



Protocol Adițional la Convenția Penală privind Corupția

(STE Nr.
191)

Raport explicativ*)

*) Traducere
neoficiala.

Textul acestui Raport Explicativ nu constituie un instrument care prevede o interpretare autoritară a Protocolului, deși, prin natura sa poate facilita aplicarea prevederilor conținute în acesta. Acest Protocol va fi deschis pentru semnare la Strasbourg, la 15 mai 2003, cu ocazia celei de-a 112-a Sesiuni a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei.

Introduc ere

1. În cadrul celei de-a 103-a Sesiuni (noiembrie 1998) , Comitetul de Miniștri a adoptat Convenția Penală privind Corupția, care urma să fie deschisă Statelor pentru semnare începând cu data de 27 ianuarie 1999 și a autorizat publicarea Raportului Explicativ la Convenție. Convenția are ca scop armonizarea legislației naționale cu privire la incriminarea infracțiunilor de corupție, promovarea adoptării măsurilor complementare referitoare la codul penal și îmbunătățirea cooperării internaționale în domeniul investigării și urmării acestui tip de infracțiuni. În conformitate cu textul Convenției, Părțile Contractante se obligă să

incrimineze corupția activă și cea pasivă a agenților publici naționali, străini și internaționali, a membrilor parlamentelor și adunărilor naționale, internaționale și transnaționale, a judecătorilor naționali, străini și internaționali. De asemenea, Convenția prevede incriminarea corupției active și pasive în sectorul privat, a traficului de influență și a spălării banilor rezultați din delictе de corupție. Pe lângă aceasta, Convenția conține prevederi referitoare la infracțiunile contabile și alte aspecte de substanță și procedură, cum sunt jurisdicția, sancțiunile și măsurile, răspunderea persoanelor juridice, crearea autorităților specializate, cooperarea între autoritățile naționale, protecția martorilor. De asemenea, Convenția a introdus un set de reguli în vederea concilierii respectării tratatelor și acordurilor existente cu privire la cooperarea internațională în materie penală, cu necesitatea de a crea o bază legislativă specifică pentru cooperare în lupta împotriva corupției, în special în cazurile în care nu se aplică alte tratate sau acorduri. Convenția este un document complex și ambițios, care prevede incriminarea unui spectru larg de infracțiuni de corupție.

2. Grupul de State împotriva Corupției (GRECO) este organul responsabil pentru monitorizarea implementării Convenției.

3. Odată cu adoptarea Convenției Penale privind Corupția, a fost realizată o parte semnificativă a obiectivelor stabilite de către Programul de Acțiune împotriva Corupției (PAC) al Consiliului Europei în domeniul legislației penale. Totuși, la acel moment Convenția nu aborda toate aspectele legislației penale prevăzute în PAC. De asemenea, trebuie de menționat faptul că în timpul elaborării Convenției, GMC a convenit asupra amânării considerării incriminării la nivel internațional a altor infracțiuni legate de corupție.

4. De aceea, Grupul de lucru pentru legislația penală (CMLP) a discutat la câteva ședințe necesitatea incriminării la nivel internațional a altor forme de comportament corupt sau comportament care ar putea fi asimilat corupției, și anume:

- achiziția ilegală a participațiilor
- abuzul de informație internă în achiziția acțiunilor
- „la concussion” (extorsiune de către un funcționar public)
- îmbogățire ilicită
- coruperea membrilor organizațiilor non-guvernamentale
- coruperea arbitrilor sportivi
- cumpărarea și vânzarea voturilor

5. GMCP a discutat și câteva aspecte ale procedurilor penale și ale cooperării internaționale, care ar putea fi subiectul noilor standarde internaționale, cum ar fi:

- confiscarea produselor corupției, care presupune, eventual, transferul sarcinii probe;
- extinderea domeniului material al infracțiunilor prevăzute în articolul 13 al Convenției Penale, care incriminează spălarea banilor rezultați din delikte de corupție;
- aplicarea deciziilor legale emise de organe judiciare din străinătate privind confiscarea bunurilor rezultate din delikte de corupție ;
- măsuri de asigurare a integrității anchetei penale;
- durata perioadelor de limitare pentru infracțiunile prevăzute în Convenție.

6. Deși a fost recunoscută importanța celor mai multe dintre aceste aspecte pentru combaterea corupției, în discuție s-a constatat că unele dintre acestea sunt de natură generală și altele ar putea fi deja acoperite de către prevederile existente ale Convenției sau ale dreptului național. Astfel GMCP a considerat preferabilă amânarea adoptării standardelor adiționale în acest domeniu, lucru care ar putea fi efectuat în viitor în baza evaluărilor efectuate de către GRECO. Astfel, GMCP a decis întreruperea pentru o perioadă a lucrului asupra aspectelor menționate mai sus.

7. Pe de altă parte, ca rezultat al dezbaterilor, GMCP a convenit asupra elaborării unui Protocol adițional la Convenția Penală privind Corupția care să prevadă incriminarea corupției în domeniul arbitrajului. Din motivele specificate mai târziu, GMCP a decis să extindă domeniul Protocolului, astfel încât acesta să includă prevederi legate de corupția comisă de către sau împotriva juraților.

Comentarii la textul Protocolului

CAPITOLUL I –

TERMINOLOGIE

Articolul 1 –

Terminologie

8. Numai trei noțiuni sunt definite în Articolul 1, celelalte fiind abordate în locul corespunzător în textul Raportului Explicativ sau fiind deja utilizate în Convenția Penală privind Corupția.

9. Termenul “arbitru” este utilizat în Articolele 2-4. Aliniatul 1 al Articolului 1 definește conceptul de arbitru în două moduri: pe de o parte se face referință la legislația națională respectivă - așa cum se face și în Convenția Penală privind Corupția în legătură cu termenul “agent public” (Articolul 1 litera „a” al Convenției: “...va fi interpretată prin referință la definiția din dreptul național al Statului ...”); pe de altă parte - contrar Convenției - se stabilește o definiție autonomă în măsura în care se stabilește un standard minim

obligatoriu. În referința la “dreptul național”- așa cum s-a făcut și în Convenția Penală privind Corupția - trebuie de menționat faptul că intenția autorilor Protocolului a fost, ca Părțile Semnatore să-și asume obligații în baza acestui Protocol, numai în cazul în care acestea corespund prevederilor Constituției naționale și principiilor fundamentale ale sistemului lor legal. Aceasta înseamnă, în special, că nici o prevedere a acestui Protocol nu poate fi interpretată ca o obligație a Părților de a institui un sistem de arbitraj (sau justiție populară) conform definiției date (sau orice alt sistem de acest gen; în pofida faptului că în timpul negocierilor o protecție mai bună împotriva comportamentului corupt prin intermediul Protocolului a fost menționată ca factor de sprijin pentru promovarea planurilor de introducere a unui astfel de sistem) sau chiar de a modifica sistemul existent, prin ajustarea acestuia la prevederile Protocolului.

10. Cu toate acestea, Statele semnatare ale acestui Protocol vor fi obligate să prevadă răspundere penală în domeniul arbitrajului, pentru infracțiunile prevăzute în Articolele 2-4- cel puțin de către persoanele care în virtutea unui acord de arbitraj sunt solicitate să emită decizii cu caracter obligatoriu, într-un litigiu parvenit de la părțile acordului.

11. Noțiunea de „acord de arbitraj” este definită în aliniatul 2 al Articolului 1 (în scopul explicării detaliate a noțiunii de arbitru din aliniatul 1, deoarece termenul „acordul de arbitraj” nu este folosit în alt loc în acest Protocol). Ca și în cazul definiției arbitrului, în definiția acordului de arbitraj se utilizează un concept foarte vast: în contextul acestui Protocol, acordul de arbitraj înseamnă orice acord recunoscut de către dreptul național, prin care părțile sunt de acord să transmită un litigiu pentru decizie de către un arbitru.

12. Acest concept vast, de fapt, ar putea transforma ceea ce ar părea a fi un „standard minim”, în sensul unui denominator comun, în ceva asemănător unei clauze generale. În ceea ce privește incriminarea, acest lucru ar implica și generalizarea obligațiilor care reies din acest Protocol. De exemplu, nu există restricții în ceea ce ține de rapoartele juridice la care poate fi aplicată această definiție. În special, trebuie de menționat faptul că domeniul acestui Protocol nu se limitează la arbitrajul comercial. Astfel, conceptul de „acord de arbitraj” trebuie să fie înțeles ca o noțiune largă, pentru a reflecta realitatea și varietatea rapoartelor civile, comerciale și de altă natură, și nu trebuie să se limiteze la expresia formală a angajamentelor în baza obligațiilor reciproce.

13. Deși autorii acestui Protocol au intenționat să păstreze textul cât mai flexibil

posibil, ei au considerat utilă prezentarea în raportul explicativ a unor indicii privind aspectele tipice ale arbitrajului, cu accent pe arbitrajul comercial: după părerea autorilor, arbitrajul comercial este o formă extra-judiciară de soluționare a litigiilor care ar putea apărea în timpul implementării unui acord comercial; arbitrii sunt numiți în baza deciziei comune a părților la o tranzacție și părțile pentru care decizia curții de arbitraj este obligatorie; este necesară semnarea unui acord de arbitraj (preliminar sau ulterior litigiului) între părți; arbitrii ar putea fi aleși de către părți sau ar putea fi parte a unui tribunal de arbitraj; în conformitate cu acordul sau regulile aplicabile, decizia ar putea fi definitivă sau poate fi contestabilă; arbitrii aplică legea corespunzătoare litigiului și respectă reguli procesuale definite în prealabil; arbitrii trebuie să fie independenți în exercitarea funcțiilor.

14. Unele dintre aceste elemente au fost incluse în textul Protocolului, în timp ce altele au fost considerate abordate suficient în Raportul explicativ. Rezumând cele menționate mai sus, s-ar putea spune că acordul de arbitraj ar putea fi încheiat preliminar sau ulterior litigiului, că arbitrii ar putea acționa individual sau în cadrul unui tribunal de arbitraj și că faptul că arbitrii sunt chemați să emită o decizie *obligatorie* nu înseamnă că nu este posibilă aplicarea unui remediu juridic împotriva acesteia.

15. Însă, acest concept larg trebuie, de asemenea, să fie compatibil cu dreptul național (cu privire la arbitraj), deoarece acordurile cu privire la arbitraj trebuie să fie “recunoscute de către dreptul național”. De aceea, o Parte la acest Protocol, dreptul național al căreia prevede, de exemplu, numai arbitrajul comercial (adică legislația națională recunoaște numai acordurile de arbitraj în raporturile comerciale) nu va fi obligată să incrimineze corupția în alte domenii de arbitraj (posibile).

16. În ceea ce privește definiția “juratului”, în textul aliniatului 3 al articolului 1, de asemenea, se face referință la dreptul național al Părților la Protocol. Prin urmare, se aplică aceleași principii care au fost menționate în legătură cu arbitrii. Totuși, în ceea ce privește termenul de jurat, există un standard minim cu adevărat autonom (spre deosebire de Convenție) care precizează categoriile de persoane care sunt incluse în această categorie “în orice caz”, indiferent de prevederile legislației naționale. Acest lucru înseamnă că incriminarea corupției “persoanelor neprofesioniste care activează în calitate de membri ai unui colegiu, responsabil pentru emiterea deciziilor privind vinovăția persoanei acuzate, în cadrul unui proces de judecată” este obligatorie, indiferent de prevederile legislației despre jurați în general. Prin urmare, Părțile la acest Protocol, a căror drept național conține un concept mai larg al juratului (prin includerea, de exemplu, a subiectelor de drept civil) vor fi obligate să incrimineze corupția juraților în acest sens mai larg. Pe de altă parte, Părțile, a căror drept național nu conține prevederi legate de persoanele neprofesioniste în sensul aliniatului 3 al Articolului 1, sau nu prevede conceptul de jurat în general, vor trebui să ajusteze legislația lor penală corespunzător, pentru a îndeplini obligațiunile ce reiese din acest Protocol. (Bineînțeles, alte ajustări ale sistemului legislativ referitoare la folosirea juraților etc. nu vor fi necesare).

17. În legătură cu arbitrii și jurații străini, aliniatul 4 al Articolului 1 folosește același principiu ca și Convenția Penală privind Corupția în legătură cu agenții publici străini (Articolul 1 litera „c” al Convenției). Adică, definiția arbitrului sau juratului în legislația altui Stat (străin) nu este necesar concluzivă, în cazurile în care persoana vizată nu are statut de arbitru sau jurat conform legislației Statului care realizează urmărirea. Acest lucru reiese din aliniatul 4 al Articolului 1, în conformitate cu care un Stat poate determina că delictele de corupție care implică un arbitru sau jurat străin, se referă doar la funcționarii al căror statut este compatibil cu cel al arbitrului sau juratului în conformitate cu dreptul național al a Statului care realizează urmărirea.

CAPITOLUL II – MĂSURILE CARE URMEAZĂ A FI LUATE LA NIVEL NAȚIONAL

Articolul 2 – Corupția activă a arbitrilor naționali

18. Pe parcursul ultimelor etape ale negocierilor cu privire la Convenție, a fost ridicată întrebarea cu privire la modul de abordare a posibilei corupții a arbitrilor. A existat un acord general privind necesitatea acoperirii de către Protocol a categoriei arbitrilor - pe de o parte din cauza importanței sarcinii lor, care de multe ori implică decizii cu consecințe pecuniare sau economice considerabile și, în aceeași măsură, din cauza asemănării sarcinilor lor cu cele ale judecătorilor și, general vorbind, din motive de completitudine. Totuși, părerile au fost împărțite referitor la întrebarea dacă arbitrii au fost deja sau nu prevăzuți în Convenție (și dacă da, în care Articol): în timp ce unele delegații au considerat compatibilă noțiunea de arbitri cu cea de judecători în dreptul lor național (ceea ce ar însemna că această categorie a fost abordată în Articolele 2, 3, 5 și 11 ale Convenției) și alte categorii incluse în articolele 7 și 8 ale Convenției (corupția în sectorul privat), a existat și opinia că această categorie nu este prevăzută în nici unul dintre articolele Convenției. În final, s-a decis amânarea discuției acestui subiect până la finalizarea textului Convenției: rezultatele acestor discuții sunt reflectate în prezentul Protocol.

19. Articolul 2 definește elementele corupției active a arbitrilor naționali, în baza textului Articolului 2 al Convenției Penale privind Corupția (“Corupția pasivă a agenților publici naționali”). Prin urmare, sunt aplicabile și aici notele explicative corespunzătoare. Infracțiunea de corupție activă, în teoria și practica penală actuală și în opinia autorilor Protocolului, este reflectată de corupția pasivă, deși ele sunt considerate infracțiuni separate, pentru care pot fi inițiate urmăriri penale separate. Rezultă că cele două tipuri de corupție, sunt în general două laturi ale aceluiași fenomen, un infractor care oferă, promite sau asigură avantajul și celălalt care acceptă oferta, promisiunea sau cadoul. Totuși, de obicei, cei doi infractori nu sunt pedepsiți pentru complicitate la infracțiunea comisă de celălalt.

20. În Articolele 4,5 și 6 din acest Protocol se face o referință dublă la definiția prevăzută în Articolul 2. Aceste prevederi nu reiterează elementele de fond, ci extind responsabilitatea penală a corupției active asupra unor noi categorii de persoane.

21. În termenii articolului 2, infracțiunea de corupție activă corespunde în mod necesar unui act intenționat, fiind necesar ca elementul de intenție să acopere toate celelalte elemente constitutive de fond ale infracțiunii. Intenția trebuie să se refere la un rezultat ulterior: un act pe care arbitrul (juratul) trebuie să-l efectueze sau să se abțină să-l efectueze, în funcție de intenția corupătorului. Totodată, nu are importanță dacă arbitrul (juratul) a acționat efectiv sau s-a abținut să acționeze conform intenției corupătorului.

22. Corupătorul poate fi oricine și poate acționa în orice capacitate (om de afaceri, agent public, persoană privată etc.). Totodată, dacă corupătorul acționează în contul sau în numele unei întreprinderi, aceasta poate fi făcută, de asemenea, responsabilă ca persoană juridică (articolul 8 din acest Protocol și Articolul 18 din Convenție). Totodată, responsabilitatea întreprinderii nu exclude urmărirea penală împotriva persoanei fizice (paragraful 3 al articolului 18 al Convenției). Persoana coruptă trebuie să fie un arbitru (sau jurat) în sensul articolului 1. În această privință nu are nici o importanță dacă de avantajul necuvenit beneficiază arbitrul(sau juratul) l însuși sau altcineva.

23. Elementele materiale ale infracțiunii sunt reprezentate de faptul de a promite, oferi sau de a da, direct sau indirect, un avantaj necuvenit arbitrului (sau juratului)

însuși sau unui terț. Aceste trei acte ale corupătorului sunt ușor diferite unele față de altele. De exemplu, “a promite” poate corespunde unor situații în care corupătorul se angajează să furnizeze un avantaj necuvenit ulterior (în marea majoritate a cazurilor numai odată arbitrul (sau juratul) a efectuat actul solicitat) sau în care corupătorul și coruptul s-au înțeles ca avantajul necuvenit să fie furnizat ulterior de corupător. Faptul de “a oferi” poate corespunde unor situații în care corupătorul își arată disponibilitatea de a furniza avantajul necuvenit în orice moment. În sfârșit, faptul de “a da” poate corespunde unor situații în care avantajul necuvenit este transferat. De altfel, avantajul în chestiune nu este în mod necesar dat direct arbitrului (sau juratului): el poate fi dat, de asemenea, și unui terț, cum ar fi un membru al familiei sale, unei organizații căreia arbitrul (sau juratul) îi aparține, partidului politic la care el a aderat. În cazul în care oferta, promisiunea sau donația este adresată unui terț, arbitrul (sau juratul) trebuie să fi avut cunoștință despre el la un moment dat. Independent de faptul că persoana care a primit sau beneficiat de avantajul necuvenit este agent public sau un terț, tranzacția poate implica unul sau mai mulți intermediari.

24. Aceste avantaje necuvenite sunt în general de ordin economic sau financiar dar ele pot avea în mod egal un caracter nematerial. Important este că, corupătorul (sau un terț, de exemplu o rudă) își vede poziția

ameliorată în raport cu cea pe care o avusese înaintea infracțiunii și că este vorba despre o ameliorare care nu-i era convenită acestuia. Aceste avantaje necuvenite pot consta în diverse forme: bani, vacanțe, împrumuturi de bani, mâncare și băuturi, accelerarea tratării unui dosar, perspective mai bune în carieră etc.

25. Problema de a ști în ce constă un avantaj “necuvenit” va avea o importanță fundamentală pentru încorporarea Protocolului în dreptul intern. Termenul de “necuvenit” trebuie interpretat, în sensul Protocolului, dar și al Convenției, ca desemnând ceva ce beneficiarul nu este în mod legal abilitat să accepte sau să primească. Pentru autorii Protocolului, adjectivul “necuvenit” vizează excluderea avantajelor care sunt admise de lege sau de reglementările administrative, cât și cadourile de mică valoare sau cadourile social acceptabile.

26. Dispozițiile anumitor state membre ale Consiliului Europei în materie de corupție stabilesc o distincție care ține seama dacă arbitrul (sau juratul) a depășit sau nu îndatoririle sale, atunci când el comite actul pentru care a fost solicitat. Totuși, un astfel de element suplimentar de “încălcare a obligațiilor” nu a fost considerat necesar în sensul acestei Convenții. Autorii Convenției au estimat că elementul decisiv al infracțiunii nu este de a ști dacă arbitrul (sau juratul) avea sau nu puterea de a acționa conform dorinței corupătorului, ci de a ști dacă i-a fost efectiv oferit, dat sau promis un comision ocult pentru a obține ceva din partea lui. Corupătorul, este posibil să fi ignorat de altfel, dacă arbitrul (sau juratul) avea sau nu puterea de a face ceea ce îi cerea; acest element este fără importanță în sensul acestei dispoziții. Noțiunea de “încălcare a obligațiilor” adaugă un element de ambiguitate care face mai dificilă reprimarea acestei infracțiuni; trebuie, într-adevăr, dovedit, că se așteaptă ca arbitrul (sau juratul) să acționeze împotriva datoriei sale sau să-și exercite puterea în beneficiul corupătorului. În consecință, statele care solicită în materie de corupție un asemenea element suplimentar, ar trebui să se asigure că pot aplica definiția corupției prevăzută în articolul 2 al acestui Protocol (precum și în Convenție) fără să aducă atingere obiectivului ei.

Articolul 3 – Corupția pasivă a arbitrilor naționali

27. Articolul 3, de asemenea, definește corupția pasivă a arbitrilor în

conformitate cu textul Convenției Penale privind Corupția (articolul 3 , „Corupția pasivă a agenților publici naționali”). Din aceste considerente, aici, de asemenea trebuie să fie aplicate, dezbaterile corespunzătoare din Raportul explicativ la Convenție. Deoarece această infracțiune se aplică aici în mod egal, fiind strâns legată de corupția activă, anumite comentarii referindu-se la aceasta din urmă, de exemplu în ce privește elementul moral și avantajul necuvenit. Elementele materiale ale actului său include faptul de a solicita sau de a primi un avantaj necuvenit sau de a accepta oferta sau promisiunea făcute.

28. Termenul de “a solicita” poate, de exemplu, să desemneze un act unilateral prin care arbitrul dă să înțeleagă unei persoane, explicit sau implicit, că ar trebui să i se „plătească” pentru a obține realizarea sau nerealizarea unui anumit act oficial. Nu are importanță dacă solicitarea a avut sau nu un rezultat, ea constituie în sine corpul delict. De asemenea, nu are importanță dacă agentul public a solicitat avantajul necuvenit pentru el însuși sau pentru un terț.

29. Termenul de “a primi” poate, de exemplu, să desemneze faptul, pentru arbitrul sau pentru altă persoană (consort, coleg, organizație, partid politic etc.) “de a fi primit” efectiv avantajul în contul său sau în contul altei persoane. Ultimul caz presupune cel puțin o anumită formă de acceptare din partea arbitrului. Și în acest caz, intermediarii pot fi implicați; dacă acesta este cazul, aria corupției pasive este mai largă pentru că trebuie inclusă o acțiune indirectă din partea arbitrului. În același timp, în mod necesar trebuie pus în evidență caracterul delictuos al comportamentului arbitrului, independent de buna sau rea credință a intermediarului.

30. Dacă există o cerere unilaterală sau un pact de corupție, este esențial ca actul arbitrului sau absența acțiunii acestuia să intervină după solicitare sau încheierea pactului. Din contră, într-o asemenea situație momentul în care avantajul necuvenit este primit efectiv nu are nici o importanță. Astfel, pentru un arbitru faptul de a primi un avantaj *a posteriori* nu constituie în absența ofertei, solicitării sau acceptării prealabile, o infracțiune penală. În plus, termenul de “a primi” implică păstrarea cel puțin pentru un timp cadoul sau avantajul în chestiune; arbitrul care returnează imediat celui care i-a dat cadoul sau avantajul pe care nu l-a solicitat nu comite o infracțiune în baza articolului 3. Această dispoziție nu este aplicabilă unui avantaj care nu a fost legat de un act ulterior și specific al arbitrului în exercițiul funcțiilor sale.

Articolul 4 – Corupția arbitrilor străini

31. Acest articol obligă părțile semnatare ale Protocolului, să încrimineze corupția activă și pasivă a arbitratorilor străini. Separat de persoanele corupte, adică arbitrii străini, esența acestei corupții este identică infracțiunilor definite în articolul 2 și 3. Și iarăși, putem doar repeta informația care a fost prezentată în raportul explicativ la Convenție, în calitate de motivare a extinderii domeniului principalelor delictive de corupție, după cum este menționat mai jos în textul Convenției, pentru a include acțiunile care implică agenții publici străini:

32. „ Corupția nu compromite numai buna gestiune a guvernării și distruge încrederea publicului în echitatea și imparțialitatea administrației, dar ea poate, să genereze grave distorsiuni ale concurenței și să pună în pericol dezvoltarea economică. Odată cu globalizarea structurilor economice și financiare și

integrarea piețelor naționale în piața mondială, deciziile cu privire la mișcarea capitalurilor sau investițiilor care sunt luate într-o anumită țară pot avea efecte într-o altă țară. Societățile multinaționale și investitorii internaționali sunt astăzi actorii determinanți ai economiei și nu cunosc frontiere. Este în interesul lor ca și în interesul economiei mondiale în general ca regulile concurenței să fie păstrate loiale și transparente.¹

33. Naționalitatea arbitrilor sau a părților implicate nu este elementul decisiv pentru calificarea unei infracțiuni în calitate de caz coruptiv a unui arbitru străin, ci faptul că arbitrul își exercită funcțiile în conformitate cu legea națională cu privire la arbitraj a altui Stat, decât cel care efectuează urmărirea. Nu există o definiție specifică a termenului de „arbitru străin” în textul acestui Protocol. Astfel, definiția generală prevăzută în alineatul 1 și 2 al Articolului 1 se referă și la arbitrii străini. În plus, alineatul 4 al Articolului 1 poate fi aplicat în cazurile în care definiția arbitrilor conform legii naționale a Statului care realizează urmărirea, diferă de cea prevăzută de legea în baza căreia își exercită arbitrul funcțiile.

¹ Paragraful 47 al Raportului Explicativ al Convenției penale privind Corupția

34. După ce au discutat aspectul cu privire la arbitrajul internațional, autorii acestui Protocol, au decis să nu includă un Articol separat cu privire la corupția arbitrilor internaționali (care – în conformitate cu unele versiuni preliminare ale acestui Protocol – ar fi inclus cazurile care implică orice persoană care activează în calitate de arbitru „în competența unei organizații internaționale, al cărei membru este Partea implicată”). Prin urmare, un caz de corupție în arbitrajul internațional, unde arbitrul care își exercită funcțiile nu poate fi referit la nici un drept intern (fie – din perspectiva statului care realizează urmărirea – internă sau externă) nu va cădea sub incidența acestui Protocol. Acest caz va fi supus arbitrajului public internațional. În măsura în care ar avea vreo importanță practică, posibilitatea lacunelor în acest domeniu, oricum, a fost considerată justificabilă, mai ales din momentul în care însăși Convenția penală privind corupția poate fi aplicată în unele cazuri. (În cazul în care, de exemplu, un arbitru activează în calitate de funcționar al unei organizații internaționale, poate fi aplicat Articolul 9 din Convenție).

Articolul 5 – Corupția juraților interni

35. În virtutea acestui articol câmpul infracțiunilor de corupție activă și pasivă definit de articolele 2 și 3 se extinde asupra juraților (în conformitate cu Articolele 2 și 3 ale Convenției Penale privind Corupția). Definiția termenului de jurat este prevăzută în paragraful 3 al Articolului 1, utilizând tehnica de referință la legea internă, în același timp fiind stabilit un standard-minim. Pe lângă înțelegerea generală a termenului de jurat acest standard-minim (adică includerea persoanelor civile care activează în calitate de membri ai colegiului, care au responsabilitatea de a decide asupra vinovăției unei persoane acuzate în cadrul unui proces de judecată) indică clar faptul că jurații îndeplinesc sarcini în domeniul juridic. Întrebarea discutată în timpul negocierilor acestui Protocol, dacă această sarcină nu califică jurații să fie acoperiți de definiția judecătorului/deținătorului unei funcții judecătorești conform Articolului 1, litera a și b al Convenției Penale privind Corupția – ceea ce ar însemna că corupția acestor persoane (fiind considerate ca agenți publici) a fost deja prevăzută în Articolele 2 și 3 ale Convenției – nu a obținut un răspuns afirmativ din partea delegațiilor. Deși Raportul Explicativ la Convenție prezintă opinia că noțiunea de judecător, în sensul de deținător al unei funcții judecătorești, trebuie interpretată în cel mai extins mod posibil

(elementul decisiv fiind mai degrabă funcțiile de natură juridică exercitate de către persoana respectivă și nu titlul oficial al acestuia/acesteia), în final pare a fi utilă abordarea explicită a noțiunii de jurat în cadrul acestui Protocol. Ținând cont de importanța sarcinilor acestora, pe de o parte și de natura onorifică (neremunerată) a acestora, pe de altă parte, jurații ar putea deveni ținte ale corupției, de efectele căreia aceștia ar trebui să fie preveniți în aceeași măsură ca și judecătorii profesionali.

36. Diferența dintre acest articol și articolele 2 și 3 ține numai de calitatea persoanelor (aici este vorba de jurați), dar substanța acestei infracțiuni de corupție este identică.

Articolul 6 – Corupția juraților străini

37. Acest articol incriminează corupția activă și pasivă a juraților străini. Aceste motive și interesele juridice protejate sunt identice cu cele enunțate în articolul 5, dar ele se situează în contextul unei țări străine “al oricărui alt stat”. Statele Părți la Convenție se străduiesc împreună să asigure respectarea instituțiilor democratice, indiferent că au un caracter național sau străin. Singura diferență în raport cu articolele 2 și 3 se referă la calitatea persoanelor care se lasă corupte de exemplu, jurații străini, dar substanța acestei infracțiuni de corupție este identică celei definite în articolele 2 și 3. Nu există o definiție specifică a

termenului „jurat străin” în textul acestui Protocol. Prin urmare, definiția generală, prevăzută în aliniatul 3 al Articolului 1, poate fi aplicată și juraților străini. În plus, aliniatul 4 al Articolului 1 poate fi aplicat în cazurile în care definiția juratului, în contextul legii statului care realizează urmărirea, diferă de definiția juratului prevăzută de legea statului pentru care își exercită juratul funcțiile.

Capitolul III – Urmărirea punerii în aplicare și dispozițiile finale

Articolul 7 – Urmărirea punerii în aplicare

38. Ca și aplicarea Convenției Penale privind Corupția (articolul 24 din Convenție), aplicarea acestui Protocol va fi monitorizată de către Grupul de State împotriva Corupției (GRECO).

39. GRECO a fost înființată în baza Rezoluțiilor (98) 7 și (99) 5 ale Consiliului Europei. Acest mecanism de monitorizare este menit să sporească capacitatea membrilor săi de luptă împotriva corupției, respectând, printr-un proces dinamic de evaluare reciprocă și presiune din partea omologilor (care include vizite în teren), cele Douăzeci de Principii Directoare ale Luptei împotriva Corupției, Convenția Penală privind Corupția, Convenția Civilă privind Corupția, precum și alte instrumente internaționale (cum este prezentului Protocol) adoptate de către Consiliul Europei în scopul aplicării Programului de Acțiune împotriva Corupției.

Articolul 8 – Relații cu Convenția

40. Articolul 8 definește relația dintre acest Protocol și Convenția penală privind corupția după cum urmează: Statele părți (atât ale Protocolului, cât și ale Convenției) consideră dispozițiile prezentului Protocol (articolele 2-6) drept articole suplimentare ale Convenției (aliniatul 1). Aliniatul 2 declară în mod explicit faptul că dispozițiile Convenției sunt aplicabile prezentului Protocol (în măsura în care sunt compatibile cu dispozițiile anterioare). Aliniatul 2 trebuie interpretat ca făcând posibilă aplicarea Articolelor 12-23 ale Convenției la prezentul Protocol, precum și a Capitolului IV și a acelor elemente din Capitolul V care nu

sunt conținute în textul prezentului Protocol. Din aceste considerente nu a fost necesară includerea în textul prezentului Protocol a prevederilor cu privire la jurisdicție (Articolul 17 al Convenției), răspunderea persoanelor juridice (Articolul 18 al Convenției), sancțiuni și măsuri (Articolul 19 al Convenției) sau cooperarea internațională (Capitolul IV al Convenției).

Articolul 9 – Declarații și rezerve

41. Pe durata negocierilor cu privire la textul acestui Protocol, s-a discutat, dacă – dat fiind domeniul foarte specific și prin urmare foarte îngust al acestui Protocol - există, în general, loc pentru posibile declarații și rezerve. Autorii acestui Protocol au ajuns la concluzia că ar fi de dorit să nu prevadă posibilități pentru declarații sau rezerve suplimentare (noi), dar să permită doar asemenea declarații și rezerve, care reprezintă consecințe ale declarațiilor și rezervelor deja făcute cu privire la Convenție. În consecință, alineatul 1 prevede posibilitatea unei declarații în legătură cu Articolele 4 și 6 ale acestui Protocol (adică corupția arbitrilor și juraților străini), similară cu declarația în baza Articolului 36 din Convenție, doar în cazul în care Statul membru respectiv a făcut deja o asemenea declarație cu privire la Convenție (adică o declarație cu privire la faptul că corupția străină și internațională, conform Articolelor 5, 9 sau 11 din Convenție, vor fi

incriminate doar în cazul în care agenții publici sau judecătorii acționează sau se abțin să acționeze, încălcându-și astfel obligațiile). În mod similar, propoziția 1 din aliniatul 2, permite o rezervă similară cu o rezervare în baza Articolului 37, aliniatul 1, limitând aplicarea infracțiunilor de corupție pasivă în cazul arbitrilor străini (Articolul 4 din prezentul Protocol) sau juraților (Articolul 6 din prezentul Protocol), doar în cazul în care un stat membru a făcut deja o asemenea rezervă cu privire la corupția pasivă a agenților publici străini, conform Articolului 5 din Convenție. În asemenea caz, având în vedere faptul că ambele rezerve sunt identice, rezerva făcută la acest Protocol nu va fi considerată în baza Articolul 37, aliniatul 4 al Convenției (care limitează numărul de rezerve la maximum 5). Conform propoziției 2 din aliniatul 2, alte rezerve făcute în baza Articolului 37 (referitoare la Articolul 12 {Traficul de influență}, 17 {Jurisdicția - vezi Articolul 37, aliniatul 2} și 26 {refuzul asistenței reciproce din motiv că acțiunea constituie o infracțiune politică – Articolul 37, aliniatul 3} din Convenție se aplică în conformitate cu prezentul Protocol. În conformitate cu aliniatul 3, nici o altă rezervă nu este admisă.

Articolele 10- 14 – (Semnarea și intrarea în vigoare, Aderarea la prezentul protocol, Aplicarea teritorială, Denunțarea, Notificarea)

42. Dispozițiile finale au fost formulate în baza prevederilor existente, conținute mai ales în textul Convenției propriu zise, precum și în alte Protocoale adiționale ale Consiliului Europei, cum ar fi protocoalele adiționale la Convenția Europeană privind Extradarea (STE nr. 86 și 98), Convenția Europeană de Asistență Judiciară în Materie Penală (STE nr. 99), și Convenția Europeană privind Transferul Persoanelor Condamnate (STE nr. 167).

43. Din motiv că prezentul Protocol nu poate intra în vigoare, înainte de intrarea în vigoare a Convenției și deoarece un Stat semnatar nu va putea ratifica prezentul Protocol fără să ratifice simultan, sau să fi ratificat în prealabil Convenția, a fost posibilă stabilirea numărului de (5) ratificări necesare pentru intrarea în vigoare a prezentului Protocol, evident mai mic decât cel referitor la Convenție (14) (Articolul 10 din prezentul Protocol).