ale activității la S.C. Killtec Sport și Agreement Romaina S.R.L. reprezintă activități pe care firma nu le realizează la nivelul propriu celorlalte firme concurente sau resurse de care are nevoie dar nu le posedă:

- absența unor resurse umane specializate;
- vulnerabilitatea la presiunile concurenței.

Oportunitățile firmei S.C. Killtec Sport și Agreement Romaina S.R.L. reprezintă factori de mediu externi pozitivi, altfel spus șansele oferite de mediu, firmei, pentru a-și stabili o nouă strategie sau a-și reconsidera strategia existentă în scopul exploatarea profitabile a oportunităților aparute:

• creșterea rapidă a pieței pe care își desfășoară activitatea S.C. Killtec Sport și Agreement Romaina S.R.L.;

• existența unei cereri constante și chiar în creștere pentru produsele comercializate;

• posibilitatea de extindere a activității în comercializarea de alte produse care ar putea interesa piața;

- manifestarea unei stări de stagnare sau regres la firmele concurente.

Amenințările asupra activității la S.C. Killtec Sport și Agreement Romaina S.R.L. sunt factorii de mediu externi negativi pentru firmă, cu alte cuvinte situații sau evenimente care pot afecta nefavorabil, în măsură semnificativă, capacitatea firmei de a-și realiza integral obiectivele stabilite, determinând reducerea performanțelor ei economico-financiare:

- criza economică ce reduce posibilitatea de a beneficia de un credit bancar;
- reducerea veniturilor clienților;
- creșterea taxelor și impozitelor;
- puterea crescândă de negociere a furnizorilor și/sau a clienților.

Referințe bibliografice

• Cătălina Bonciu, “Introducere în managementul Resurselor Umane”. Universitatea din București, Editura CREDIS, 2007

• Manolescu, A. “Managementul resurselor umane”, Editura Economică, Editia a IV, București, 2003

• R. Emilian, G.Tigu, O. State, C. Tuclea “Managementul resurselor umane”, Editura Economică, București, 2004

• O. Nicolescu “Management”, Editura Economică, Ediția a III-a revizuită, București, 1999.

• E. Burdus, Gh. Caprarescu, A. Androniceanu, M. Miles “Managementul schimbarii organizationale”, Ed. Economica, Bucuresti 2000

ADMINISTRAȚIA PUBLICĂ LOCALĂ

Marius Cătălin COSTACHE¹

Abstract

Administrația publică locală reprezintă principală componentă a dezvoltării sectorului economico-social. Ea asigură satisfacerea interesului general, promovează și apără valorile sociale, reglementează raporturile juridice la nivel local.

Cuvinte cheie: descentralizare, deconcentrare, autonomie locală, uniunea europeană, principii, servicii publice

1. Introducere

Am decis abordarea acestei teme întrucât ea reprezintă o componentă sensibilă în bună funcționare a întregului sistem administrativ, și totodată în opinia mea pilonul principal în ceea ce privește dezvoltarea economico-socială a fiecărui stat. Ținând cont de faptul că Uniunea Europeană dorește dezvoltarea din punct de vedere economic, social și cultural, a fiecărui stat membru, va fi nevoie de un set de măsuri pe care România îl va aplica pentru a îndeplini aceste obiective, iar acestea vor face obiectul reorganizării administrative, și după părerea mea vor schimba fundamental principiile de funcționare ale statului.

Mi se pare un subiect sensibil și trebuie tratat la nivel intern dar și internațional, ținând seamă de contextual actual de evoluție. În opinia mea gradul de evoluție trebuie dat de trei mari indicatori: nivelul economic, rata de îndatorare publică și nivelul de cercetare – dezvoltare.

Am făcut referire la acești indicatori, deoarece rata de îndatorare publică este rar luată în considerare și ea de fapt, în realitate, influențează profund ceilalți indicatori de dezvoltare.

Sunt de părere că la baza întregii funcționalități a fiecărui stat, mergând până în teritoriu, acolo unde, primăria reprezintă cea mai importantă instituție, stau principiile de organizare și funcționare. Acestea trebuie să fie într-o continuă transformare, modificare, și să se adapteze cerințelor actuale.

Tema este actuală și va fi întotdeauna, pentru că aceste principii reprezintă baza evoluției fiecărui stat în parte. Un alt aspect care m-a făcut să abordez această temă și anume administrația publică locală este cel al gradului înalt care îl ocupă pe scara priorităților administrative. Sunt de părere că modernizarea întregului sistem administrativ și totodată corelarea acestui nivel de dezvoltare cu cel european trebuie să înceapă cu cel din zonă locală. O structurare eficientă din punct de vedere administrativ trebuie să înceapă din sfera administrației publice, deoarece o schimbare la nivel local, va genera modificări legislative aplicabile sistemului administrativ județean/municipal și mai departe la nivel central se vor lua măsuri serioase în ceea ce privește această schimbare.

Sunt de părere că o bună organizare și funcționare a oricărui sistem administrativ din oricare stat trebuie să pună accent pe o cât mai bună funcționalitate a sistemului administrativ local. Deoarece reorganizarea trebuie să țină cont de un principiu fundamental și în opinia mea este cel mai important; și anume, ca o structură administrativă solidă, compatibil funcțională cu celelalte structuri din cadrul ei trebuie să inițieze procedura de reorganizare administrativă de jos în sus, adică din planul local în cel central parcurgând toate etapele și reorganizând continuu până se ajunge la nivelul ierarhic superior, adică până în sistemul administrativ central.

¹ Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: dj.killa333@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea conf.Lector univ. drd. Diana Deleanu (dianadel@univnt.ro).

2. Conținutul propriu-zis al lucrării

Din punct de vedere etimologic termenul de administrație are proveniență latină, întrucât se compune din cuvintele "ad" care înseamnă la și minister care se traduce prin supus.

Din punctual meu de vedere, acest concept de administrație publică a fost conturat de-a lungul istoriei încă din cele mai vechi vremuri. Chiar și în timpul războaielor purtate de diverse colonii, existau anumite sisteme de organizare și funcționare a fiecărui teritoriu îmbinate cu anumite cutume foarte strict respectate de societatea în cauză. În cazul nerespectării acestor cutume, societatea reacționa și pedepsea încălcarea lor prin diferite metode, fapte, acțiuni, care se vroiau edificatorii pentru viitoarele nerespectări ale acestora.

Chiar dacă legile după care societatea funcționa și se dezvolta nu erau scrise, ele erau respectate în marea lor majoritate, fiind constrânși de autoritatea societății sau de autoritatea pe care o impunea conducătorul respective societăți.

Mai târziu, odată cu evoluția societății, s-a conturat conceptul de administrație, care înglobează diferite principii și ideologii privind modalitățile de conducere a societății, de îndrumare a acesteia în respectivele direcții care se vroiau a fi dezvoltate.

În timpul instalării regimului comunist, conceptul de administrație publică, a căpătat formă, s-au dezvoltat noi principii, și după părerea mea s-a insistat excesiv de mult pe ideea de creștere economică, în detrimentul recunoașterii și apărării drepturilor societății, dar și a fiecărui individ în parte. Trecând peste cele întâmplate în acel regim, societatea românească, cunoaște o nouă față a administrației, noi metode și tehnici de conducere, noi oportunități de dezvoltare, și multe alte reguli cu care democrația a apărut în întâmpinarea societății române.

Din punct de vedere personal, această instalare bruscă a democrației a fost un boom pentru societate, pentru că în acel moment ea nu era pregătită să absoarbă aceste noi reguli după care va funcționa. Fiind deficitară la capitolul informare publică, societatea romană îmbrățișează cu încredere anumite seturi de reguli și norme, dorind doar libertate, și recunoașterea anumitor drepturi.

În opinia mea odată cu revizuirea Constituției din anul 2003, sistemul social din România, cunoaște o nouă față a democrației și începe să înțeleagă anumite concepte privind administrația publică și autonomia instituțiilor.

După redistribuirea așa-zisei puteri la nivel central, s-a impus nemijlocit nevoia de a fi cât mai aproape de cetățean și conceptul de orientare a statului către cetățean și nu invers. Fapt ce a determinat apariția consiliilor și prefecturilor la nivel județean, dar și a primăriilor la nivel local, dorindu-se că statul să fie cât mai aproape de cetățean, să îi cunoască problemele pentru ai oferi soluții în rezolvarea acestora.

În prezent se folosește practica descentralizării, și a deconcentrației serviciilor publice, tocmai din această cauză. În trecut concept de administrație publică împreună cu toate practicile pe care acesta le întrunește, vine în întâmpinarea și în satisfacerea nevoilor, pe care cetățenii respectivului stat le prezintă. Este foarte important să existe o corelare a nevoilor între ceea ce dorește societatea și ceea ce poate oferi statul prin organisme sale.

În opinia mea dezvoltarea, continuitatea unui stat și bună funcționare a tuturor instituțiilor trebuie să țină cont de următoarele criterii: Întotdeauna la baza evoluției vor sta nevoile, dorințele și totodată factorii de influență. Ținând seama de afirmația de mai sus, în orice stat de drept evoluția se realizează în 3 faze și anume:

În primă fază nevoile administrative ale populației, se lovesc de instituțiile publice fie ele centrale sau locale. În acest prim-plan se observă dorința de evoluție, de reorganizare a populației, la care instituțiile administrative trebuie să răspundă afirmativ să țină seamă de aceste cerințe și să acționeze în temeiul legii, satisfacând doleanțele populației. În cea de-a doua fază, statul prin organisme pe care le înglobează, preia inițiativa și dorește el această schimbare, acționând în tocmai. În ultimă fază, influențele externe vor determina această evoluție sau reorganizare. În contextual actual în care România este stat membru al Uniunii Europene influențele externe sunt foarte puternice și vor juca un rol esențial în dezvoltarea statului, dar și a fiecărui individ în parte.

În concluzie, după părerea mea nu putem vorbi de o evoluție la nivel statal dacă nu sunt îndeplinite obiectivele de dezvoltare la nivel regional și dacă, întreaga societate prin fiecare individ în parte nu e pregătit să accepte aceea schimbare; în primul rând să o înțeleagă, să îi cunoască beneficiile și să fie de acord cu ea.

În cele ce urmează voi enumera și descrie trei dintre cele mai importante principii ale administrației publice locale, în contextul actual de evoluție, și conjunctura în care România se află. Unul dintre principiile fundamentale ale administrației publice locale îl reprezintă autonomia locală. Voi trata acest principiu în dublă perspectivă și anume:

A. Descentralizarea în contextul actual al Uniunii Europene; raportul cauză – efect

În sistemul de drept român, acest principiu al descentralizării, este consacrat atât la nivel, constituțional cât și la nivel legislativ, astfel legea 215/2001 stă la baza administrației publice locale iar legea cadru care reglementează întregul proces de descentralizare împreună cu principiile fundamentale sunt consacrate în legea 195/2006. Această lege a descentralizării presupune transferul de atribuții între sistemul administrativ central și local în linii mari, dar analizând-o mai în amănunt, țin să menționez că acest transfer de atribuții este doar de natură administrativă, competență în opinia mea nu este transferată ci ea este căpătată odată cu obținerea personalității juridice deoarece, autonomia instituțiilor în plan local este relativă și nu absolută. Pentru a-mi susține cele spuse mai sus menționez că în opinia mea, competența instituțiilor publice este generată de însăși autonomia lor. Această “libertate administrativă” conferită și recunoscută de administrația publică centrală, nu poate fi îngădită sau negată ulterior, întrucât entitățile care conduc aceste instituții în plan local sunt alese prin vot constituțional de însăși populația din zonă. Astfel se conturează ideea că statul nu e reprezentat sau format din instituții ci statul îl reprezintă întreaga populație.

Acest principiu de descentralizare a venit din nevoia de a acorda autonomie administrativă organelor locale. Prin acest amplu proces se înțelege nevoia statului de a fi mai aproape de cetățean și totodată autonomia instituțiilor care activează în teritoriu de a-și desfășura și organiza activitatea, de a coordona și înființa noi servicii în subordinea sa, astfel autoritatea centrală fiind mai liberă în a rezolva și a găsi soluții, privind sectoarele de activitate ce necesită o atenție sporită, și au nevoie de noi reglementări, privind contextual actual și cel viitor în care acestea își vor găsi locul.

În prezent pot afirma că statul, ca parte din întregul sistem European, îl concep că un mediu asupra căruia acționează diferiți factori, dar și alte medii. Mai precis, mediul social furnizează, mediului administrativ din România, impulsuri pentru că acesta prin instituțiile și autoritățile sale să realizeze proiectele de interes public, la care acesta este parte inițiatoră.

Având în vedere contextul actual în care România se află și anume cel de stat membru al Uniunii Europene, se face obligată de a respecta și de a avea inițiativa legislativă, ținând cont de tratatele semnate la aderare. Pentru a veni în completarea și în susținerea celor afirmate anterior voi spune că această descentralizare, în primul rând a instituțiilor, oferă posibilitatea de a atrage un volum mai mare de fonduri europene, prin programele oferite de Uniunea Europeană, astfel, fiecare zonă, administrată de o instituție a statului se poate dezvolta economic, cultural și social prin atragerea acestor fonduri. Această descentralizare nu face decât să vină în întâmpinarea cetățenilor.

Putem privi descentralizarea ca un regim juridic în care problemele ivite la nivel local numai sunt rezolvate de funcționari numiți în funcții publice ci de cei aleși direct prin vot individual, secret și liber exprimat chiar de locuitorii aceluși teritoriu în care respectiva instituție publică deține competența. Întregul sistem al descentralizării vine să înlocuiască aceea putere ierarhică, specifică centralizării cu cea a controlului de legalitate al actelor emise de aceste autorități care își desfășoară activitatea la nivel local sau în teritoriu.; respectându-se desigur principiul competenței ierarhice în raport cu celelalte instituții.

În literatura de specialitate noțiunea descentralizării este privită ca având două accepțiuni, și anume o accepțiune largă și una restrânsă.

În sens larg descentralizarea este privită ca un transfer de atribuții din plan central în plan local indiferent de procesul folosit. În sens restrâns, această descentralizare este strâns legată de anumite procedee care au condus la realizarea acesteia.

În primul rând vorbim de descentralizarea teritorială, procedeu inițial de la care a pornit întregul proces. Această descentralizare s-a realizat până la cea mai mică unitate administrativ teritorială și anume ; satul. Întregul procedeu constă în transferul de atribuții al nivelului central, către unitățile administrativ teritoriale împărțite astăzi la nivel, municipal, județean, orășenesc, comunal și la nivelul satului.

Al doilea procedeu de descentralizare este cel al descentralizării serviciului public, în cadrul căruia se realizează desprinderea unor servicii publice din competența centrală sau locală, conferindu-le personalitate juridică, acest procedeu mai fiind denumit și descentralizare tehnică pe servicii.

Aceste procedee cumulate generează și tău la baza întregului proces de descentralizare. Odată finalizată descentralizarea, produce efecte pozitive asupra statului și anume. Posibilitatea creșterii volumului de investiții la nivel teritorial, reprezintă un factor principal în dezvoltarea teritorială a unei zone. Statul prin acest proces transferă o parte din activitățile sale, din competența sa și totodată conferă autoritate decizională la nivelul teritoriului.

După părerea mea întregul proces ajută la dezvoltarea mai rapidă a statului, întrucât dacă o autoritate este mai aproape de cetățean, îi cunoaște nevoile, poate stabili mai ușor prioritățile zonei respective. Așadar România are nevoie în continuare de menținerea acestui sistem de descentralizare deoarece el generează și investiții conexe, investițiilor principale, astfel încât, o zonă mai puțin dezvoltată din punct de vedere economic se poate dezvolta dacă celelalte zone din jurul ei resesc să ducă la bun sfârșit campanii de investiții stabilite anterior.

În concluzie, descentralizarea privită ca principiu fundamental al administrației publice locale cât și ca procedeu sau tehnică de dezvoltare teritorială, demonstrează o maturitate legislativă din partea statului care pune în aplicare acest principiu.

B. Deconcentrarea serviciilor publice; beneficii și beneficiari

Acest principiu cunoaște o dublă reglementare, în sistemul juridic român și anume: O primă valoare constituțională recunoscută și consacrată în cuprinsul dispozițiilor art.120 alin(1) din actul fundamental care reglementează următoarele: "Administrația publică din unitățile administrativ teritoriale se întemeiază pe principiile descentralizării, autonomiei locale și deconcentrării serviciilor publice". Iar a doua reglementare o regăsim consacrată în legea administrației publice locale, 215/2001 în art 2 alin.(1), definită după cum urmează: „Administrația publică în unitățile administrativ teritoriale se organizează și funcționează în temeiul principiilor descentralizării, autonomiei locale, deconcentrării serviciilor publice (...)”

Țin să menționez faptul ca acest principiu al deconcentrării, cunoaște valoare constituțională abia în anul 2003 odată cu revizuirea Constituției, întrucât constituția adoptată în anul 1991 prevedea în cadrul art. 119 alin. (1) faptul că "Administrația publică din unitățile administrativ teritoriale se întemeiază pe principiul autonomiei locale și pe cel al descentralizării serviciilor publice".

Observăm ca ambele utilizează termenul de deconcentrare, ceea ce întărește ideea ca descentralizarea nu se putea realiza fără deconcentrarea serviciilor publice în cadrul instituțiilor administrativ locale.

Un aspect aparte al acestui principiu din punctul meu de vedere în reprezintă instituția tutelei administrative, mai exact prefectul despre care putem afirma ca reprezintă instituția exponentă acestui principiu de deconcentrare, dar cu toate acestea el nu îndeplinește caracteristica generală celorlalte servicii publice, întrucât el este numit în mod direct de către Guvern prin care acesta își exercită competențele sale specifice în teritoriu în baza art. 123 alin. (1) din Constituție care dispune următoarele: „ Guvernul numește un prefect în fiecare județ și în municipiul București ”

Atribuțiile prefectului, și notorietatea acestei funcții decurg din trecut, astfel încât în prezent, el are un ochi ațintit asupra activității administrației publice locale, și poate sesiza instanță de contencios administrativ cu privire la legalitatea unui act administrativ în situațiile în care acesta bănuiește ca ar exista o urmă de ilegalitate. Deconcentrarea presupune un transfer real de competențe astfel încât autoritățile deconcentrate sunt singurele competențe să adopte decizii în respectivele domenii.

Practic acest principiu nu face decât să creeze la nivel local, servicii, departamente, independențe oarecum față de propriile structuri de la care primesc finanțare, iar competența este transferată la nivelul acestora.

Această deconcentrare a serviciilor publice în opinia mea vine în completarea sistemului de descentralizare, creându-se astfel un sistem complex de eficientizare a activităților întreprinse de unitățile administrativ teritoriale. Odată cu această practică administrația publică locală cunoaște o expansiune din punct de vedere al numărului de funcționari la nivel local, sunt transferate competențele deținute la nivel central ținându-se cont de principiul subordonării ierarhice.

În concluzie aceste principii fundamentale, principiul descentralizării, principiul deconcentrării serviciilor publice alături de cel al autonomiei locale, constituie în opinia mea bază administrației publice locale, bază care la rândul ei trebuie să fie fundamentată serios de capacitatea, eficiența, eficacitatea și competența funcționarilor care asigură bună funcționare a acestora.

C. Autonomia locală privită în dublă perspectivă: ca principiu al administrației publice locale și ca factor principal în dezvoltarea teritorială a României în contextul european.

Autonomia locală ca principiu al administrației publice locale

Regimul juridic al autonomiei locale își are fundamentul în Cartea europeană a autonomiei locale adoptată la Strasbourg în data de 15 octombrie 1997, mai târziu această a fost ratificată prin legea 199/1997, care reprezintă cardul legal al limitelor autonomiei locale. De asemenea regimul general al autonomiei locale este reprezentat de legea 215/2001.

Acest principiu de autonomie conferă dreptul și capacitatea administrației publice locale de a soluționa și de a gestiona în numele și în interesul colectivităților locale nevoile, problemele și treburile publice în conformitate cu legile în vigoare.

Prin autonomie înțelegem, independentă, capacitate de funcționare, de care se bucură toate instituțiile publice la nivel local. Această autonomie nu este totală, ea ținând seamă de principiile ierarhice, de legile în vigoare, de regulamentele de organizare și funcționare și se obligă să respecte toate acestea.

Prin aplicarea acestui principiu statul vine în întâmpinarea cetățeanului prin crearea unor instituții la nivel local precum, primăriile, consiliile locale, județele, prefecturile, care nu fac altceva decât încercă dezvoltarea fiecărei zone în care acestea au competența. Acest principiu al autonomiei locale mai este denumit în dreptul comparat ca fiind principiul liberei administrări, iar în Constituția României revizuită în anul 2003 este consacrat în art. 120 alin.1. Autonomia locală, ca principiu ce fundamentează bună funcționare a administrației publice locale, este strâns legată de principiul descentralizării, consacrat și el de Constituție. Mai regăsim această noțiune și practica administrativă, autonomia locală, consacrată și în dispozițiile Cărții europene a autonomiei locale ratificată de România prin Legea nr. 199/1997 conform căreia: Principiul autonomiei locale, trebuie să fie recunoscut în legislația internă și pe cât posibil în Constituție.

Prin consacrarea acestui principiu în Constituția României și totodată recunoscut prin adoptarea diferitelor legi, s-a realizat prin intermediul descentralizării, în opinia mea nu doar transferul de putere, de organizare, de ” independentă teritorială” dar și un grad ridicat de responsabilitate și de răspundere în față legii, a autorităților administrativ teritoriale, privind practicile

administrative și gradul de legalitate al activității autorităților administrativ teritoriale. În opinia mea, am stabilit câteva efecte pozitive pe care le-a urmărit acest principiu, și anume:

În primă fază, cred ca, pentru ca orice societate sa funcționeze, sa se dezvolte, sa capete anumiți piloni serioși pe care ulterior se poate baza și își poate constitui propria politică de dezvoltare regională, are nevoie de finanțare și anume de bani, fonduri, colectate, primite sau atrase. Întrucât pe parcursul întregului an statul colectează taxe în diferite domenii de activitate, primește o anumită redevență, stabilită prin contractele de concesiune a bunurilor sau a diferitelor servicii s.a.m.d toate acestea devin venituri la bugetul statului, buget din care urmează sa fie cheltuiții banii colectați de-a lungul întregului an precedent. Pentru ca acești bani sa fie gestionați cât mai eficient, a fost nevoie de crearea unor instituții la nivel teritorial mergându-se până la cea mai mică unitate administrativ teritorială.

Aceste unități administrativ teritoriale însumate, fictiv desigur formează administrația publică locală. Odată înființate aceste autorități locale, ele au avut și au în prezent rol de colectare a taxelor și impozitelor, rol de gestionare a resurselor primite, și de valorificare a teritoriului în care această activează, dar și de cunoaștere și rezolvare a propriilor probleme și nevoi a societății de pe raza teritorială în care instituția publică își desfășoară activitatea.

Doresc în cele ce urmează sa prezint adevăratele avantaje ale acestui principiu de autonomie locală, dar și dezavantajele sau mai bine spus problemele care pot apărea și apar frecvent în teritoriu. Am sa prezint doar câteva din avantajele și problemele care apar în practică în ceea ce privește aplicarea acestui principiu, în spiritul legii care îl consacră.

Avantaje:

Un prim avantaj este reprezentat de o mai ușoară, mai eficientă și eficace gestionare în primul rând a resurselor financiare care vor duce inevitabil la dezvoltarea zonei în care autoritatea respectivă își are competența. Această posibilitate de gestionare a propriilor resurse din punctul meu de vedere reprezintă un mare avantaj, creat la nivel teritorial pe care autoritățile administrativ teritoriale trebuie sa îl exploateze la maxim.

Fiind actorul principal în bună gestionare a finanțelor primite, autoritatea administrativ teritorială trebuie sa acționeze asupra acestor bani în opinia mea ca un excelent investitor, bun manager, având în primul rând la bază rezolvarea problemelor fundamentale ale colectivității pe care o reprezintă, ca de exemplu crearea infrastructurii de drumuri, apă și canal pe următoarea treaptă trebuie sa se afle o viziune clară de dezvoltare a propriei zone, prin atragerea investitorilor și susținerea mediului de afaceri în aceea zonă, în conformitate cu prevederile legale, regulamentul european și nu în ultimul rând dezvoltarea regională.

În opinia mea după crearea acestei vizuni asupra propriei dezvoltări teritoriale, și stabilirea sectoarelor ce ar putea fi dezvoltate sau noi create în aceea zonă, instituția trebuie sa acționeze în acest sens, mai exact, sa treacă efectiv la căutarea și aducerea investitorilor în zonă.

O responsabilitate majoră în opinia mea prin crearea acestui cadru legislativ o reprezintă faptul ca instituția care colectează bani prin aplicarea normelor legislative votate în parlament, este direct responsabilă de bună gestionare a acestora și trebuie sa acționeze asupra lor, nu ca o instituție ce realizează aceleași cheltuieli anual pentru funcționarea acesteia ci ca un excelent vizionar implementând un management investițional și de stimulare a creșterii economice, și cea de creștere a volumului propriilor bani colectați.

Un al doilea avantaj major în opinia mea îl reprezintă faptul ca odată cu consacrarea acestui principiu cetățenii comunității respective își pot exprima propriile păreri, doleanțe, chiar în cadrul instituției, această fiind datoare a lua act de acestea, și de a găsi o soluție în rezolvarea acestora. Prin intermediul acestui principiu, statul practic nu face altceva decât sa vină spre cetățean, sa vină în întâmpinarea lui, a problemelor generale a colectivității, iar prin intermediul acestor instituții sa remedieze aceste disfuncționalități teritoriale.

În opinia mea cu cât statul prin instituțiile sale se apropie cât mai mult de o colectivitate anume, de un individ, fără ai îngrădii vrulul din drepturile consacrate în Constituție și nu numai, devine un bun mediator și gestionar al acestor probleme și îi este mai ușor în ale rezolva deoarece îi e aproape îi cunoaște nevoile, dorințele și va acționa în acest sens. Concluzionând ceea ce am spus mai sus, al doilea avantaj major îl reprezintă faptul ca statul prin instituțiile sale se implică în viața socială a acestuia, îl sprijină și se face responsabil pentru rezolvarea problemelor generale ale comunității respective.

Un al treilea avantaj major al implementării acestui principiu, și a acțiunii în spiritul legii ce îl consacră îl reprezintă faptul ca o parte din cetățenii acestui stat au avut și au în continuare posibilitatea sa acceadă într-o funcție publică, sa reprezinte o anumită comunitate, sa rezolve problemele acesteia. Practic statul prin aplicarea acestui principiu și înființarea acestor autorități locale a creat locuri de muncă și a dat posibilitatea oricărei persoane sa ocupe o anumită funcție publică, desigur îndeplinind cumulativ condițiile prevăzute pentru ocuparea funcției respective, dar și cunoașterea și respectarea legii funcționarilor publici. Sporirea acestui efectiv de instituții ale statului, creează inevitabil, și în rândul instituției de învățământ o ramură specială, care pregătește anual, noi posibili funcționari publici, deci acordă posibilitatea cunoașterii mediului administrativ de către fiecare individ interesat de această ramură. Iată cum un simplu principiu, la primă vedere un simplu transfer de putere, de la autoritatea centrală către autoritatea locală, creează o serie de efecte sociale, naște noi ramuri în sistemul de învățământ, iar fiecare individ în parte are posibilitatea de a cunoaște acest sistem și de ce nu a fi parte integrală din acesta.

Un ultim avantaj în opinia mea privit într-un mod obiectiv, este reprezentat de faptul ca prin înțelegerea corectă a acestui principiu și a noțiunii de autonomie locală, prin intermediul acestuia autoritățile din teritoriu nu se bucură de autonomie doar pe raza teritoriului în care această își desfășoară activitatea și mai precis pot colabora cu instituțiile vecine privind implementarea unui program de dezvoltare sau reabilitare.

Mai exact, la reabilitarea unui drum din interiorul unui județ, pot participa diferite instituții locale, dacă acel drum devine sau este important pentru ambele comunități. Practic acest principiu de autonomie locală nu îngreșește dreptul instituțiilor teritoriale de a coopera în realizarea, implementarea și finalizarea anumitor proiecte de interes general. Acest principiu a fost introdus pentru ca instituțiile administrativ teritoriale sa rezolve problemele generale ale comunității pe care o reprezintă și sa acționeze în spiritul legii, având ca obiectiv final satisfacerea nevoilor generale.

Aș dorii sa concluzionez importanța tuturor aceste avantaje pe care principiul autonomiei locale le conferă, afirmând următoarele:

În primul rând nu puteam vorbi de autonomie locală și de reprezentare corectă, echitabilă și transparența în teritoriu a comunității și a nevoilor acestora dacă autoritățile administrativ teritoriale care își desfășoară activitatea în teritoriu nu erau alese prin vot liber, secret, egal, direct și universal chiar de locuitorii comunității pe care instituția respectivă o reprezenta. În cazul în care erau numiți în mod direct de către autoritatea centrală, persoanele ce vor face parte din aceste instituții teritoriale, urmând sa acționeze, sa conducă respectivele instituții sub umbrelă principiului autonomiei locale, evident nu mai puteam vorbi de autonomie locală.

Am prezentat această ipoteză pentru a scoate în evidență faptul ca autonomie locală nu înseamnă doar, transfer de putere, competența, responsabilitate, s.a.m.d ci trebuie sa vorbim la modul clar ce reprezintă un nivel de reprezentativitate. Urmând firul logic al acestui principiu ajungem la următoarea concluzie: Nucleul acestui principiu îl reprezintă în opinia mea, reprezentarea corectă în teritoriu a cetățenilor, și anume: Autoritatea centrală, este aleasă de locuitorii statului român.

Administrația statului român o împărțim în administrație publică centrală și locală. Întrucât se conferă autonomie și administrației publice centrale, iar această la rândul ei reprezintă voința populației exercitată prin vot liber, egal, secret, direct și universal, această prin procesul de descentralizare creează instituții la nivel teritorial, cu scopul reprezentării, reprezentare ce nu se putea

realiza corect decât în condițiile în care locuitorii propriului teritoriu își aleg prin același tip de vot, drept înscris în Constituția României, proprii conducători ai acestor instituții.

În opinia mea în prezent instituțiile din teritoriu și anume primăriile, consiliile județene acționează în dublu sens, și anume: în primă fază ca un tampon asupra problemelor generale ale colectivității încercând și reușind totodată sa le rezolve, iar în a doua fază ca un filtru privind problemele și nevoile sociale întrucât, dacă instituția din teritoriu nu poate rezolva problemele ivite, se poate adresa autorității ierarhic superioare, sau în unele cazuri competența în rezolvarea respectivei probleme, creinduse un filtru între problemele ivite în teritoriu autoritatea administrativ teritorială și autoritatea ierarhic superioară sau competența, ce vine în rezolvarea respectivei probleme. Astfel descoperim un rol pe care îl deține autoritatea locală și anume de intermediar, sesizarea problemele apărute pe raza teritoriului în care respectiva instituție își desfășoară activitatea.

Dezavantaje: (probleme apărute frecvent în teritoriu în ceea ce privește înțelegerea practicii autonomiei locale)

În opinia mea aș privii acest principiu al autonomiei locale, nu doar ca un simplu principiu ce trebuie respectat, ci ca o complexă practică administrativă ce înglobează la rândul ei o serie de tactici, strategii însoțite de o viziune clară asupra sectoarelor ce trebuie dezvoltate în respectiva zonă și totodată o abilitatea “speculativă” din partea instituțiilor administrativ teritoriale cu privire la identificarea oportunităților și valorificarea acestora, acțiune ce va conduce la dezvoltarea zonei, la o stabilitate social-economică, și va genera inevitabil investiții conexe ulterioare.

Ca prim dezavantaj în cea ce privește descentralizarea instituțiilor statului în teritoriu în opinia mea îl reprezintă intensificarea birocrăției, fapt ce determină o mai greoaie funcționare a activității acestor instituții, întrucât funcționarea acestora în teritoriu nu se bazează pe autonomie totală ci, din contră sunt exercitate controale asupra legalității activităților acestora. Practic odată conferită această autonomie locală asupra activității și funcționalității respectivelor instituții administrativ teritoriale, ea trebuie supravegheată, controlată, și în unele cazuri sancționată.

În opinia mea legea administrației publice locale trebuie sa fie cât mai simplă, clară, ușor de înțeles, sa nu lase loc de interpretări iar competențele institutelor din teritoriu trebuie definite clar, fără ca acestea sa între în conflict una cu cealaltă. Orice proces de reorganizare teritorială din punct de vedere administrativ sau de ce nu o reformă administrativă, trebuie sa organizeze întregul sistem astfel încât sa funcționeze mai rapid, sa fie mai eficient și eficace, mai ușor de înțeles decât cel precedent, în concluzie sa fie aibă randament. E de înțeles ca fără un set de norme clare, care sa reglementeze, întreaga activitate a instituțiilor din teritoriu și sa delimiteze clar liniile de competența nu se poate realiza o bună funcționare a acestor instituții din teritoriu și nu se va înțelege niciodată clar capacitatea efectivă a acestui principiu de autonomie locală. În opinia mea de fiecare dată pentru ca aplicarea unei legi sa se realizeze eficient, trebuie invocat și respectat spiritul legii, și sa se acționeze în acest sens. Într-un cuvânt, “ Legea administrativă a fost scrisă pentru a fi respectată în unanimitate, nu pentru a fi aplicată / impusă.”

Un al doilea dezavantaj, sau mai bine spus un alt efect cu tentă negativă din punct de vedere financiar îl reprezintă controlul asupra activității financiare a respectivei instituții din teritoriu. Nu neg faptul, ca pentru o mai eficientă gestionare a fondurilor publice, statul are nevoie de un organism care sa execute controlul asupra modului în care banii publici a fost cheltuiți; dar, problema reală care apare de foarte multe ori este aceea ca instituțiile din teritoriu termină anul financiar de execuție cu un deficit mare, în unele cazuri depășind pragul admis.

Ceea ce vreau sa spun este ca acest organism care se vrea a fi de control, în opinia mea este doar un organism de constatare a activității economico-financiară a respectivei instituții. În primă fază instituțiile realizează deficit bugetar, în unele cazuri nejustificabil, iar ulterior stau cheltuite o serie de resurse financiare, nu pentru a controla activitatea acestor instituții, ci pentru a constata aceste pierderi financiare. Putem vorbi de control economico-administrativ, în cazul în care acesta se realizează frecvent, nu doar anual. În opinia mea dacă vorbim de păstrarea acestui sistem

administrativ, o soluție eficientă ar fi următoarea: crearea unui sistem informatic de înregistrare și monitorizare a bugetului fiecărei instituții.

De exemplu dacă vorbim de o primărie a unui oraș, această să execute tranzacții financiare exclusiv prin intermediul trezoreriei, astfel încât primăria să funcționeze și să finanțeze diferite activități doar prin intermediul a unor înscrisuri (sume reale vărsate din contul trezoreriei, tranzacție înscrisă în contabilitatea primăriei în baza chitanței eliberate în cadrul trezoreriei). Ceea ce vreau să spun este faptul că instituțiile din teritoriu și nu numai, să lucreze doar pe baza înscrisurilor trezoreriei, fără a mai avea acces la banii efectivi, palpabili. Astfel va avea loc o activitate onestă și o cheltuire total transparentă a fondurilor publice.

Aș dori să închei seria de efecte ușor negative asupra populației, ce o aduce această descentralizare a instituțiilor statului privind problema autonomiei locale, și felul cum este ea înțeleasă, tratând două aspecte ce au ca nucleu principal, numărul acestor instituții și capacitatea economico-administrativă a acestora. În primul rând realitatea arată că o deficitară gestionare a fondurilor și o incapacitate a instituțiilor de a dezvolta teritoriul în care își desfășoară activitatea ducă la creșterea semnificativă șomajului în acea zonă. Vorbim practic de imposibilitatea colectării taxelor și impozitelor din acea zonă datorită incapacității instituției respective de a crea locuri de muncă, de a stimula investițiile în acea zonă, de a spori numărul agenților economici.

Practic în această situație din punctul meu de vedere instituția din acea zonă nu realizează randament, practic cheltuie din fondul public fără a compensa într-un fel lipsa colectării taxelor și impozitelor. În opinia mea zonă respectivă, într-o astfel de situație, din păcate reală și întâlnită în România intră într-o așa-zisă zonă gri! Autonomia locală ca factor principal în dezvoltarea teritorială a României în contextul european.

Putem privi acest aspect din dublă perspectivă și anume: în primul rând vorbim de autonomie în contextul european, privind dezvoltarea teritoriului și totodată autonomie în ceea ce privește dezvoltarea diferitelor zone în același context european dar fără a utiliza resurse financiare externe.

Mai exact în primă fază o instituție locală, o primărie, consiliul județean etc, își poate dezvolta propria zonă în care această are competența accsând fonduri europene prin intermediul diferitelor programe de finanțare. Este limpede că pentru a crește nivelul economic în respectiva zonă și totodată ca efect imediat reducerea sau chiar combaterea șomajului în linii foarte mari, e nevoie de o strategie pe termen mediu și lung foarte bine pusă la punct în care trebuie să fie prevăzută clar atragerea de fonduri europene, prin crearea unor proiecte cu finanțare externă care să vizeze, să urmărească atragerea investitorilor în zonele respective, sprijinirea IMM-urilor, încurajarea producției. Desigur această strategie nu poate fi atinsă fără crearea unui cadru legal, favorabil ambelor părți, atât din punctul de vedere al instituțiilor cât și din punct de vedere al potențialilor investitori.

Sunt de părere că această autonomie locală, nu vine ca un avantaj pentru instituții, ba dimpotrivă ea se transformă într-o responsabilitate enormă față de cetățenii respectivei zone și trebuie să se materializeze, să fie transpusă în teritoriu, astfel încât toată activitatea unei instituții publice să fie reflectată în teritoriu. Pe cale de consecință, la nivel local deficiențele economice dintr-o zonă oarecare sunt în mare măsură responsabilitatea instituțiilor care activează în zonă respectivă. Având în vedere poziția psihologică și nu numai pe care o ocupă România la nivelul Uniunii Europene privind dezvoltarea teritorială, pot afirma că această surclasare, ne conferă o reală șansă de a ne dezvolta sectorul economic și de a crește numărul investițiilor, de a scădea rata șomajului pe teritoriul României.

În a doua fază vorbim de autonomie locală ca factor principal în dezvoltarea propriei zone prin intermediul investițiilor directe create de instituția însăși din propriile resurse financiare, sau prin înaintarea proiectelor de investiții, instituțiilor ierarhic superioare, responsabile cu distribuirea bugetelor anuale. Această măsură, poate fi adoptată de fiecare primărie de exemplu, prin introducerea respectivei inițiative investiționale, prevăzută în bugetul ulterior.

Desigur această măsură are cele mai mari costuri, dar reprezintă o baza solidă în dezvoltarea respectivei zone, și va genera odată cu începerea activității resurse bugetare pentru instituția responsabilă cu proiectul investițional.

În această situație, primăria, ca inițiator al proiectului de investiții, din propriul buget plus resurse financiare atrase de la bugetul central, va trebui să acționeze ca un agent privat și anume să gândească în așa fel, încât să realizeze profit în cel mai scurt timp, folosind minimul de resurse disponibile. Mai exact va avea nevoie de o echipă de management bine pregătită, capabilă să gestioneze atât ulteriorul profit, dar să știe să gestioneze și problemele delicate, care vor apărea pe parcurs.

În concluzie, trebuie menționat faptul că acest principiu de autonomie locală conferă o sferă foarte largă de acțiune unităților administrativ teritoriale, ele fiind responsabile în foarte mare măsură în opinia mea de starea economico-socială a fiecărei zone.

3. Concluzii

În final, aș dori să menționez câteva propuneri de legi, inițiative legislative care în opinia mea vor genera efecte pozitive atât la nivel social dar și economic, valorificând anumite resurse pe care România le deține, în conformitate cu normele Uniunii Europene dar ținând cont și de procesul de dezvoltare durabilă.

Înainte de a enumera aceste inițiative aș dori să expun câteva dintre concluziile asupra sistemului de administrație publică locală.

Din punct de vedere organizațional, România în opinia mea și-a creat un cadru legislativ și instituțional destul de bine pus la punct, dar din păcate nu asimilează și nu implementează conceptul informatic în administrație. Se simte nevoia de o mai bună gestionare a întregului sistem de o eficacitate sporită, de folosirea anumitor baze de date comune, eliminându-se astfel birocrăția reală, care de-a lungul timpului a demonstrat faptul că nu face altceva decât să îngreuneze activitatea unităților administrativ teritoriale, dar și a fiecărui funcționar public în parte.

O primă inițiativă legislativă, care, în opinia mea va genera beneficii enorme asupra bugetului central, asupra bunăstării societății, și de ce nu și a reducerii ratei șomajului dar și a celei de asistență socială.

Prin intermediul acestei inițiative aș dori următoarele: corelarea sistemului de asistență socială cu cel agricol. Mai exact practicarea și valorificarea resurselor agricole pe teritoriul României prin intermediul persoanelor, ce beneficiază de asistență socială și nu numai, într-un cuvânt sectorul populației care dorește să lucreze, este sărac, trăiește în mediul rural, și nu este pregătit din punct de vedere profesional.

Din păcate acest lucru este o realitate; am pornit de la faptul că 50% din populația României trăiește în mediul rural, iar o bună parte din acest procent primesc ajutor social, în condițiile în care și-ar dori să lucreze legal cu carte de muncă, iar mai târziu pot beneficia și de pensie, dar și de asigurare medicală pe tot parcursul desfășurării activității în mediul agricol.

În prezent foarte puțini practică agricultură la scară mare, cei mai mulți practicând agricultura de subsistență. În această situație statul, trebuie să intervină prompt și să reglementeze această problemă, în opinia mea astfel:

La nivel județean, se va înființa o "Asociație agricolă județeană" care va fi responsabilă în primă fază cu "angajarea și menținerea evidenței" personalului ce va lucra în terenurile arabile, și vor valorifica potențialul agricol din județul aferent fiecărei Asociații agricole județene.

În a doua fază, va avea ca atribuție

- plata subvențiilor agricole către proprietarii, care își vor arenda terenul pentru a fi valorificat agricol, urmând ulterior,

- odată cu luarea în evidență a acestor proprietarii să beneficieze de respectivele cereale la un preț redus,

- fiind scutiți de plata impozitelor pe respectivele terenuri, în raport cu suprafața arendată

- vor fi scutiți de la plata impozitelor per/animal, primind subvenții dacă dezvoltă activitate în sectorul animal.

Prioritate de angajare în acest sector vor avea persoanele asistate social, cu capacitate efectivă de muncă, familii care au în întreținere mai mult de 2 copii, iar venitul mediu pe cap/membru de familie este mai mic de 200 de Ron inclusiv.

Proprietarii acestor terenuri, nu vor trebui decât să-și exprime dorința, după ce statul împreună cu ajutorul unităților administrativ teritoriale, vor lansa și vor susține această campanie de arendare a terenurilor, prezentând beneficiile numeroase de care aceștia vor dispune dacă vor achiesa la această.

Proprietarii nu trebuie decât să vină la cea mai apropiată instituție publică (primărie) și să încheie cu această un contract de închiriere în care vor fi menționate toate aceste clauze, beneficii, perioada minimă contractuală, 5 ani! Perioadă pe parcursul căreia proprietarul va încasa subvenția, un anumit procent din producție, iar subvenția va crește progresiv odată cu creșterea numărului exporturilor și nu numai.

În opinia mea este o soluție viabilă, se va reduce semnificativ numărul șomerilor, celor asistați social, și a familiilor cu deficiențe financiare, va crește semnificativ bugetul primăriilor, de exemplu, datorită faptului că acestea nu vor mai prevedea în buget un număr așa mare de asistați social, va crește cererea la nivelul întregii țări, PIB-ul de asemenea, va scădea rata de îndatorare publică, iar România va reapărea în peisajul exportatorilor principali pe teritoriul Uniunii Europene. România, ca stat, sau fiecare unitate administrativ teritorială va fi capabilă să acceseze fonduri europene privind dezvoltarea și valorificarea resurselor din sectorul agricol.

Este o măsură ce va trebuie abordată într-un fel, deoarece potențialul agricol al României este enorm, și nu trebuie să lăsăm influențele externe sau firmele cu capital străin să pătrundă în acest sector și să devină proprietari legali pe teritoriul României peste aceste terenuri cu potențial enorm. Se pierd fonduri enorme la bugetul central și nu numai, iar prețul cerealelor și alimentelor fabricate cu ajutorul acestor cereale e din ce în ce mai mare, iar prin această măsură se vor combate toate acestea.

Referințe bibliografice

- A. Iorgovan, Tratat de drept administrativ, vol II, ed.4, Ed. All Beck, Bucuresti, 2005
- I.Deleanu, Drept Administrativ II, suport de curs, Ed. Pro Universitaria, Bucuresti, 2005
- Constitutia Romaniei, cu modificarile si completarile ulterioare prin revizuirea din 31 octombrie 2003
- Legea nr. 215/2001, actualizata si republicata
- Legea 195/2006, Monitorul oficial, partea I 453, cu modificarile si completarile ulterioare
- <http://www.descentralizare.gov.md/libview.php?l=ro&idc=249&id=1056>, Articol – Programul Comun de Dezvoltare Locala Integrata trece la o etapa noua de implementare, 21.03.2013

CONTRACTUL DE CONCESIUNE

Daniela BIRU*

Abstract:

Concesionarea bunurilor publice, își are originea în Antichitate, în dreptul public roman, dar bazele instituției proprietății private pot fi găsite în Epoca Medievală.

Concesiune este văzută ca reprezentând o formă de exploatare a serviciului public, în care o parte privată își asumă riscurile de exploatare și gestionare a activităților de servicii în schimbul dreptului de a percepe taxe pentru serviciile lor.

Cuvinte cheie: *concesiune, contract, concesionar, act administrativ de gestiune, concedent.*

Introducere

În calitatea sa de contract administrativ, contractul de concesiune, a apărut și s-a dezvoltat în perioada statului liberal de la sfârșitul secolului al XIX-lea și începutul secolului al XX-lea, din jurisprudența Consiliului de Stat din Franța, fiind strâns legată de noțiunea de domeniu public, respectiv de lucrări sau de servicii publice.

În mod clasic, concesiunea a fost *definită* ca un mod de gestionare a serviciilor publice prin care o autoritate publică denumită *concedent* însărcinează pe un particular- cetățean sau societate comercială - denumit *concesionar*, printr-o convenție încheiată cu acesta, să facă să funcționeze un serviciu public pe cheltuiala și riscul acestuia din urmă. Concesionarul trebuind să achite concedentului și o sumă de bani denumită *redevență*. Acestea fiind spuse, contractul de concesiune își marchează de la bun început locul său în dreptul public ca un contract administrativ și formă juridică de realizare a gestiunii de bunuri ale domeniului public, servicii publice, activități sau lucrări de interes public, sau altfel spus își aduce contribuția la buna funcționare a statului.

Prin lucrarea de față, încercă să se facă o analiză asupra acestui subiect atât de important și de discutat pentru țara noastră, care trece printr-o perioadă grea de tranziție la economia de piață, fiind "îngenunchiată" și de recesiunea în care ne aflăm, deoarece concesiunea a jucat un rol foarte important în crearea și dezvoltarea statului modern.

Scopul acestei lucrări este cel al cercetării contractului de concesiune sub toate aspectele pentru a identifica locul contractului de concesiune, ca instrument al administrației publice de realizare a atribuțiilor și de a-i evidenția importanța în satisfacerea intereselor cetățenilor. Acest scop se impune și prin faptul că, în prezent, serviciile publice nu satisfac pe deplin necesitățile populației (poate și pentru faptul că cetățenii cer tot mai multe servicii din partea statului) deoarece bugetul statului și cel al unităților administrativ-teritoriale este destul de "sărac", având în vedere situația în care se află țara noastră. Prin urmare, trebuie găsite și alte căi de realizare a sarcinilor statului, de satisfacere deplină și calitativă a necesităților vitale ale populației. Statul trebuie să fie în măsură să aducă la îndeplinire sarcinile sale pentru a oferi cetățenilor servicii de calitate, prestate la cel mai înalt nivel.

Evoluția instituției concesiunii și a legislației în materie

„Ideea concesionării unui bun public apare încă din antichitate, în dreptul public roman, dar fundamentele instituției concesionării pentru bunurile private se regăsesc în Evul Mediu. În Evul

* Student, Facultatea de Științe Sociale și Administrative, Universitatea "Nicolae Titulescu" din București; (e-mail: satenadana@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea lect. univ. drd. Irina Diana Deleanu (dianadel@univnt.ro).

Mediu, concesiunile bunurilor domeniului public¹ erau surse de venituri pentru monarhi și mijloace ale luptei politice, modalități de răsplătire a loialității”. În perioada interbelică, prin sistemul concesiunilor s-au utilizat bunuri neproductive din domeniul public și s-a contribuit la progresul societății, ușurând viața socială, fără a greva bugetul statului, ci dimpotrivă, aducându-i venituri.

Prin concesiune se ajunge la situația în care un bun aparținând domeniului public să poată fi utilizat în condițiile proprietății private. În doctrina interbelică românească, concesiunea unui bun al domeniului public a fost considerată sub aspectul naturii juridice, fie un contract de arendă, fie un act juridic complex, alcătuit dintr-o parte contractuală și o parte reglementară.

În perioada interbelică, concesiunea a fost reglementată prin Legea pentru organizarea și administrarea pe baze comerciale a întreprinderilor și avuțiilor publice² precum și în Legea contabilității publice, ambele adoptate în anul 1929.

În perioada postbelică, sub incidența constituțiilor socialiste, și în special a Constituției din 1965, noțiuni fundamentale ale dreptului public din perioada interbelică deveniseră desuete, pe fondul dispariției distincției dintre proprietatea publică și privată a statului, conceptul de contract de concesiune numărându-se printre acestea. Dreptul comun în materie l-a reprezentat, până în vara anului 2006, Legea nr. 219/1998 privind regimul concesiunilor.

În prezent, *regimul concesiunilor* se află reglementat în două acte normative distincte și anume: O.U.G nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii cu modificările și completările ulterioare³, și respectiv O.U.G. nr. 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică⁴; O.U.G nr. 76/2010, pentru modificarea și completarea O.U.G nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și de servicii⁵.

Definiția și trăsăturile contractului de concesiune

În ce privește *definiția* contractului de concesiune, potrivit art. 1 alin. (2) din O.U.G nr. 54/2006, *contractul de concesiune de bunuri proprietate publică* este acel contract încheiat în formă scrisă prin care o autoritate publică, denumită *concedent* transmite pe o perioadă determinată unei persoane denumită *concesionar*, care acționează pe riscul și răspunderea sa, dreptul și obligația de exploatare a unui bun proprietate publică în schimbul unei sume de bani denumit *redevență*.

Cu privire la *trăsăturile caracteristice ale contractului de concesiune*⁶, literatura juridică românească identificat următoarele: *este un contract solemn*, întrucât prin lege se cere ca o condiție *ad validitatem*⁷ să fie întocmit în formă scrisă; *sinalagmatic*, caracterul sinalagmatic al contractului de concesiune rezultă din reciprocitatea obligațiilor părților, concedentul este obligat să transmită dreptul de exploatare asupra unui bun, activități sau serviciu public, iar concesionarul are obligația de a plăti redevența și de a exploata bunul sau de a realiza activitatea sau serviciul public la care s-a angajat; *cu titlu oneros*, în care fiecare parte urmărește un beneficiu; *comutativ*, în sensul că prestația fiecărei părți are o întindere certă, putând fi apreciată din momentul încheierii contractului; *cu executare succesivă*, sub formă de prestații continue; *este încheiat intuitu personae*, deoarece se încheie cu luarea în considerare a persoanei concesionarului, care nu poate fi substituit de o altă persoană decât cu acordul concedentului; *concedentul este totdeauna o autoritate publică*, iar concesionarul un particular ce poate fi persoană fizică sau persoană juridică de drept privat; *se*

¹ D. Tofan, *Drept administrativ*, curs universitar, Ed. C.H. BECK, București, 2009, p. 152.

² Publicată în Monitorul Oficial nr.62 din 16.03.1929

³ publicată în M.Of. nr. 418 din 15/05/2006.

⁴ publicată în M.Of. nr. 569 din 30/06/2006.

⁵ publicată în M.Of. nr. 453 din 02/07/2010.

⁶ A. Sebeni, *Noțiunea contractului de concesiune și încheierea acestuia*, Revista *Dreptul* nr. 8/1999, p. 17.

⁷ D. Nemoianu, *Regimul juridic al concesiunilor*, Revista de Drept comercial, nr. 5/1999.

încheie pe durată determinată, de cel mult 49 de ani, datorită caracterului inalienabil al bunurilor aparținând domeniului public, care nu poate fi indisponibilizat în mod definitiv. Toate aceste caractere juridice, fac posibilă identificarea contractelor de concesiune și aprecierea importanței acestora în procesul de administrare.

În *concluzie*, susținem că doar o colaborare între concedent și concesionar în baza principiilor echitabile ale economiei de piață îndreptate atât spre eficientizarea gestiunii bunurilor publice, cât și a ridicării calitative a prestării serviciilor publice, poate să facă din această modalitate de gestiune una foarte apreciată.

Obiectul contractului de concesiune

Obiectul contractului de concesiune nu poate fi decât obiectul concesiunii ca atare, așa cum acesta a fost conturat prin anunțul publicitar precum și orice alte bunuri, activități sau servicii publice care nu sunt interzise prin legi organice sau speciale.

Legea nr. 219/1998 enumera, în sfera obiectului concesiunii bunurilor, activitățile sau serviciile publice din următoarele domenii: transporturile publice; autostrăzile, podurile și tunelurile rutiere cu taxă de trecere; infrastructurile rutiere, feroviare, portuare și aeroportuare civile; terenurile proprietate publică, plajele, cheiurile și zonele libere; rețelele de transport și de distribuție a energiei electrice și termice, a petrolului și gazelor combustibile, a apei potabile și lista poate continua.

Noua reglementare adusă regimului concesiunii, O.U.G nr. 34/2006 modificată și completată cu O.U.G. nr. 76/2010 *nu a adus modificări majore* în ceea ce privește bunurile, activitățile sau serviciile ce pot face obiectul contractului de concesiune.

În cazul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică, plata concesiunii se numește *redevență* și conform art. 4 alin. (1) din O.U.G. nr. 54/2006, se face venit la bugetul de stat sau la bugetele locale, după caz.

Redevența este un element esențial pentru validitatea contractului de concesiune, *este privită ca fiind dreptul concesionarului de a pretinde o parte din producție, în natura sau în bani, ea nefiind o fracțiune din preț, ci un venit care decurge dintr-o masă exploatată pentru a produce acel venit.*

Concedentul

În ce privește părțile contractului de concesiune de bunuri publice, potrivit art. 5 din O.U.G. nr. 54/2006, *au calitatea de concedent*, în numele statului, județului, orașului sau comunei: ministerele sau alte organe de specialitate ale administrației publice centrale, pentru bunurile proprietate publică a statului precum și consiliile județene, consiliile locale sau instituțiile publice de interes local pentru bunurile proprietate publică a județului, orașului sau comunei. Pentru determinarea calității de concedent, doctrina¹ precizează câteva situații despre care vom discuta în cele ce urmează.

Dacă obiect al concesiunii va fi un serviciu public, concedent va putea fi doar ministerul sau un alt organ de specialitate în responsabilitatea căruia intră realizarea serviciului public respectiv. “La nivelul unităților administrativ-teritoriale, în mod inevitabil, calitatea de concedent o vor avea consiliile județene sau locale, în raport cu natura serviciului public supus concesiunii și cu nivelul de interese promovate prin acel serviciu (județean, municipal, orășenesc, comunal)”².

În cazul concesiunii de bunuri aparținând domeniului public sau privat al statului ori al unităților administrativ-teritoriale, concedent nu va fi statul, județul, orașul sau comuna, în mod direct, ci doar prin reprezentanții lor legali.

În cazul concesiunii unor activități, autoritatea concedentă ar trebui să fie, în tăcerea legii, ministerul sau organul de specialitate în sectorul căreia se desfășoară activitatea respectivă, iar în plan

¹ A. Sebeni, *Noțiunea contractului de concesiune și încheierea acestuia*, Revista Dreptul nr. 8/1999, p. 18.

² I. Avram, *Contractele de concesiune*, Ed. Rosetti, București, 2003.

local, consiliul local în raza căruia se desfășoară ori urmează să se desfășoare activitatea, ținând seama și de nivelul de interes al activității. “În consecință, după cum se subliniază în doctrina actuală, prin încheierea contractelor de concesiune, aceste autorități publice angajează răspunderea juridică a statului și respectiv a unităților administrativ-teritoriale”¹.

Concesionarul

Calitatea de concesionar o poate avea potrivit legii, orice persoană fizică sau juridică, română sau străină. Pentru a fi concesionar, persoana fizică trebuie să fie majoră și să nu aibă discernământul alterat, iar persoana juridică trebuie să fie înființată în mod legal și să aibă o capacitate de folosință specializată obiectului concesiunii.

Concesiunea a apărut din lipsa posibilităților autorităților locale de a face să funcționeze mari servicii publice sau să realizeze lucrări de importanță națională. Atunci, s-a născut ideea ca unele servicii publice (în principiu cele comerciale și industriale) să fie gestionate de un particular, acesta remunerându-se prin taxele colectate de la beneficiarii serviciului. În prezent, concesiunea nu se mai acordă numai unor persoane private, ci și unor organisme mixte (societăți de economie mixtă, cum este cazul Franței), al căror capital o parte este privat, iar o parte aparține colectivităților locale.

Pot avea calitatea de concesionar doar persoanele juridice de drept privat cu scop lucrativ, deoarece doar așa, serviciile publice vor fi prestate la o calitate superioară și cu un preț minim, vor fi realizate lucrări de importanță majoră, care altfel nu s-ar fi executat, având în vedere situația financiară precară a statului sau unităților administrativ-teritoriale, indiferent de forma de organizare juridică, precum și indiferent dacă capitalul este majoritar privat sau mixt (de stat și privat).

Drepturile concedentului

“Efectele contractului de concesiune vizează concedentul, pe de-o parte și concesionarul, pe de altă parte, presupunând însă existența unor drepturi și obligații ale celor două părți, dar în egală măsură, efectele contractului se răsfrâng și asupra terților, adică asupra beneficiarilor bunului, lucrărilor sau serviciului public concesionat”².

O dimensiune esențială a sferei efectelor contractelor de concesiune o reprezintă *dreptul concedentului de modificare unilaterală a părții reglementare a contractului*, “condiționat însă de notificarea prealabilă și de existența unor situații excepționale, precum și dreptul de control al concedentului și al statului prin Ministerul Finanțelor”³. Referitor la control, în toate situațiile acestea pot fi și inopinante, concesionarul nuputându-se opune, sub motiv că nu a fost notificat de concedent, în prealabil.

Un alt drept al concedentului este și *dreptul de a cere concesionarului, să depună cu titlu de garanție* (în termen de 90 de zile de la data semnării contractului, dar și după această perioadă) *o sumă fixă* reprezentând o cotă parte din suma obligației de plată către concedent, stabilită de acesta și datorată pentru primul an de activitate. *Concedentul are dreptul* să-i ceară concesionarului să-i predea bunurile de ratur și să-i transfere, cu titlu oneros, dreptul de proprietate asupra bunurilor de preluare.

Concedentul este în drept să modifice în mod unilateral partea reglementară a contractului dacă împrejurările excepționale privind interesul public impun o astfel de modificare. Concedentul are dreptul să-i ceară concesionarului să continue exploatarea bunului, desfășurarea activității ori prestarea serviciului în noile condiții stabilite.

Concedentul are dreptul de a prelungi contractul de concesiune. Astfel, la expirarea contractului, concesionarul beneficiază de dreptul preferențial de a prelungi contractul, clauzele putând fi modificate cu acordul părților.

¹ D. Tofan, *Drept Administrativ*, curs universitar, Ed. C.H. BECK, București, 2009.

² I. Avram, *Contractele de concesiune*, Ed. Rosetti, București, 2003.

³ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Vol. II, ed. 4, Ed. All Beck, București, 2005, p. 243.

Obligațiile concedentului

Concedentul este obligat, în primul rând, să încheie contractul de concesiune în termenul stabilit de lege sau în cel propus de el prin caietul de sarcini. Concedentul *este obligat* să-i predea concesionarului toate bunurile și celelalte mijloace necesare pentru a realiza în bune condiții obiectul concesiunii. *Nepredarea bunului care face obiectul contractului de concesiune nu justifică dreptul concedentului de a cere concesionarului executarea contractului.*

În legătură cu bunurile ce vor fi utilizate de concesionar în derularea concesiunii acestea vor fi *bunurile de retur*¹, *bunurile de preluare*², *bunurile proprii*³.

Bunurile de retur revin deplin drept, gratuit și libere de orice sarcini concedentului, la expirarea contractului de concesiune. Bunurile de preluare care pot reveni concedentului la expirarea contractului de concesiune, în măsura în care acesta în urmă își manifestă intenția de a le prelua. Bunurile proprii vor rămâne în proprietatea concesionarului, la expirarea contractului de concesiune.

Concedentul este obligat să nu modifice în mod unilateral contractul, decât în cazurile prevăzute și autorizate expres de lege (motive excepționale legate de interesul național sau local), pentru prejudiciile suferite de concesionar, acesta are dreptul la o promptă, adecvată și efectivă despăgubire din partea concedentului.

O altă *obligație* a concedentului este aceea de a nu interveni în activitatea economică și operativă a concesionarului și de *a-l notifica* pe acesta de apariția oricăror împrejurări de natură a-i atinge drepturile (obligație specifică de informare).

Drepturile concesionarului

Concesionarul are *dreptul* de a exploata în mod direct de riscul și răspunderea sa, bunurile, activitățile și serviciile publice ce fac obiectul contractului, potrivit obiectivelor stabilite de concedent prin caietul de sarcini. Acesta poate folosi și culege *fructele* bunurilor ce fac obiectul concesiunii, potrivit naturii bunului și scopului stabilit de părți prin contract. Concesionarul mai are *dreptul* de a încheia contracte cu terții pentru asigurarea și valorificarea bunurilor care fac obiectul concesiunii, fără a putea transmite acestora drepturile dobândite prin contract (interdicția de subconcesionare).

Concesionarul are *dreptul* să-i ceară concedentului, când acesta va modifica sau denunța unilateral contractul, în condițiile legii, să-i plătească cuvenita despăgubire (în cazul producerii unui prejudiciu) în mod prompt, efectiv și prealabil. Și nu în ultimul rând, concesionarul are dreptul, la expirarea inițială a contractului, să-i ceară concedentului, prelungirea acestuia pentru o nouă perioadă, cu respectarea limitelor impuse de lege.

Obligațiile concesionarului

Textul de lege precizează “concesionarul este obligat în baza contractului de concesiune și a legii, să asigure exploatarea eficientă în regim de continuitate și permanență a bunurilor, activităților și serviciilor publice ce fac obiectul concesiunii”⁴. Concesionarul are *obligația* de a exploata, în mod direct bunurile, activitățile sau serviciile publice ce fac obiectul concesiunii, fără a putea subconcesiona unei alte persoane în tot sau în parte, obiectul concesiunii (serviciul public se desfășoară pe riscul său, acesta neputând transfera riscuri către terțe persoane).

Concesionarul trebuie să realizeze personal serviciile publice. Astfel, concesionarul trebuie să aibă capacitatea de a presta el însuși serviciile publice ce fac obiectul concesiunii. Contractul de

¹ Sunt bunuri de retur bunurile care au făcut obiectul concesiunii, precum și cele care au rezultat în urma investițiilor impuse prin caietul de sarcini;

² Sunt bunuri de preluare bunurile care au aparținut concesionarului și au fost utilizate de către acesta pe durata concesiunii;

³ Sunt bunuri proprii acelea care au aparținut concesionarului și au fost folosite de către acesta pe durata concesiunii, cu excepția bunurilor de preluare

⁴ O.U.G nr. 76/2010 din 30/06/2010, Publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 453 din 02/07/2010.

concesiune este *intuitu personae*, de unde rezultă interdicția concesionarului de a subconcesiona, în tot sau în parte, serviciul public.

Pe de altă parte, interdicția de a subconcesiona nu implică și interdicția de a încheia cu terțe persoane contracte necesare pentru realizarea serviciilor publice.

Principiul continuității serviciului public, se referă la obligația concesionarului de a asigura exploatarea serviciului public în regim de continuitate și permanență, interesul general fiind superior interesului concesionarului, iar *principiul egalității accesului la serviciul public* are în vedere faptul că, această egalitate “nu înseamnă o egalitate absolută, ci mai degrabă, absența discriminării”¹.

Principiul adaptării serviciului public. Serviciul public trebuie să urmărească nevoile publicului, administrația având obligația de a-l îmbunătăți continuu.

Concesionarul este *obligat* să plătească redevența la valoarea prevăzută în ofertă (în caietul de sarcini) în modalitatea și la termenul stabilite prin contractul de concesiune. În termen de 90 de zile de la data semnării contractului de concesiune, va depune garanția impusă de lege, în cuantumul și modalitatea impusă de concedent.

La încetarea contractului, ca urmare a expirării termenului convenit, concesionarul este *obligat* să predea concedentului bunurile de retur, propriu-zise și de investiție, în mod gratuit și libere de orice sarcini. Este *obligat* să încheie un contract de vânzare-cumpărare, având ca obiect bunurile de preluare desemnate ca atare în caietul de sarcini și stabilite de părți prin contract, atunci când concedentul își va manifesta intenția de a le cumpăra.

Concesionarul este *obligat* să permită concedentului să controleze și să verifice, pe perioada executării contractului, modul în care se respectă de către concesionar condițiile și clauzele acestuia, controalele putând fi efectuate și inopinant.

Ca o concluzie la cele spuse mai sus, menționăm că doar în cazul stabilirii unor drepturi și obligații clare ale părților din contract, acesta va deveni un adevărat model de contract administrativ și un instrument eficient de gestiune a domeniului public.

Procedura concesiunii prin licitație publică

Concedentul are obligația de a atribui contractul de concesiune de bunuri proprietate publică, prin aplicarea *procedurii licitației, definită ca procedura la care persoana fizică sau juridică interesată are dreptul de a depune oferta*². Cu titlu de excepție, dacă prin licitație publică nu s-a putut desemna un câștigător, se poate recurge la *negocierea directă, definită ca procedura prin care concedentul negociază clauzele contractuale, inclusiv redevența, cu unul sau mai mulți participanți la procedura de atribuire a contractului*. Atribuirea concesiunii se mai poate face prin *licitație restrânsă, dialog competitiv și prin licitație electronică*.

Oare folosirea prea des a licitației publice ca modalitate de atribuire a contractului de concesiune nu încalcă principiile ce stau la baza atribuirii (transparență, tratament egal, nediscriminare, etc.)?

Licitarea publică este procedeul de atribuire a contractelor de concesiune cel mai des întâlnit. Însă flexibilitatea ei este mult mai redusă decât în cazul *negocierii cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare sau a dialogului competitiv*. Motivăm acest aspect afirmând că în lipsa posibilității de consultare cu ofertanții/candidații, poate constitui un dezavantaj serios, întrucât proiectele de concesiune tind să fie relativ complexe, iar pentru obținerea celui mai bun rezultat este necesară și expertiza partenerului privat.

Indiferent de metoda folosită în atribuirea contractului de concesiune, criteriile sunt aceleași: cel mai mic preț, oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic. Pentru a răspunde la întrebarea „de ce licitația publică?” aducem câteva argumente și așezăm: această modalitate de

¹ D. Nemoianu, *Regimul juridic al concesiunilor*, Revista de Drept Comercial, nr. 5/1999.

² D. Tofan, *Drept administrativ*, curs universitar, Ed. C.H. BECK, București, 2009, p. 159.

atribuire asigură complexitate și transparență, durează mai puțin și are costuri relativ mici și nu în ultimul rând are în vedere numai interesul public.

Procedura concesiunii prin licitație restrânsă

Procedura de licitație restrânsă se desfășoară, de regulă, în două etape și anume: etapa de solicitare a candidaților, prin aplicarea criteriilor de selecție, și etapa de evaluare a ofertelor depuse de candidații selectați, prin aplicarea criteriului de atribuire¹. În etapa de selectare a candidaților, autoritatea contractantă are dreptul să limiteze numărul de candidați ce urmează a fi selectați (minim 5).

După epuizarea primei etape, autoritatea contractantă are obligația să transmită o invitație de participare la etapa a doua a procedurii de licitație restrânsă tuturor candidaților selectați.

Procedura concesiunii prin dialog competitiv

“În cazul când contractul de concesiune prezintă complexitate deosebită și aplicarea procedurii de licitație deschisă sau restrânsă nu ar permite atribuirea lui, autoritatea publică poate recurge la procedura de dialog competitiv”². Conform prevederilor legale, dialogul competitiv se desfășoară în trei etape și anume: etapa de preselecție a candidaților; etapa de dialog cu candidații admiși în urma preselecției, în vederea identificării soluțiilor optime și etapa de evaluare a ofertelor finale.

Inițierea dialogului competitiv are loc prin transmiterea spre publicare a anunțului de participare adresat operatorilor economici interesați. Numărul minim al candidaților ce urmează să fie preselecți, nu poate fi mai mic de 3.

Pentru etapa a doua a acestei proceduri, autoritatea contractantă are obligația să transmită tuturor candidaților admiși o invitație de participare, care trebuie să cuprindă informațiile necesare și să fie însoțite de un exemplar al autorizației de atribuire. Autoritatea contractantă derulează apoi dialogul cu fiecare candidat admis.

După încheierea etapei de dialog, autoritatea contractantă invită participanții abilitați să depună oferta finală. Evaluarea ofertelor se realizează pe baza criteriilor din documentația de atribuire, stabilindu-se cea mai avantajoasă economic.

Procedura concesiunii prin negociere directă

Conform prevederilor legale, concedentul are dreptul de a aplica *procedura de negociere directă* numai în situația în care, după repetarea procedurii de licitație nu au fost depuse cel puțin 3 oferte valabile. În cazul procedurii de negociere directă, concedentul are obligația să publice în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a, într-un cotidian de circulație națională și într-unul de circulație locală, anunțul de licitație.

Anunțul privind intenția de a recurge la negociere directă se trimite spre publicare cu cel puțin 10 zile calendaristice înainte de data limită pentru depunerea ofertelor. Concedentul va negocia cu fiecare ofertant în parte, la data stabilită conform programării. După încheierea negocierii directe concedentul întocmește un proces-verbal ce va cuprinde concluziile negocierilor și în care se recomandă cea mai avantajoasă ofertă.

Procedura concesiunii prin licitație electronică

Potrivit art. 73 alin. 2 din O.U.G nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul, după desfășurarea procedurii de licitație deschisă, să decidă organizarea unei etape suplimentare de *licitație electronică*.

Fazele procedurii licitației electronice sunt: publicarea anunțului de participare, înscrierea solicitanților, preselecția solicitanților, comunicarea documentației de elaborare și prezentare a ofertei, evaluarea ofertelor, comunicarea rezultatului evaluării, încheierea contractului, publicarea anunțului de atribuire a contractului de achiziție publică, a contractului de concesiune, după caz.

¹ Potrivit art. 81 din O.U.G 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică, publicată în M.Of. nr. 569 din 30 iunie 2006.

² I. Deleanu, *Drept administrativ II*, suport curs, Ed. Pro Universitaria, București, 2010, p. 47.

Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare. Criteriul de atribuire cel mai des utilizat este „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Încheierea propriu-zisă a contractului de concesiune

Am arătat că încheierea contractului de concesiune este precedată de parcurgerea unor etape procedurale obligatorii – *licitația publică, restrânsă sau electronică, dialogul competitiv, negocierea directă* – în lipsa cărora contractul de concesiune nu poate fi încheiat în mod valabil. Prin urmare, adjudecarea concesiunii dă naștere la drepturi și obligații atât în favoarea sau sarcina concedentului, cât și a concesionarului.

Legea stabilește obligația încheierii contractului de concesiune într-un termen de 30 de zile, cu începere de la data la care concedentul a informat ofertantul despre acceptarea ofertei sale¹. Concedentul are obligația de a transmite spre publicare în Monitorul Oficial al României, Partea a VI-a, un anunț de atribuire a contractului de concesiune, în cel mult 20 de zile calendaristice de la finalizarea oricăreia dintre procedurile de atribuire a contractului de concesiune.

Nerespectarea termenului legal de încheiere a contractului nu anulează posibilitatea părților de a-l încheia în viitor, ci eventual partea în culpă poate fi obligată la plata de daune-interese².

Durata concesiunii este de 49 de ani³ și se stabilește în funcție de perioada de amortizare a investițiilor ce urmează să fie realizate de către concesionar și poate fi prelungită pentru o perioadă egală cu cel mult jumătate din durata sa inițială, prin simplul acord de voință a părților.

Contractul de concesiune se încheie în limba română, în două exemplare, câte unul de fiecare parte. Când concesionarul este de o altă naționalitate sau cetățenie decât cea română și dacă părțile consideră necesar, contractul se va putea încheia în patru exemplare, două în limba română și două într-o altă limbă, aleasă de ele. În caz de litigiu, contractul în limba română este cel care prevalează.

Față de aceste prevederi, în doctrină s-a apreciat că, încheierea contractului de concesiune în limba română reprezintă “*regula*”, în timp ce utilizarea și unei a doua limbi la încheierea contractului reprezintă “*exceptia*”.

Încetarea contractului de concesiune

Una din caracteristicile concesiunii o constituie durata determinată a acesteia. “Deoarece serviciul public concesionat rămâne mai departe un serviciu public, administrația nu poate să-l înstrăineze pentru totdeauna, ci numai pentru un anumit termen. Pe de altă parte, chiar și în cursul acestui termen, administrația trebuie să aibă posibilitatea să dispună de serviciul public concesionat, așa după cum va crede că este în interesul general”⁴.

Cazuri de încetare a contractului de concesiune. Încetarea contractului de concesiune de bunuri publice poate avea loc în mod firesc, în situația tipică, prin ajungerea la termen sau în patru situații atipice⁵.

Astfel, încetarea poate să intervină în următoarele situații: *la expirarea duratei stabilite în contract*; în cazul în care interesul național sau local o impune, *prin denunțarea unilaterală de către concedent*, cu plata unei despăgubiri juste și prealabile în sarcina acestuia; în cazul nerespectării obligațiilor contractuale de către concesionar, *prin reziliere de către concedent*, cu plata unei despăgubiri în sarcina concesionarului; în cazul nerespectării obligațiilor contractuale de către

¹ Potrivit art. 48 alin. (2) din Normele metodologice-cadru, ofertantul se consideră informat la data recepționării scrisorii recomandate, cu confirmare de primire, care conține acceptarea ofertei sale.

² Cuantumul daunelor-interese, dacă părțile nu se înțeleg, se va stabili de instanță și va cuprinde atât prejudiciul efectiv suferit cât și beneficiul nerealizat (art. 51 din Normele metodologice-cadru).

³ Art. 7 din O.U.G. nr. 54/2006, modificată și completată cu O.U.G 76/2010.

⁴ E.D. Tarangul, *Tratat de drept administrativ român*, Tipografia Glasul Bucovinei, Cernăuți, 1944, p. 430.

⁵ Potrivit art. 57 din O.U.G 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică, publicată în M.Of. nr. 569 din 30 iunie 2006.

concedent, *prin rezilierea de către concesionar*, cu plata unei despăgubiri în sarcina concedentului; *la dispariția dintr-o cauză de forță majoră¹ a bunului concesionat sau în cazul imposibilității obiective a concesionarului de a-l exploata, prin renunțare*, fără plata unei despăgubiri.

Concesionarul nu este exonerat însă de obligațiile contractuale în cazul intervenirii *cazului fortuit*², întrucât el acționează pe riscul și răspunderea sa, fiind absolvit de răspundere numai pentru cauze de origine exterioară, străine de persoana și activitatea sa.

Concluzionând vom reține că “încetarea contractului de concesiune de bunuri publice poate avea loc de drept, pe cale judecătorească sau prin manifestare de voință a părților contractante”³.

Concluzii

După anul 1989, an ce a marcat profund țara noastră, determinând necesitatea unor schimbări importante în toate structurile, inclusiv în cea a sistemului legislativ, unele instituții au fost reorganizate în raport de noile realități și în mare parte, pe temeiul unor reglementări europene. Contractele administrative, printre care și contractul de concesiune, se încadrează între instituțiile juridice care au necesitat adaptări serioase față de perioada comunistă. Până la adoptarea unor acte normative, care au adus o serie de noutăți, materia contractelor administrative a fost vitregită de o reglementare proprie.

Perioada regimului comunist a “umbrit” administrația publică, teoria contractelor administrative a fost total abandonată, datorită atât dispariției noțiunilor de proprietate publică și privată a statului ori a comunităților locale, cât și înlocuirii acestora cu proprietatea socialistă de stat și imposibilității existenței unor raporturi juridice de natură contractuală între stat și particulari, în scopul exploatării unor bunuri proprietatea statului.

Constituția din 1991 aduce însă o nouă înfățișare administrației publice, declarând proprietatea publică *inalienabilă* și recunoscând posibilitatea existenței unor mijloace juridice de valorificare a bunurilor proprietate publică.

Crearea unui sistem care să scoată din umbră bunurile pe care statul nu le folosește, a fost absolut necesară. Particularii au un rol extrem de important în acest mecanism, mai ales în perioada de după 1989, perioadă ce a fost calificată ca o nouă etapă în evoluția contractelor administrative.

Această conlucrare între stat și particular, s-a dovedit a fi un impuls dat atât economiei cât și administrației.

De la apariția ei și în special în perioada actuală, concesiunea s-a dovedit a fi o modalitate eficientă de a aduce fonduri la bugetul de stat sau la bugetele locale, s-au creat locuri de muncă, s-au dezvoltat relațiile cu companiile internaționale, ceea ce a dus la apropierea investitorilor străini de țara noastră, altfel spus s-a contribuit la progresul societății, ușurând viața socială fără a greva bugetul statului.

Utilizarea concesiunii în activitatea de prestare a serviciilor publice a condus inevitabil la optimizarea costurilor, schimbarea rolului administrației din principal furnizor de servicii în acela de supraveghetor și garant al funcționării serviciului public, obținerea de servicii profesionale și specializate, creșterea transparenței cheltuirii banului public, transmiterea majorității riscurilor investițiilor particularului și preluarea acestor investiții la sfârșitul contractului.

Ca formă de exploatare a serviciilor publice, concesiunea dă posibilitate statului să poată crea fără cheltuiulă lucrări publice de mare importanță, pe care nu le-ar fi putut înfăptui altfel sau le-ar fi

¹ Forța majoră – cauză străină neimputabilă debitorului, constând într-un fenomen natural sau social, extraordinar sau de nebiruit, a cărui intervenție exclude în întregime angajarea răspunderii civile dacă producerea prejudiciului a fost determinată exclusiv de această împrejurare.

² Caz fortuit – împrejurare relativ imprevizibilă și relativ invincibilă, neavând caracter extraordinar, care înlătură culpa celui care acționează sub influența ei, fără a-l exonera de răspundere pentru prejudiciile cauzate altuia în astfel de circumstanțe. Cazul fortuit se plasează în zona care desparte forța majoră de culpă; el începe unde încetează culpa și sfârșește acolo unde începe forța majoră.

³ A. Trăilescu, *Drept administrativ*, Ed. C.H. BECK, București, 2008, p. 220.

făcut mult mai târziu și în condiții inferioare. Și apoi, luând întregul risc asupra sa, concesionarul scutește statul de orice pagubă.

În lipsa unor tradiții de parteneriat public-privat, concesionarul va fi preocupat mai mult de interesul său personal decât de interesul public, va căuta să își asigure un beneficiu cât mai mare, de multe ori în detrimentul publicului, profitând de faptul că exercită un monopol al domeniului.

Referințe bibliografice

Doctrină din România

- A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, ed. 4, Ed. All Beck, București, 2005.
- A. Sebeni, *Noțiunea contractului de concesiune și încheierea acestuia*, Revista *Dreptul* nr. 8/1999
- A. Trăilescu, *Drept administrativ*, Ed. C.H. BECK, București, 2008.
- D. Nemoianu, *Regimul juridic al concesiunilor*, Revista de Drept comercial, nr. 5/1999.
- D. Tofan, *Drept administrativ*, curs universitar, Ed. C.H. BECK, București, 2009.
- E.D. Tarangul, *Tratat de drept administrativ român*, Tipog. Glasul Bucovinei, Cernăuți, 1944.
- I. Avram, *Contractele de concesiune*, Ed. Rosetti, București, 2003.
- I. Deleanu, *Drept administrativ II*, suport curs, Ed. Pro Universitaria, București, 2010.

Acte normative

- *Constituția României*, cu modificările și completările aduse prin legea de revizuire din 31 octombrie 2003.
- Legea 554/2004 a contenciosului administrativ, actualizată în 26.03.2011.
- Monitorul Oficial nr. 418 din 15/05/2006.
- Monitorul Oficial nr. 569 din 30/06/2006.
- Monitorul Oficial nr. 453 din 02/07/2010.
- O.U.G nr. 76/2010 din 30/06/2010, Publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 453 din 02/07/2010.
- O.U.G 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică, publicată în M.Of. nr. 569 din 30 iunie 2006.
- O.U.G nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 418 din 15.05.2006.

Site-uri de Internet și baze de date consultate

- *Regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică*, www.avocatnet.ro, 11.07.2006, http://www.avocatnet.ro/content/articles/id_5798/avocatnet.html.
- *Concesiune – Publicitate Enciclopedică*, www.publicitate.eu, 05.05.2009, <http://www.publicitate.eu/wiki/Concesiune>.
- *Contractul de concesiune*, www.dreptonline.com, 16.03.2010, <http://www.dreptonline.com/domenii/drept-civil/contractul-de-concesiune.html>.

RĂSPUNDEREA POLITICĂ A PREȘEDINTELUI ROMÂNIEI

Elena Alina SPÎNU¹

Abstract

Lucrarea cuprinde cadrul constituțional al răspunderii Președintelui României, cu accent pe regimul procedural aplicabil în cazul răspunderii politice, precum și despre referendumul organizat pentru demiterea Președintelui. Cealaltă parte cuprinde o analiză privind suspendarea Președintelui în diferite țări. Voi încheia cu câteva păreri, sugestii în ceea ce privește legea suspendării Președintelui României, dar și cu o comparație între răspunderea politică și cea penală.

Lucrarea exemplifică etapele care pot duce la demiterea Președintelui, dar ridică multe întrebări în ceea ce privește acest proces, precum și motivele susținute în cerere.

Cuvinte cheie: *răspundere politică a Președintelui, imunitate, suspendare, referendum, Constituție.*

I. Introducere:

În zilele noastre există numeroase discuții în ceea ce privește răspunderea Președintelui României, acest interes din cauza celor trei încercări de suspendare, cea mai recentă fiind în 2012. În general, Președintele României nu răspunde juridic pe durata mandatului său. Ideea nu este însă clar exprimată în Constituție, ci rezultă indirect, din reglementarea expresă a situațiilor în care acesta poate fi obligat să răspundă. Răspunderea ar trebui să fie foarte bine reglementată întrucât reprezintă un pilon important al democrației țării.

Studiul este important pentru a înțelege mai bine acest subiect, pentru a ne putea forma o părere și înțelege ce se întâmplă din punct de vedere legal, dar și din punct de vedere social. Am prezentat cadrul teoretic din România, dar și exemple concrete când a fost aplicată prevederea, precum și punctul meu de vedere.

Am început de la textul Constituției și pe parcursul cercetării am completat cu alte articole legate de subiect pentru a clarifica anumite aspecte. Lucrarea este bazată în principal pe cartea profesorului Antonie Iorgovan, dar și alte tratate și studii științifice.

Există diverse documente care tratează această temă de drept administrativ, dar rămâne un subiect discutabil, anumite legi care ar putea fi îmbunătățite și astfel, un popor mai bine informat.

II. Conținutul lucrării

2.1. Generalități privind răspunderea politică a Președintelui României

Actuala lege a României consacră două texte exprese răspunderii șefului de stat: articolul 96, care instituie răspunderea penală a Președintelui - "punerea sub acuzare" și articolul 95 consacrat suspendării din funcție a șefului de stat, calificată de unii autori ca răspundere politică sau administrativ-disciplinară a Președintelui.²

Analiza regimului juridic al răspunderii Președintelui trebuie începută de la principiul constituțional al imunității sale, instituit prin articolul 84 alin.2 din Constituție - "Președintele României se bucură de imunitate"³, și al imposibilității tragerii la răspundere juridică pentru voturile

¹ Studentă, Facultatea de științe sociale și administrative, Specializarea: Administrație publică, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București (s_alina2008@yahoo.com). Acest studiu a fost elaborat sub coordonarea Lect. Univ. Drd. Irina Diana Deleanu (e-mail:dianadel@univnt.ro)

² Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ*, pp. 326-328

³ Cu privire la imunitatea Președintelui României, a se vedea, pe larg, Deaconu Ștefan, *Câteva aspecte de natură constituțională privind răspunderea Președintelui României*, în *Dreptul nr. 12/2007*, p.23 și urm.

și opiniile politice exprimate în exercitarea mandatului¹, specific și parlamentarilor. Pentru faptele care nu au legătură cu prerogativele funcției² de Președinte al României, va răspunde ca orice cetățean, în condițiile dreptului comun.³ Imunitatea nu este totală, el putând răspunde politic și juridic pentru faptele sale săvârșite în exercițiul mandatului.⁴

Prin coroborarea tuturor dispozițiilor constituționale, consider că rezultă următoarele forme de răspundere⁵ aplicabile Președintelui României:

- răspundere penală, reglementată de art.96 din Constituție;
- răspunderea politică, sau administrativ-disciplinară, sub forma suspendării din funcție, prevăzută de art.95 din legea fundamentală;

- răspunderea administrativ-patrimonială, rezultată din coroborarea art.52 și art.126 alin.6 din Constituție, raportate la Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ. Președintele poate fi tras la răspundere administrativ-patrimonială, în baza art.21 (“accesul liber la justiție”) și art.52 (“dreptul persoanei vătămate de o administrație publică”)⁶

- răspunderea care îi revine în regim de drept comun, ca simplu cetățean, și care este fundamentată pe principiile constituționale privind “egalitatea tuturor în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și discriminări”, coroborate cu acela că “nimeni nu este mai presus de lege”, precum și din îndatorirea fundamentală instituită prin art.1 alin.5, privind “respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor”.

“Suspendarea din funcție nu este ea însăși o formă a răspunderii politice, ci procedura premergătoare și obligatorie pentru eventuala sancționare a Președintelui, întrucât: Președintele nu răspunde politic în fața Parlamentului, ci în fața corpului electoral; suspendarea din funcție poate fi infirmată prin referendum sau ea devine ineficace dacă referendumul nu a fost organizat în termenul prevăzut de Constituție.”⁷ Această formă de răspundere a Președintelui României are o natură complexă, juridică și politică în egală măsură, cea juridică îmbrăcând forma suspendării din funcție, care implică Parlamentul în calitatea sa de organ suprem reprezentativ și cea politică implicând în primul rând poporul, ca titular al dreptului fundamental de a-l alege pe șeful statului și de a-l demite atunci când el nu mai justifică încrederea cu care a fost investit de electorat.

Din punctul de vedere al temeiului obiectiv, această formă de răspundere intervine atunci când Președintele a săvârșit fapte grave prin care încalcă prevederile Constituției.⁸

De la intrarea în vigoare a Constituției au fost declanșate trei proceduri de suspendare din funcție a șefului de stat. Astfel, în vara anului 1994, un număr de 167 de parlamentari au inițiat o propunere de suspendare, în legătură cu unele declarații publice ale Președintelui în exercițiu la acea dată, prin care acesta adresase un apel judecătorilor de a nu se grăbi să judece spețele privind restituirea caselor naționalizate și să se aștepte astfel intervenția legiuitorului. Totodată, Președintele de atunci a estimat că hotărârile pronunțate nu au acoperire legală și că, în consecință, legea va trebui să reglementeze această situație.

Moțiunea a fost respinsă prin votul majorității de atunci, ulterior, aceeași majoritate avea să legifereze recursul în anulare în materie civilă, folosit de Procurorul General împotriva deciziilor criticate de președinte. Recursurile au fost admise în serie de Curtea Supremă de Justiție, până în 1997. Foștii proprietari s-au adresat Curții Europene a Drepturilor Omului, care a constatat că prin

¹ Articolul 72 alin.1

² A se vedea Deleanu Ion, *Instituții și proceduri constituționale*, 2001, p.356

³ A se vedea Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ*, op. cit., vol I, 2005, p.330

⁴ A se vedea Deaconu Ștefan, op. cit., p.23 și urm.

⁵ Vedinaș Verginia, *Drept administrativ*, Ediția a IV a revăzută și actualizată, Editura Universul Juridic, București, 2012, p.349

⁶ Apostol Dana Tofan, *Drept administrativ*, vol.I, Ediția a II a, Editura C. H. Beck, București, 2008, p.144

⁷ Bălan E., *Instituții administrative*, Editura C. H. Beck, București, 2008, p.79

⁸ Avizul consultativ al Curții Constituționale nr1/2007

introducerea și admiterea acestui recurs li s-a încălcat dreptul de proprietate și dreptul la un proces echitabil.

O a doua procedură a fost declanșată în aprilie 2007, când un număr de 322 de parlamentari a decis suspendarea din funcție a președintelui, care a fost însă infirmată prin referendumul organizat în vederea demiterii acestuia. Parlamentul a aprobat suspendarea președintelui, însă la referendumul de demitere decizia a fost invalidată de populație. Astfel, la referendumul din 19 mai 2007 pentru demiterea președintelui, 74,48% din cei care s-au prezentat la urne au votat împotriva, iar pentru demiterea acestuia s-au pronunțat 24,75%, prezența la referendum fiind de 44,45%.

A treia procedură de suspendare a fost în iulie 2012, când din 372 de parlamentari favorabili suspendării au votat 256, două voturi au fost anulate, iar 114 au fost împotriva. Motivele au fost încălcarea principiului separației puterilor în stat și independența justiției, acuzat de declarațiile făcute atunci când a vorbit despre amânarea judecării dosarelor precum și încălcarea dreptului la salariu și pensie prin declarațiile referitoare la scăderea salariilor și pensiilor. Președintele nu a fost demis deoarece nu a fost îndeplinit cvorumul, condiția de validare a referendumului, 50% plus unu din numărul alegătorilor¹.

III. Originile procedurii de suspendare

Procedura de suspendare și cea înrudită de punere sub acuzare își au originea în Anglia, unde Parlamentul a deținut acest drept - impeachment - încă din perioada medievală. Termenul a apărut legat de punerea sub acuzare a miniștrilor și nu a Președintelui de republică. Ulterior, o dată cu adoptarea constituțiilor scrise, noțiunea de impeachment este reținută, ca regulă, pentru a evoca răspunderea șefului de stat într-un sistem republican, iar pentru a evoca instituția tragerii la răspundere a miniștrilor s-a impus sintagma „responsabilitate ministerială”. Constituția SUA, pe cale de consecință, fiind o Constituție republicană, simbol al independenței fostelor colonii față de Coroana britanică, a extins instituția impeachment-ului de la miniștri la șeful executivului-Președintele republicii, devenind celebru textul după care Președintele poate fi pus sub acuzare de către Senat.²

După exemplul american, toate constituțiile republicane care au fost adoptate au consacrat și instituția tragerii la răspundere a Președintelui, menționându-se în majoritatea situațiilor și instituția tragerii la răspundere a miniștrilor, firește cu accente diferite din construcție, după cum ne aflăm în fața unui regim prezidențial, semi-prezidențial cu un Președinte forte sub aspect politic, un regim semi-prezidențial cu un Președinte mai atenuant în ceea ce privește viața politică sau, după caz, a unui regim parlamentar clasic. Nu trebuie înțeles că Președintele de Republică poate fi tras la răspundere pentru orice afirmație, pentru orice atitudine adoptată pe plan politic, dimpotrivă el se bucură de imunitate, tragerea la răspundere, fie politică, fie juridică, nu intervine decât în anumite situații.³

În România, procedura de suspendare din funcție a Președintelui este una extraordinară, un fel de “buton nuclear al Constituției”, folosit în extremis împotriva persoanei care este chemată să fie garantă a legii fundamentale. De altfel, spre deosebire de Statele Unite, Parlamentul nu-l poate destitui pe Președinte, ci doar electoratul o poate face, printr-un referendum, dacă moțiunea de suspendare este adoptată.⁴

¹ Articolul 10 din Legea nr. 3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 489, din 17 iulie 2012

² Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ*, volumul I-Introducere. Organizarea administrativă. Funcția publică, Ediția4, Editura All Beck, București, 2005, p.324

³ Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ*, volumul I-Introducere. Organizarea administrativă. Funcția publică, ediția4, Editura All Beck, București, 2005, p.325

⁴ http://www.bbc.co.uk/romanian/news/story/2007/01/070121_suspendare_analiza.shtml accesat la data de 03.03.2013

Constituția României nu stabilește care ar putea fi faptele grave săvârșite de șeful statului care ar putea atrage suspendarea sa din funcție, revenind instanței de contencios constituțional misiunea de a stabili în avizul său dacă faptele imputate Președintelui intră în categoria faptelor grave. Aceasta a considerat că intră în sfera de aplicare a articolului 95 din Constituție actele de decizie sau sustragere de la îndeplinirea unor acte de decizie obligatorii, prin care șeful statului ar împiedica funcționarea autorităților publice, ar suprima sau ar restrânge drepturile sau libertățile cetățenilor, ar tulbura ordinea constituțională ori ar urmări schimbarea ordinii constituționale sau alte fapte de aceeași natură care ar avea sau ar putea avea efecte similare.¹

Antonie Iorgovan afirmă că faptele pentru care se declanșează procedura de suspendare, ca natură juridică, sunt abateri administrative, abateri de la disciplina de stat, dar efectuate de Președinte în exercitarea unui mandat politic și, desigur, în virtutea unui joc al unor rațiuni politice. Tocmai de aceea, măsura suspendării, care declanșează interimatul, prin ipoteză, trebuie supusă aprobării poporului, prin referendum, Președintele fiind ales prin vot universal, direct. Este, de fapt, și aplicarea principiului simetriei, specific nu numai dreptului public, dar, în multe situații, și dreptului privat.²

Parlamentul este autoritatea publică competentă să aprecieze și să hotărască suspendarea din funcție a Președintelui.³ În ceea ce privește regimul procedural aplicabil, intervenția acestei forme de răspundere implică parcurgerea anumitor etape, reglementate de textele constituționale, în principal de art.95, și anume:

- propunerea de suspendare din funcție trebuie să fie temeinic motivată și poate fi inițiată de cel puțin o treime din numărul deputaților și senatorilor. Din modul de redactare al alin.2 al art.95, rezultă că treimea de parlamentari este raportată la totalul parlamentarilor și nu la membrii uneia din Camere;

- lista parlamentarilor se depune la Secretarul General al Camerei, pe care aceștia o aleg, iar data depunerii marchează, oficial, declanșarea procedurii de punere sub acuzare a Președintelui, în vederea suspendării. Secretarul General al Camerei sesizate are obligația de a comunica Președintelui o copie a listei și motivele sesizării;

Determinarea Camerei la care se înregistrează oficial propunerea de suspendare se face, logic, după cum ponderea pe listă o au deputații sau senatorii. Oricum, Secretarul General al Camerei la care s-a înregistrat propunerea are obligația de a aduce, de asemenea, neîntârziat, la cunoștință celeilalte Camere, conținutul propunerii de suspendare, întrucât competența de a dezbate și a vota această propunere aparține Camerelor reunite în ședință comună.

- Curtea Constituțională este sesizată și aceasta se pronunță printr-un aviz consultativ⁴ asupra propunerii de suspendare; Curtea Constituțională se poate pronunța asupra îndeplinirii procedurii constituționale de suspendare din funcție a Președintelui, precum și cu privire la gravitatea faptelor ce se impută acestuia, dar nu și cu privire la oportunitatea măsurii de suspendare, deoarece competența de suspendare sau nu este atributul exclusiv al Parlamentului⁵;

După primirea avizului Curții Constituționale se poate trece la discutarea propunerii de suspendare, conținutul avizului fiind un criteriu substanțial de referință pentru vorbitori. Dacă Curtea Constituțională⁶ își va dobândi o autoritate și un prestigiu de netăgăduit prin deciziile și hotărârile

¹ Avizul consultativ al Curții Constituționale nr.1/2007

² Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ*, op. cit., p.334

³ Petrescu Rodica Narcisa, *Drept administrativ*, Editura Hamangiu, București, 2009, p.73

⁴ A se vedea C.C., Avizul consultativ nr.1/2007 privind propunerea de suspendare din funcție a Președintelui României în M. Of. Nr.258 din 18 aprilie 2007. Pentru opinii asupra conținutului acestui aviz consultativ, a se vedea R. Carp, I. Stanomir, 2008, p.281 și urm.

⁵ Deaconu Ștefan, *Bună guvernare și descentralizare*, în RDP nr. 3/2003, p. 28

⁶ “Curtea Constituțională poate fi chemată să corecteze defecte ale sistemului democratic. Curtea poate sancționa o autoritate pentru o nedreptate comisă. Sancțiunea nu va fi numai anularea actului, ci și demiterea din funcție a autorului greșelii. Demiterea șefilor de stat sau de guvern și a miniștrilor, act care altădată era rezervat în exclusivitate

sale, se presupune că și avizul pe care-l va da pentru suspendarea Președintelui va fi privit ca un aviz din partea unei autorități formate din profesioniști de excepție, echidistantă din punct de vedere politic. Invers, dacă judecătorii Curții vor da dovadă de receptivitate față de mai marii politici, inclusiv când aleg președintele Curții, atunci avizul apare ca fiind al unor curteni politici și nu al unei autorități autonome.¹ După ce avizul a ajuns pe masa Parlamentului sunt create condițiile participării Președintelui la lucrările Camerelor reunite.

- Camera Deputaților și Senatul în ședință comună, dezbat propunerea de suspendare;
- dacă Președintele consideră necesar, trebuie să i se dea dreptul de a da explicații cu privire la faptele ce i se impută. Textul Constituției lasă la latitudinea Președintelui prezența în fața Parlamentului, nestabilindu-i o obligație în acest sens “Președintele poate da Parlamentului explicații cu privire la faptele ce i se impută”.

- Parlamentul dezbat propunerea de suspendare după procedura stabilită prin Regulamentul ședințelor comune² și propunerea de suspendare trebuie aprobată de Parlament cu cel puțin votul majorității deputaților și senatorilor.

Consecințele aprobării propunerii de suspendare din funcție a Președintelui României:

- potrivit art. 98 alin.1 din Constituție, dacă Președintele este suspendat din funcție, se instaurează interimatul funcției de Președinte, interimat care se asigură, în ordine, de președintele Senatului sau de președintele Camerei Deputaților;

- atribuțiile prevăzute în art. 88-90 din Constituție nu pot fi exercitate pe durata interimatului funcției prezidențiale;

- în cel mult 30 de zile de la data aprobării propunerii de suspendare din funcție, se organizează un referendum pentru demiterea președintelui. “În cazul în care referendumul nu s-a organizat în cel mult 30 de zile de la data aprobării cererii de suspendare din funcție sau atunci când, deși s-a organizat în acest termen, electoratul a refuzat demiterea, încetează interimatul funcției și Președintele reia exercițiul mandatului său.”³ Dacă prin referendum corpul electoral a hotărât demiterea din funcție, interimatul va continua până la validarea mandatului și depunerea jurământului de către noul Președinte. În cazul în care în urma referendumului cetățenii votează pentru menținerea în funcție a Președintelui, acesta își va relua atribuțiile de îndată ce sunt validate rezultatele referendumului de către Curtea Constituțională printr-o hotărâre.⁴

Referitor la alegerile pentru un nou Președinte, în art. 97 alin. 2 se prevede că, în termen de 3 luni de la data la care a intervenit vacanța funcției de Președinte - în cazul discutat de la data demiterii Președintelui, Guvernul va organiza alegeri pentru un nou Președinte.

IV. Legea referendumului

Legea nr.3/2000 constituie sediul materiei pentru organizarea și desfășurarea referendumului (național sau local).⁵ În articolul 1 din lege se precizează că în România suveranitatea națională aparține poporului român, care o exercită prin organele sale reprezentative și prin referendum. Referendumul național constituie forma și mijlocul de consultare directă și de exprimare a voinței suverane a poporului cu privire la:

- revizuirea Constituției;
- demiterea Președintelui României;
- probleme de interes național⁶

adunărilor parlamentare, este un domeniu în care Curțile Constituționale pot avea împuternicire”-Antonio La Pergola, președintele Comisiei de Democrație prin Drept

¹ Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ*, p. 332

² Articolul 66 din Regulamentul Parlamentului

³ Deleanu Ion, 2001, op.cit., p.357

⁴ Deaconu Ștefan, op. cit., p.37

⁵ M. Of. Nr.84 din 24 februarie 2000

⁶ Articolul 2 alin.1 din Legea nr.3/2000

Potrivit art.15 alin.1 lit.b din Legea nr.3/2000, obiectul¹ și data referendumului național privind demiterea Președintelui României se stabilesc prin hotărâre a Parlamentului, cu respectarea art. 95 alin. 3 din Constituție.

Aducerea la cunoștință public a datei referendumului național se face prin Monitorul Oficial al României, Partea I, prin presă, radio și televiziune.² Deși Constituantul nu face nicio precizare cu privire la subiectul de drept care are obligația prevăzută de art.102 alin.1 de a asigura realizarea politici interne și externe a țării.³

Prin derogarea de la art. 5 alin. 2, care stabilește că referendumul este valabil dacă la acesta participă cel puțin jumătate plus unu din numărul persoanelor înscrise în listele electorale, demiterea Președintelui României este aprobată dacă a întrunit “majoritatea voturilor valabil exprimate, la nivelul țării, ale cetățenilor care au participat la referendum.”⁴ Astfel, populația poate avea o atitudine diferită de cea a Parlamentului, să nu voteze în favoarea demiterii Președintelui, așa cum s-a întâmplat cu ocazia referendumului din 19 mai 2007, când populația a respins demiterea Președintelui, având o poziție diferită față de cea a celor 322 de parlamentari care au votat în favoarea suspendării. Ca atare, după respingerea demiterii de către popor prin referendum, acesta și-a reluat atribuțiile, iar Parlamentul și-a continuat activitatea.⁵ Curtea Constituțională este organul instituțional care are drept atribuții furnizarea Parlamentului a unui raport cu privire la respectarea procedurii pentru organizarea și desfășurarea referendumului național și confirmarea rezultatelor acestuia.

În art. 45 alin. 2 din Legea 3/2000 se prevede că măsura demiterii din funcție a Președintelui României intră în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, a hotărârii Curții Constituționale de confirmare a referendumului.⁶

Alineatul (3) al art. 95 nu precizează cine are obligația organizării referendumului, dar se subînțelege că această obligație revine Guvernului, care “asigură realizarea politicii interne și externe a țării și exercită conducerea generală a administrației publice”.

Apoi, hotărârile de Guvern, potrivit art.108 alin. (2) din Constituție, se emit pentru organizarea executării legilor, între care, evident, și legea prevăzută de art. 73 alin. (3) lit.d): “organizarea și desfășurarea referendumului”.

Referendumul este forma juridică primară de manifestare a suveranității naționale, el evocă democrația directă, iar în cazul art. 95 din Constituție apare și ca un mijloc de soluționare a conflictului politic dintre Parlament și Președintele României, ambele autorități legitimate de votul popular direct.⁷

¹ Cetățenii care participă la referendum au dreptul să se pronunțe prin DA sau NU la următoarea întrebare înscrisă pe buletinul de vot: Sunteți de acord cu demiterea Președintelui României?

² Pentru alte dispoziții despre desfășurarea referendumului național privind demiterea Președintelui României, a se vedea art.8 și urm. din Legea nr.3/2000

³ Vedinaș Verginia, *Drept administrativ*, Ediția a IV a revăzută și actualizată, Editura Universul Juridic, București, 2012, p.351

⁴ Articolul 10 din Legea nr.3/2000, modificat prin Legea nr. 129/2007 (M. Of. Nr.300 din 5 mai 2007)

⁵ Cu privire la detalii referitoare la aceste aspecte, a se vedea Apostol Tofan, op. cit., vol I, 2008, p.146

⁶ Petrescu Rodica Narcisa, *Drept administrativ*, Editura Hamangiu, București, 2009, p.76

⁷ Față de spiritul art.2 din Constituție, un eventual refuz al poporului de a vota demiterea Președintelui echivalează cu un „vot de blam” la adresa Parlamentului, adică cu retragerea susținerii. Acest aspect ar putea determina punerea în discuție dizolvarea Parlamentului. Acest punct de vedere ar trebui să-și găsească o consacrare expresă în Constituție. Astfel, retragerea încrederii poporului trebuie să conducă de ce nu și la alegerea unui nou Parlament. La fel ca în cazul referendumului solicitat de Președinte, potrivit art.90 din Constituție, data retragerii legitimității Parlamentului prin referendum este data de la care începe să curgă termenul celor trei luni pentru organizarea de noi alegeri, prevăzute de art.60 alin. (2) din Constituție. Aceasta este o altă consecință a principiului simetriei instituțiilor dreptului public.

Dacă poporul la referendum, a votat pentru demiterea Președintelui, atunci intervine vacanța funcției¹, iar în termen de trei luni de la data referendumului, potrivit art. 96 alin. (2) din Constituție, Guvernul va organiza alegeri pentru un nou Președinte. Se înțelege, față de logica de ansamblu a instituției Președintelui României, că se vor organiza alegeri pentru un nou mandat și nu pentru continuarea mandatului Președintelui demis. Spre deosebire de această situație, alegerile pentru un nou primar, un nou consilier, un nou parlamentar sunt alegeri pentru diferența de mandate, fiind vorba aici de mandatul instituției. La fel, în cazul vacanței unei funcții de judecător la Curtea Constituțională, cel desemnat va deține funcția pentru diferența de mandate.

În continuare voi face o analiză comparativă și simplificată a diverselor regimuri de suspendare a președinților din majoritatea statelor membre ale Uniunii Europene. Pentru acest studiu am folosit ca sursă textele constituțiilor statelor implicate în discuție. Reținem că Olanda, Belgia, Regatul Unit al Marii Britanii, Spania, Danemarca și Suedia sunt monarhii și nu fac parte din această analiză.

1.State în care suspendarea politică a președintelui nu poate fi operată.

Aici intră în discuție următoarele state membre: Franța, Polonia, Italia, Republica Cehă, Estonia, Portugalia și Cipru.

Suspendarea Președintelui nu poate fi executată de către Parlament iar poporul nu are niciun control direct politic asupra președintelui, singura opțiune fiind sancționarea politică la alegeri, cel mai frecvent din 5 în 5 ani, după caz.

În aceste state, controlul și balanța puterilor în stat, “împotriva președintelui” se face prin punerea sub acuzare și condamnarea președintelui, decizie care este dată de Înalta Curte de Justiție/Curtea Supremă a statului. Astfel președintele poate fi demis doar printr-o decizie judecătorească, abilitată în a aprecia dacă președintele este culpabil după caz, fie de “înalță trădare”, fie de “alte crime grave”. Însă aici este necesară precizarea că președintele în aceste state, nu este sancționat pentru politica sa proastă ci pentru crime grave, care cad sub incidența dreptului penal.

Chiar mai mult, în unele din aceste state, precum Franța, președintele poate dizolva Parlamentul și încă fără motiv, o dată la doi ani, după consultarea premierului și a președinților camerelor adunării parlamentare. Și în România președintele poate dizolva Parlamentul numai o singură dată 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.

2.State în care suspendarea sau demiterea politică a președintelui poate fi realizată de către Parlament.²

a. State în care Președintele este ales de către Parlament. În state precum Letonia, Grecia, Malta, Președintele poate fi revocat direct politic de către Parlament fără alte măsuri suplimentare (deoarece este ales de Parlament) pentru “comportament neadecvat”, “incapabilitate”, “încălțări de Constituție”. În Grecia, președintele la rândul lui, la propunerea premierului (care a primit votul de încredere) poate dizolva Parlamentul. În acest caz, decizia de demitere luată de Parlament nu necesită aprobare prin referendum.

b. State în care Președintele este ales de către popor prin vot universal, egal, direct, secret și liber exprimat.

¹ Pe perioada vacanței, interimatul funcției de Președinte al României se asigură de Președintele Senatului, iar dacă acest lucru nu este posibil, de către Președintele Camerei Deputaților. Un element de noutate absolută aduc de Constituția României îl reprezintă „Răspunderea președintelui interimar” (art.98), față de care, de asemenea, se poate declanșa procedura de suspendare și demitere. Oricum, președintele interimar nu poate, potrivit art.97 alin. (2) din Constituție, să exercite atribuțiile Președintelui României prevăzute de art.88 (mesaje), art.89 (dizolvarea Parlamentului) și art.90 (referendumul).

² <http://www.contributors.ro/editorial/o-analiza-de-drept-comparat-suspendarea-presedintelui-in-ue/> accesat la data de 05.03.2013

• **Parlament și referendum.** În afară de România, doar în Slovacia mai există un sistem similar în UE. Aici dacă președintele suspendat nu e confirmat prin demitere cu referendum, Parlamentul e dizolvat el însuși de drept, iar Președintele începe un nou mandat de 5 ani. Iar aceasta pentru a evita probabil abuzul din partea Parlamentului care poate crea instabilitate politică, economică și aduce cheltuieli bugetului țării. Condiția majorității absolute (cvorumul) de 50% + 1 din votanții înscrși pe listă există în Slovacia și este prevăzută direct prin Constituție dar suspendarea Președintelui poate fi operată indiferent de motiv.

• **Parlament și Curtea Constituțională.** Celui din urmă caz îi aparțin Germania (Germania fiind o excepție, președintele fiind ales de Convenția federală), Ungaria și Austria, în care Președintele poate fi suspendat de către Parlament dar pentru a se transforma în demitere este necesară o hotărâre judecătorească a Curții Constituționale, decizie definitivă, care se pronunță asupra unei încălcări grave și intenționate a Constituției. Demiterea nu necesită referendum.

În concluzie, metodele de demitere a președinților statelor membre UE există, însă România și Slovacia sunt singurele state în UE în care un președinte ales de cetățeni poate fi suspendat de Parlament, decizia unei Curți Constituționale nefiind tranșantă, demiterea survenind atunci când cetățenii validează, cu condiția cvorumului, suspendarea președintelui. Doar că în cazul Slovaciei, legislativul și-a dat seama că această măsură poate fi abuzivă: în cazul în care Președintele nu este demis, Parlamentul e dizolvat ca sancțiune pentru măsura-i care s-a dovedit abuzivă. În toate celelalte state membre, Președintele ales de cetățeni poate fi doar direct demis, aceasta după hotărârea unei Instanțe Judecătorești, fie ea Curte Constituțională (care apreciază dacă Constituția a fost grav încălcată) fie prin Înalta Curte (care apreciază înalta trădare sau alte crime grave), nicidecum un Președinte, într-un sistem democratic indirect neputând fi demis pentru lipsă de susținere politică sau populară.

România a pus în aplicare prevederile constituționale ale suspendării, până acum de 3 ori, în timp ce celelalte state membre niciodată, fie că vorbim despre suspendare ori demitere. Se poate pomeni în schimb demisia în cazul președintelui Ungariei pentru plagiat, dar, în România Parlamentul parcă abuzează de această literă de lege.

Răspunderea politică și răspunderea penală a Președintelui României. Răspunderea politică se referă la săvârșirea unor fapte grave de încălcare a prevederilor Constituției, iar răspunderea penală la fapta de “înalță trădare” - o faptă politică de o gravitate extremă a Președintelui, prin care acesta s-a compromis definitiv și iremediabil, aducând totodată prejudicii imense țării și națiunii române.

“Judecata” parlamentarilor, cum s-a învederat deja, este o judecată politică, dar pentru argumentarea gravității extreme a faptei Președintelui, referirile la Codul penal nu numai că sunt inevitabile, dar apar ca fiind strict necesare. Numai în felul acesta deosebim acuzația de “săvârșire a unor fapte grave prin care încalcă prevederile Constituției”, ce reprezintă temeiul obiectiv al declanșării procesului de tragere la răspundere politică, în baza art.95, de acuzația calificată ca fiind înalta trădare, ce reprezintă temeiul tragerii la răspundere penală, în baza art.96.¹

Cu toată diferența dintre art. 95 și art. 96 (în primul caz este vorba de fapte mai puțin grave), votul Parlamentului are semnificația suspendării din funcție a Președintelui, în ambele cazuri, fiind corecția adusă prin Legea de revizuire a Constituției.

Acuzațiile sunt aduse de către Parlament. Votul Parlamentului, strict procedural vorbind, nu are decât semnificația sesizării Curtii Constituționale sau Pachetului General, el nu poate constitui vreo obligație juridică sub aspectul existenței unei fapte mai puțin grave sau penale. Așadar, parlamentarilor nu li se cer să facă dovada săvârșirii de către Președinte a faptei X sau Y, aceasta este o problemă a autorității judecătorești.

¹ Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ*, volumul I-Introducere. Organizarea administrativă. Funcția publică, Ediția4, Editura All Beck, București, 2005, p.552

Parlamentul dispune de o veritabilă putere discreționară de a-l suspenda pe Președinte, apreciind că faptele care i se impută acestuia sunt fapte grave de încălcare a Constituției, motiv pentru care legea fundamentală ar trebui să prevadă și sancțiuni pentru Parlament atunci când abuzează de acest drept.

În ceea ce privește imunitatea Președintelui, imunitatea politică se referă strict la opinii, păreri, discursuri politice, pe când imunitatea penală privește urmărirea și judecarea penală în privința tuturor infracțiunilor, în afara înaltei trădări. Acesta nu va fi judecat până nu-și va termina mandatul. Abia apoi va putea fi tras la răspundere.

Imunitatea de care se bucură Președintele reprezintă un regim special al răspunderii pentru fapte comise în exercitarea prerogativelor funcției sale.

Pe plan politic, se poate vorbi de o imunitate completă a Președintelui, constând în faptul că el nu răspunde, în principiu, pentru modul în care își exercită atribuțiile ce îi revin din funcția pe care o ocupă, inclusiv pentru opiniile pe care le exprimă în aceeași ipostază. (F. Vasilescu, în colectiv, 1992, p.70)

Această concepție a imunității trebuie înțeleasă în sensul pe care legiuitorul a vrut să-l dea acestei excepții de la regula responsabilității, în deplină concordanță cu regulile democrației și ale statului de drept, în care imunitatea ține de mandat și nu de persoana în cauză, imunitate pe care reprezentantul națiunii o are pentru a-l apăra de orice abuzuri în îndeplinirea mandatului său.¹

În legătură cu “exprimarea opiniilor politice” de către Președintele României, ca urmare a aplicării art.70 referitor la independența opiniilor politice în cazul parlamentarilor, se ridică o problemă delicată, după cum s-a remarcat în doctrină, anterior revizuirii Constituției. Deși liber să-și exprime punctele de vedere, Președintele nu trebuie totuși să dea niciun moment impresia că se situează de partea uneia sau alteia dintre părți, situație în care ar fi afectată imaginea sa de mediator între puterile statului, între stat și societate.²

Ar trebui să existe o reglementare mai clară a instituției imunității Președintelui și nu o trimitere la dispozițiile constituționale referitoare la imunitatea parlamentară, deoarece cele două tipuri de imunități sunt diferite și nu se pot aplica “în mod corespunzător” una pentru cealaltă.³

Cele două etape sunt bine delimitate, suspendarea este o măsură, iar răspunderea înseamnă tragerea la răspundere a Președintelui. Trebuie specificat că, după demitere, Președintele are posibilitatea de a candida din nou după trei luni (dacă a avut un singur mandat). Este de la sine înțeles că odată ce poporul a votat în favoarea demiterii, o nouă candidatură nu ar avea nicio finalizare favorabilă.

Faptul că în Constituție se vorbește de un “nou Președinte”, se crede că cel care și-a dat demisia sau cel care a fost demis, nu va mai putea candida în următoarele alegeri. De fapt, electoratul este cel care poate sancționa un astfel de candidat prin votul său, sintagma, “nou Președinte” neputând să aibă în mod obligatoriu conotația de “alt Președinte”.⁴

Deși Constituția nu conține o prevedere expresă, se consideră că Președintele nou ales își va exercita mandatul pe o perioadă de 5 ani și nu doar diferența de mandate care a rămas de exercitat de Președintele demis. Referendumul este un mijloc de soluționare a conflictului politic dintre Parlament și Președinte, ambele fiind autorități legitimate de votul popular.⁵

¹ Deaconu Ștefan, *Câteva aspecte de natură constituțională privind răspunderea Președintelui României*, Dreptul nr.12/2007, p.27

² V. Duculescu, C. Călinoiu, G. Duculescu, *Constituția României-comentată și adnotată*, Editura Lumina Lex, București 1997, p.267

³ Deaconu Ștefan, loc. Cit. Dreptul nr.12/2007, p.27

⁴ Apostol Dana Tofan, *Drept administrativ*, vol.I, Ediția a II a, Editura C. H. Beck, București, 2008, p.146

⁵ A. Iorgovan, op. cit., 2005, p.334

V. Concluzii

Concluzionând, Președintele la fel ca și parlamentarii sau judecătorii Curții Constituționale știm că se bucură de imunitate, deși nu în totalitate. Consider că este nevoie de un regim special al răspunderii sale pentru faptele comise în exercitarea prerogativelor funcției, ce intră sub incidența legii.

Pe de altă parte, punerea sub acuzare a Președintelui poate fi rezultatul unei confruntări de opinii, de programe, de atitudini, de ideologii politice, poate fi un simplu joc politic sau al unei răzbunări politice, de aceea cred că Parlamentul ar trebui să fie tras la răspundere în cazul nedemiterii Președintelui prin referendum. Legea referendumului, adică democrația direct exprimată, conform căreia Președintele ales de către un electorat, poate fi la fel de bine demis este corectă și foarte bine argumentată/justificată.

Prin contrasemnarea propunerii de suspendare se exercită un control indirect de către Parlament asupra activității Președintelui, de aceea și Parlamentul ar trebui să răspundă în cazul unei propuneri de suspendare nereușită. O soluție, așa cum am precizat mai sus ar putea fi dizolvarea Parlamentului-ca în cazul Slovaciei, dar acest aspect ar trebui să fie foarte bine nuanțat și legiferat.

Ceea ce este interesant de observat este faptul că, atât în cazul răspunderii politice, cât și a celei penale, Președintele își poate reîncepe activitatea - dacă nu este demis, la fel ca și Parlamentul; - dacă nu-l demite. Se pune problema cine ar trebui să fie tras la răspundere mai întâi, cât de ușor ar trebui să fie procesul suspendării Președintelui, dacă nu cumva ar trebui precizate faptele pentru care ar putea fi demis sau nu. Este adevărat că legea poate fi interpretată și sunt de acord cu asta, însă în cazul țării noastre cred că ultimele două intenții de suspendare a Președintelui, nu au fost bine gândite și organizate încât să se concretizeze. Aici nu mă refer strict la motivele aduse în susținerea cererii de suspendare, ci împrejurările, modul în care a fost organizat referendumul, faptul că aceste încercări nu au avut un suport real din partea oamenilor. În primul caz, electoratul a votat împotriva demiterii, iar în al doilea caz nefiind întrunit cvorumul necesar demiterii.

Trebuie specificat faptul că această lucrare are un subiect deschis, întrucât părerile, în ceea ce privește răspunderea Președintelui României sunt diverse. După părerea mea creșterea prestigiului Curții Constituționale ar putea fi un temei pentru o nouă etapă în procesul de constituționalizare a vieții politice, în sensul formării unei practici de consultare a Curții Constituționale și în cazul comportamentului presupus neconstituțional al Guvernului, al membrilor Guvernului sau al membrilor Parlamentului. De asemenea, soluțiile și propunerile clarificării legii 95 din Constituția României sunt discutabile. Probabil eventualele reglementări vor interveni dacă această tragere la răspundere se va repeta sau în funcție de modul în care diverși parlamentari vor interpreta diferite situații.

Bibliografie:

I. Tratat, cursuri

- Apostol Dana Tofan, *Drept administrativ*, vol.I, Ediția a II a, Editura C. H. Beck, București, 2008, pp.142-149
- Bălan E., *Instituții administrative*, Editura C. H. Beck, București, 2008
- Deaconu Ștefan, *Bună guvernare și descentralizare*, în RDP nr. 3/2003
- Deleanu Ion, *Instituții și proceduri constituționale*, 2001
- Iorgovan Antonie, *Tratat de drept administrativ*, volumul I-Introducere. Organizarea administrativă. Funcția publică, Ediția4, Editura All Beck, București, 2005, pp.330-337
- Petrescu Rodica Narcisa, *Drept administrativ*, Editura Hamangiu, București, 2009, pp.72-77
- Vedinaș Virginia, *Drept administrativ*, Ediția a IV a revăzută și actualizată, Editura Universul Juridic, București, 2012, pp.348-353
- Duculescu Victor, Călinoiu Constanța, Duculescu Georgeta, *Constituția României-comentată și adnotată*, Editura Lumina Lex, București 1997, pp.267-271

II. Acte normative:

- Constituția României, Ediția a 2-a, actualizată la data de 18 septembrie 2012 (Articolele 1, 5, 15, 21, 45, 52, 70, 72, 73, 84, 88, 89, 90, 95, 96, 97, 98, 102)
- Legea nr.554/2004 a contenciosului administrativ
- Avizul consultativ al Curții Constituționale nr.1/2007
- Articolul 66 din Regulamentul Parlamentului
- Articolul 10 din Legea nr. 3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 489, din 17 iulie 2012

III. Studii, articole

- Deaconu Ștefan, *Câteva aspecte de natură constituțională privind răspunderea Președintelui României*, Dreptul nr.12/2007, p.27
- Clej, Petru, *Ce este suspendarea din funcție a Președintelui României* accesat la data de 19.03.2013 http://www.bbc.co.uk/romanian/news/story/2007/01/070121_suspendare_analiza.shtml
- Susman Paul, *O analiză de drept comparat. Suspendarea președintelui în UE*, accesat la data de 14.03.2013 <http://www.contributors.ro/editorial/o-analiza-de-drept-comparat-suspendarea-presedintelui-in-ue/>

CUPRINS

DECLARAȚIILE MARTORILOR - MIJLOC DE PROBĂ ESENȚIAL ÎN PRACTICA JUDICIARĂ ROMÂNĂ ȘI INTERNAȚIONALĂ Cătălina Dincă	4
ÎNȘELĂCIUNEA ÎN CONVENȚII PRIN FOLSIREA DE MIJLOACE FRAUDULOASE Diana-Alexandra Dumitru	16
DELIMITĂRI ÎNTRE INFRAȚIUNEA DE LUARE DE MITĂ ȘI INFRAȚIUNEA DE TRAFIC DE INFLUENȚĂ Claudia Baba și Alexandru Bogdan Oinac	26
PERICOLUL PENTRU ORDINEA PUBLICĂ – TEMEI AL ARESTĂRII PREVENTIVE Mihail Mazilu	47
INTERCEPTĂRILE – MIJLOC DE PROBĂ ÎN PROCESUL PENAL Elena Meissner	54
ASPECTE DE PSIHOLOGIE PRIVIND RELAȚIA ANCHETATOR – ANCHETAT Antonia Ligia Bondar	63
MĂSURILE ASIGURĂTORII ÎN PROCESUL PENAL Dănuț-Mădălin Bodron	73
STUDIU COMPARATIV ÎNTRE INFRAȚIUNEA DE ÎNȘELĂCIUNE ȘI ABUZUL DE ÎNCREDERE Mădălina-Elena Chivu	93
THE CRIMINAL „VALUE” OF SOME MINUTES LIFE Zsuzsanna Guzi, Andrei-Ionuț Simiuc	112
INFRAȚIUNEA DE ARESTARE NELEGALĂ ȘI CERCETARE ABUZIVĂ ÎN JURISPRUDENȚA CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI Bilanici Raluca Georgiana	123
CONTINUTUL MASURILOR EDUCATIVE IN NOUL COD PENAL Stinga Ginuta	132
REEDUCARE PRIN TORTURĂ Anca Elena Ion	140
GENOCIDUL - O AMENINȚARE LA ADRESA COMUNITĂȚII INTERNAȚIONALE Andrei-Marian Covaliu	152
AUDIAREA MARTORILOR Alexandru Stanică	162

ANALIZĂ COMPARATIVĂ A INFRAACȚIUNII DE PRUNCUCIDERE ÎN VIZIUNEA ACTUALULUI ȘI VIITORULUI COD PENAL Al Bahra Saly	169
JACK SPINTECATORUL STUDIU DE CAZ Ana Maria Alexandra Iosif	178
FORMELE INFRAACȚIUNII INTENȚIONATE TENTATIVA Adelina-Elena Modiga	200
FRAUDA INFORMATICĂ:INFRAACȚIUNE DISTINCTĂ SAU VARIETATE A ÎNȘELĂCIUNII DIN DREPTUL COMUN? Florentina Păun	212
SPIONAJUL Natalia-Mădălina Șerban	222
MANDATUL EUROPEAN DE ARESTARE - EXTRĂDAREA, O ANALIZĂ COMPARATĂ Ciprian – Ștefan Ignat, Paraschiv Daniel	234
DELIMITAREA INFRAACȚIUNII DE OMOR DE CEA DE LOVIRI SAU VĂTĂMĂRI CAUZATOARE DE MOARTE Cristi Gabriel Cronț	247
INCRIMINAREA URMĂRILOR FAPTEI DE ÎNCREDINȚARE A UNUI AUTOVEHICUL UNEI PERSOANE NEPOSESOARE DE CARNET DE CONDUCERE Ioana-Cristina Dedu	255
CERȘETORII – INFRACTORI SAU OAMENI NORMALI? Nicușor Tudor, Ruxandra - Mihaela Popa	260
STRUCTURA ACȚIUNII PENALE Anca-Cătălina Chiriac	268
RAPORTUL DINTRE ACȚIUNI ÎN PROCESUL PENAL Andreea Popa	276
INTERCEPTAREA ȘI ÎNREGISTRĂRILE AUDIO SAU VIDEO Bota Alexandru, Crizboi Flavian	284
CONDAMNATII DEOSEBIT DE PERICULOSI – POSIBILITATEA REEDUCARII SI A REINSERTIEI SOCIALE A ACESTORA Ioana-Cristina Dedu	293
CONDIȚIILE EXERCITĂRII ACȚIUNII CIVILE ÎN PROCESUL PENAL Cristi Gabriel Cronț	299

ANALIZA CONCEPTULUI DE RECIDIVA DIN DREPTUL PENAL ȘI DE RECIDIVISM DIN CRIMINOLOGIE Alexandra Mateescu	308
UCIDERA LA CEREREA VICTIMEI Anca – Georgiana Barbu	321
PREZUMȚIA DE NEVINOVĂȚIE ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNEASCĂ ȘI JURISPRUDENȚA C.E.D.O. Iordache Anca	332
RESOCIALIZAREA PRIN MUNCĂ – SCOP ȘI EFECT Lavinia Lungu, Mihaela Sava	347
AREST LA DOMICILIU Iordachescu Oana, Kirli Livia	358
EVOLUȚIA AMENZILOR ÎN DOMENIUL CONCURENȚEI LA NIVELUL UNIUNII EUROPENE Gabriel Ianculescu	364
ANALIZĂ COMPARATIVĂ ÎNTRE FIDUCIE, ADMINISTRAREA BUNURILOR ALTUIA ȘI CONTRACTUL DE MANDAT Teodor Florian Onea	372
COMPANIA DE PROIECT DIN CADRUL PARTENERIATULUI PUBLIC-PRIVAT Ștefan Grigore	379
THE SPECIAL LEGAL NATURE OF MATRIMONIAL PROPERTY CONTRACT IN THE HUNGARIAN CIVIL LAW Nóra Béres	390
MODURILE DE EXERCITARE A DREPTULUI DE PROPRIETATE PUBLICĂ Mădălina-Ștefania Maftai	393
CONTRACTUL DE TRANSPORT DE BUNURI Alexandru Ionuț Toader	403
RĂSPUNDEREA ADMINISTRATORILOR SOCIETĂȚII CU RĂSPUNDERE LIMITATĂ ȘI SOCIETĂȚII PE ACȚIUNI Doru Mihai Pârvu	412
DREPTUL CREDITORILOR CHIROGRAFARI ASUPRA PATRIMONIULUI DEBITORULUI Laura Colțan	425
PRACTICILE ANTICONCURENȚIALE ABUZUL DE POZIȚIE DOMINANTĂ Ioana Ghiță	437

RASPUNDEREA ADMINISTRATORILOR SOCIETATILOR DIN PERSPECTIVA NOULUI COD CIVIL Adrian Manole	448
LICHIDAREA AVERII DEBITORULUI AFLAT ÎN PROCEDURA FALIMENTULUI Florin Lucian Paliță	462
ASPECTE PRIVIND CONFLICTELE DE LEGI DIN DOMENIUL DREPTULUI DE AUTOR Anca-Raluca Boldea	471
UZUCAPIUNEA ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL Iulia-Andreea Constanda	483
CONTRACTUL DE FURNIZARE Miruna Mihaela Tănăsescu	492
ACTIUNEA ÎN REVENDICARE MOBILIARĂ ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL Oana Durubală	499
OBLIGAȚIILE PROFESIONALE ALE COMERCIANTULUI ÎN LUMINA NOULUI COD CIVIL Florentina Patricia Păun	507
ASIGURAREA DE RĂSPUNDERE CIVILĂ PROFESIONALĂ A MEDICILOR ȘI AVOCAȚILOR Mihăiță Constantin Litră	513
CONTRACTUL DE ASOCIERE IN PARTICIPATIUNE CIVILA ȘI COMERCIALA Laura-Andreea Hușcă	525
CONTRACTUL DE FIDUCIE Fătu Loredana și Dumitrache Luiza	537
CONTRACTUL DE FACTORING Ovidiu Marian Oprea	544
FORMELE DE CONTRACT TIP FIDIC ÎN ROMÂNIA Gabriel Ianculescu	557
INTERNSHIP-UL – DEZIDERAT ȘI REALITATE Lavinia Lungu, Mihaela Sava	564
CONTRACTUL DE LEASING Alexandru Ion Mănăilă	583
COMPARAȚIE: SOCIETATEA SIMPLĂ-SOCIETATEA CU RĂSPUNDERE LIMITATĂ Valentina Maria Stan	620

TEORIA IMPREVIZIUNII ÎN CONTRACTELE COMERCIALE Ana Cristina Eremia, Alexandru Nicolae Anghel	629
ASPECTE DE ORDIN TEORETIC ȘI PRACTIC CU PRIVIRE LA HOTĂRÂREA JUDECĂTOREASCĂ ÎN LEGISLAȚIA RECENTĂ (ACTUALA ȘI VIITOAREA REGLEMENTARE) Gabriel Manea	637
TRANZACȚIA JUDICIARĂ Andreea-Raluca Gabor	647
EFECTELE CONTRACTULUI DE INTERMEDIERE PE PIAȚA DE CAPITAL Lavinia Elena Dîrloșanu	658
ACȚIUNEA ÎN REVENDICARE IMOBILIARĂ- ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE Delia Diana Lepădatu	682
COMPARAȚIE PRIVIND SISTEMELE DE ADMINISTRARE ALE S.A. Mihai Iulian Băicoianu, Dănuț Tite	691
MONARH SAU PREȘEDINTE? Ciprian-Ștefan Ignat, Adelina-Elena Modiga	700
REFLECȚII ASUPRA ȘEFULUI DE STAT Radu Alexandru Mavrodin	707
IMUNITATEA PREȘEDINTELUI UN CONCEPT DESUET Teodorescu Gilda	715
DREPTUL LA O BUNĂ ADMINISTRARE Denisa Pungă	722
NOILE REALITĂȚI ALE RĂSPUNDERII MEMBRILOR GUVERNULUI. RĂSPUNDEREA POLITICĂ SAU JURIDICĂ ÎN CAZUL PRIMULUI MINISTRU Mădălina-Ștefania Maftei	729
PRINCIPIILE FUNCȚIEI PUBLICE EUROPENE Mădălina-Georgeta Bordi, Mihai-Valentin Ogorean	737
MONARHIE VERSUS REPUBLICĂ Cosmin Ștefănescu, Marian Dănilă	745
AUTOGUVERNARE LOCALA – STUDIU DE CAZ: BELGIA Vlad Noaghea	752
ACORDURILE MONETARE DINTRE UNIUNEA EUROPEANĂ ȘI SFÂNTUL SCAUN – STATUL CETĂȚII VATICANULUI Marius Cătălin Mîțrea	758

IMUNITATEA PREȘEDINTELUI – UN CONCEPT DESUET? Ina-Cristina Ilie, Alina Gută	770
EVAZIUNEA FISCALĂ Adriana Caproș	777
IMPORTANȚA JURISPRUDENȚEI CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI ÎN ELABORAREA ACTELOR NORMATIVE Rodica Rizea	783
TAX HARMONIZATION IN HUNGARY AND IN THE EUROPE UNION Koronczai Edina	791
ABUZUL AUTORITĂȚILOR PUBLICE Paraschiv Daniel	799
THE LEGAL PROBLEMS OF A BIOMASS ENERGETIC SYSTEM Szilágyi Szabolcs	807
RESPONSABILITATEA ȘI JUSTUL ÎN VIZIUNEA SOCRATICĂ Irimia Oana Iulia	812
LIFE UNDER THE SHADOW OF INDUSTRIAL DISASTERS, I.E. THE CURRENT ISSUES OF THE CONTAMINATIONS OF SEAS András Kardos	821
ASPECTE EVOLUTIVE PRIVIND ASOCIAȚIA EUROPEANĂ A LIBERULUI SCHIMB Ana Loredana Măzăreanu	827
SCHEMA EUROPEANĂ DE COMERCIALIZARE A EMISIILOR DE DIOXID DE CARBON ÎN FAȚA CURȚII EUROPENE DE JUSTIȚIE Marilena-Roxana Tudorache	834
NOILE INSTRUMENTE DE LA BEIJING – ÎNTRE O NOUĂ REGLEMENTARE ȘI UN SIMPLU EXERCITIU JURIDIC Ruxandra – Mihaela Popa, Nicușor Tudor	845
PRIMARUL-ATUNCI ȘI ACUM. STATUTUL PRIMARULUI SCURT ISTORIC DESPRE INSTITUȚIA PRIMARULUI GENERAL AL BUCUREȘTIULUI Denisa Murugă	857
IMPORTANȚA JUROMETRIEI ÎN ANALIZA JURISPRUDENȚEI Beniamin Viorel Brânzaș	865
RAISING OF THE BUDGETARY INCOMES BY THE EXTENSION OF ENVIRONMENTAL TAXES Máté Lakatos	877

THE ACCESSION OF THE EU TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS HAVING A SPECIAL REGARD TO THE ADVANTAGES AND PROBLEMATIC ISSUES OF THE ACCESSION Lilla Nóra Kiss	884
APARIȚIA ȘI EVOLUȚIA POLITICII EXTERNE ȘI DE SECURITATE COMUNĂ DIN PRISMA TRATATELOR MODIFICATOARE ALE U.E. Liviu Rareș Chiriac	889
PRINCIPII COMUNE ALE ADMINISTRAȚIEI PUBLICE POTRIVIT MODELULUI EUROPEAN Laura Roxana Colțan	901
ACȚIUNEA ÎN INTERPRETARE CONFORM NOULUI REGULAMENT DE PROCEDURĂ ÎN FAȚA CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE Constantin - Tudor Conțaș	910
DEFICIENȚELE ADMINISTRAȚIEI PUBLICE O ANALIZĂ DIN PERSPECTIVĂ LIBERAL-CLASICĂ Daniel-Gabriel Secară	916
THE RIGHT OF THE INDIGENOUS PEOPLE TO THEIR ANCIENT LANDS IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT, WITH SPECIAL REGARD TO THE MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI AND THE SARAMAKA PEOPLE CASES Marinkás György	922
DIMENSIUNEA EUROPEANĂ A FUNCȚIEI PUBLICE Oana Durubală	930
THE INSTITUTION OF AFTERCARE Nóra Németh	938
NECESITATEA ASIGURARILOR DE VIATA IN ACTUALUL CONTEXT ECONOMIC Florin Gabriel Ichim	946
RETROSPECTIVA CRIZELOR ECONOMICE MONDIALE Vitalis Sergiu Alexandru	953
ȘOMAJUL ÎN BUCUREȘTI. ANALIZĂ ȘI METODE DE REDUCERE Alina Șotîrcă	961
IMPACTUL CRIZEI ECONOMICE ASUPRA ECONOMIEI DIN ROMÂNIA Radu Vlad Ștefan	970
DUBLA IMPUNERE INTERNAȚIONALĂ: CONȚINUT, CONSECINȚE ȘI CĂI DE EVITARE A ACESTEIA Ioana Cristina Ropotă	977

SLALOM PRINTRE TAXELE SI IMPOZITELE DIN ROMÂNIA SI BULGARIA Angela Stănescu (Burlan)	986
DIAGNOSTICUL FINANCIAR AL S.C. GENERAL FORWARDING SERVICE SRL Silvia-Daniela (Popa) Radu	996
PRINCIPALELE MODIFICĂRI ADUSE REGLEMENTĂRIILOR CONTABILE DIN OMFP NR. 3055/2009 ÎN ANUL 2012 Elena Marin	1009
POLITICI CONTABILE PRIVIND STOCURILE DE MĂRFURI Mîndricel Florentina Amalia	1017
FINANȚAREA INTERNAȚIONALĂ PRIN INTERMEDIUL FMI Claudiu Dragoș Vîlcu, Claudia Milea	1026
CE ALEGEM? COST ISTORIC SAU VALOARE JUSTA? Lucia Botolin, Diana Ilie	1033
ANALIZA SI PROGNOZA CHELTUIELILOR BUGETULUI ASIGURARILOR SOCIALE DE STAT Loredana Simona Berta	1048
CRITERIILE DE CONVERGENȚĂ PENTRU ADERAREA LA ZONA EURO IN LUMINA TRATATULUI DE LA MAASTRICHT. CAZUL ROMÂNIEI Mihaela Georgiana Bădică	1059
DISTRIBUȚIA PRODUSELOR ȘI SERVICIILOR FINANCIAR-BANCARE Andreea Ciocârlie	1068
EVAZIUNEA FISCALA! CONCURENȚĂ NELOIALA SAU MONOPOL? Alexandru Andreescu	1076
ANALIZA ECHILIBRULUI FINANCIAR AL SOCIETĂȚII SMARTREE ROMÂNIA Cătălin Alexandru Andrei	1088
RECLAMA – COMUNICARE IMPERSONALĂ CE INFLUENȚEAZĂ SOCIETATEA Petrea Nicolae	1102
COMPORTAMENTUL FINANCIAR AL CONSUMATORULUI ROMAN Constantin Dragos Razvan	1112
SRATEGIA DE PIAȚĂ A HYPERMARKETULUI REAL Mădălina Nare	1122
ANALIZA COSTURILOR REFERITOARE LA CALITATE Stan Laura-Elena	1141
PRELANSAREA SI LANSAREA PRODUSELOR NOI PE PIATA INTERNATIONALA; PROMOVAREA ÎN MARKETINGUL INTERNAȚIONAL (STUDIU DE CAZ) Tomescu Gabriela Aneline	1155

FUNDAMENTAREA MIXULUI DE MARKETING AL S.C RCS&RDS S.A. Stan Ana-Maria	1161
STRATEGII DE DEZVOLTARE A MULTINAȚIONALELOR DIN ȚĂRILE ÎN CURS DE DEZVOLTARE Cristina Muntea, Andrei Niculae	1182
MANAGEMENTUL RECLAMAȚIILOR Surlica Nicoleta-Luiza	1190
BRANDUL NAȚIONAL DE TURISM AL ROMÂNIEI Cristina Doroftei	1198
ÎNCEPUTURILE STATULUI MODERN: MACHIAVELLI ȘI IBN HALDUN Ruxandra Elena Neagu (Yilmaz), Ana-Maria Popa	1210
UNIUNEA EUROPEANĂ – UN MIT POLITIC MODERN? Laura – Florina Stan, Nicoleta – Doina Nedelea (Stan)	1220
ROMII-DE LA DISCRIMINAȚI LA DISCRIMINATORI Liana Camelia Vlad	1229
CONDIȚIILE ADMITERII ACȚIUNII DIRECTE ÎN CONTENCIOS ADMINISTRATIV Adriana Bodea	1237
GVERNUL Mihaela Alexandra Chirimeacă	1244
DREPTURILE ȘI OBLIGAȚIILE FUNCȚIONARILOR PUBLICI Mădălina Cosma	1257
MOTIVAREA PERSONALULUI ÎN CADRUL UNEI SOCIETĂȚI – POLITICI DE PERSONAL LA S.C. KILLTEC SPORT ȘI AGREMENT ROMÂNIA S.R.L. Adriana Bodea	1273
ADMINISTRAȚIA PUBLICĂ LOCALĂ Marius Cătălin Costache	1284
CONTRACTUL DE CONCESIUNE Daniela Biru	1295
RĂSPUNDEREA POLITICĂ A PREȘEDINTELUI ROMÂNIEI Elena Alina Spînu	1305