

PROBLEME TEORETICE REFERITOARE LA ORGANIZAREA ŞI FUNCŢIONAREA INSTITUŢIEI OMBUDSMANULUI ÎMPOTRIVA DISCRIMINĂRII ÎN REPUBLICA MOLDOVA

Teodor CÂRNAŢ,
doctor în drept, conferenţiar universitar (USM),
Director executiv al Comitetului Helsinki pentru Drepturile Omului din Moldova

SUMMARY

Once the law on non-discrimination is adopted, it will be harmonized with the legislative system of Republic of Moldova. The institution of Ombudsman against Discrimination is competent in sanctioning the acts considered contraventions; the terms are corresponding to the contentious-administrative procedure. Once the person had appealed to all the levels of the legal system of Republic of Moldova, he can appeal to the European and International instruments which are competent in discrimination cases. It is logical that the institution of Ombudsman against Discrimination and the institution of national Ombudsman should be setlled together in the organic law, as in the Constitution.

Curtea Europeană pentru Drepturile Omului „dictează" că apărarea drepturilor fundamentale trebuie să fie „practică şi efectivă, nu teoretică şi iluzorie".[1] Ombudsmanul împotriva Discriminării ar fi instituţia care va utiliza cel mai des mecanismul de mediere şi conciliere. Medierea şi concilierea nu au fost cunoscute ca practici de-a lungul istoriei, iar în ultimele decenii au fost rar aplicate, într-un număr foarte restrâns de cauze şi nu întotdeauna cu rezultatele scontate.

Nu există o definiţie juridică a medierii şi nici a concilierii. Nu există nici o abordare juridică a calităţii şi competenţelor organelor care ar putea juca rolul de mediator. Totuşi, legea cu privire la anti-discriminare trebuie să ia în calcul abordarea juridică a calităţii şi competenţelor organelor care ar putea juca rolul de mediator. Când este posibilă medierea între victima unei discriminări şi cel care discriminează, ea trebuie să fie aplicată înainte de abordarea altor proceduri, fie adminstrative sau judiciare.

Medierea este considerată o etapă prealabilă şi obligatorie înaintea altor proceduri, de exemplu – dreptul muncii. Apar mai multe întrebări: Care sunt structurile îndreptăţite să facă medierea? Ce înseamnă medierea şi în ce interval de timp trebuie ea să se realizeze? Modul de abordare este foarte important din moment ce medierea trebuie întotdeauna făcută de un organism total imparţial şi care să nu mai aibă atribuţii în rezolvarea acelui caz.

În toate cazurile de discriminare prevăzute în legislaţia cu privire la anti-discriminare persoanele discriminate au dreptul să pretindă despăgubiri, proporţional cu prejudiciul suferit, precum şi restabilirea situaţiei anterioare discriminării sau anularea situaţiei create prin discriminare, potrivit dreptului comun, pentru fiecare tip de litigiu în parte. Prin urmare, competenţa poate aparţine instanţelor civile, de contencios administrativ sau chiar penale (dacă acţiunea civilă este alăturată acţiunii penale). În toate cazurile de discriminare, dacă se solicită măsuri reparatorii, competenţa aparţine instanţelor judecătoreşti, iar nu instituţiei Ombudsmanului împotriva Discriminării, care este competent exclusiv în materie contravenţională, pentru constatarea contravenţiilor şi aplicarea amenzilor contravenţionale. În materia sancţiunilor contravenţionale, calitatea de agent constatator şi de organ care aplică sancţiunile revine membrilor Consiliului Ombudsmenilor specializaţi, care pot delega această calitate personalului de specialitate al instituţiei Ombudsmanului împotriva Discriminării. Aceasta înseamnă că alte persoane, precum poliţiştii, nu pot avea, în această materie, calitatea de agent contravenţional.

Una dintre consecinţe este că procesul-verbal contravenţional prin care personalul instituţiei Ombudsmanului împotriva Discriminării constată săvârşirea contravenţiei şi aplică sancţiunea contravenţională poate fi contestat în justiţie.

Activitatea sa nu influenţează cu nimic competenţa instanţelor judecătoreşti atunci când se solicită măsuri reparatorii, inclusiv în ipoteza în care fapta de discriminare constituie contravenţie şi, eventual, fapta este sau a fost instrumentată, din punct de vedere contravenţional, de instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării. Această soluţie rezultă nu numai din atribuţiile instituţiei Ombudsmanului împotriva Discriminării, dar şi din dreptul de acces liber la justiţie, pentru apărarea drepturilor civile, prevăzut atât de art. 20 din Constituţie, cât şi

de art. 6 para. 1 din Convenţia Europeană pentru Drepturile Omului.

Din punctul de vedere al instanţei de judecată, este irelevant dacă instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării a considerat o anume faptă ca discriminare sau nu. Judecătorul are dreptul ca, soluţionând o cerere de despăgubiri, să dea propria calificare faptei respective, indiferent de decizia dată de instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării. Această soluţie este firească în raport cu principiile generale ale statului de drept, în care puterea judecătorească este independentă, judecătorii supunându-se doar legii şi conştiinţei proprii.

Referitor la procedurile administrative, privind competenţa instituţiei Ombudsmanului împotriva Discriminării de a sancţiona faptele considerate contravenţii, termenele sunt cele prevăzute de procedura contenciosului administrativ. Şi anume, sancţiunea privind contravenţia trebuie dată într-un termen de 6 luni de la momentul când fapta a avut loc. Totuşi, dacă fapta a avut o natură continuă, termenul de 6 luni va fi luat în calcul de la momentul când fapta a fost cunoscută. Dacă o faptă anume a fost iniţial considerată infracţiune şi ulterior s-a decis că este contravenţie, sancţiunea trebuie aplicată nu mai târziu de un an de la data comiterii faptei. Instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării este obligată de a trimite contravenientului procesul-verbal de contravenţie, inclusiv privind sancţiunea, într-un interval de o lună. Dacă această obligaţie nu este respectată, atunci sancţiunea nu poate fi pusă în aplicare.

Dacă legiuitorul va adopta legea cu privire la anti-discriminare, atunci ea va fi armonizată la sistemul legislativ al Republicii Moldova. Instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării poate depune cereri în faţa instanţelor de judecată pentru a-i fi retrasă licenţa de funcţionare a persoanelor juridice de către autorităţile emitente, care, printr-o acţiune discriminatorie, cauzează un prejudiciu semnificativ sau care, deşi cauzează un prejudiciu redus, încalcă în mod repetat prevederile legislaţiei cu privire la anti-discriminare. Această sancţiune nu poate fi aplicată autorităţilor sau instituţiilor publice, cu personalitate juridică, colectivităţilor teritoriale locale. Sancţiunea retragerii autorizaţiei de funcţionare nu se poate aplica nici acelor persoane juridice care asigură satisfacerea unui interes public, de exemplu barourilor de avocaţi, notarilor publici. Plângerile persoanelor care se consideră discriminate, adresate instituţiei Ombudsmanului împotriva Discriminării sau instanţelor judecătoreşti competente, trebuie să fie scutite de taxa de stat.

În cazul în care persoana discriminată a epuizat toate căile de atac naţionale, se poate adresa Curţii Europene pentru Drepturile Omului, dar numai în acele cazuri ce cad sub incidenţa prevederilor acesteia şi a protocoalelor sale facultative. În calitate de temei poate fi invocat articolul 14 din Convenţie, cu condiţia ca situaţia respectivă să cadă şi sub incidenţa unui alt articol din Convenţie, fie chiar, în mod singular, prevederilor Protocolului 12 la Convenţie, atunci când Republica Moldova îl va ratifica.

La fel, persoana discriminată se poate adresa la Comitetul pentru drepturile omului, atunci când Republica Moldova va ratifica Protocolul Nr. 1 al Pactului Internaţional privind drepturile civile şi politice. De asemenea, se poate adresa şi la comitetele create în baza Convenţiei privind eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială şi a Convenţiei privind eliminarea discriminării împotriva femeii.

ONG-urile ce au drept obiectiv apărarea drepturilor omului şi eliminarea discriminărilor pot să depună rapoarte alternative în faţa comitetelor care evaluează în mod periodic rapoartele statelor în cadrul procedurilor prevăzute în Pactul Internaţional privind drepturile civile şi politice, în Convenţia privind eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială, în Convenţia privind eliminarea discriminării împotriva femeii, în Convenţia privind drepturile copilului. Mai mult ca atât, aceste organizaţii trebuie să aibă calitate procesuală activă în cazul în care discriminarea se manifestă în domeniul lor de activitate şi aduce atingere unei comunităţi sau unui grup de persoane. Această calitate trebuie să o aibă în toate tipurile de procese şi în faţa instituţiei Ombudsmanului împotriva Discriminării. În cele din urmă, instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării trebuie să acorde asistenţă juridică gratuită victimelor discriminării.

În calitate de concluzii:

1. Propunem ca în legislaţia Republicii Moldova în domeniul anti-discriminării să se introducă noţiunea *inversarea sarcinii probei*. Aceasta reiese din art. 8 din Directiva Rasială şi din art. 10 din Directiva privind relaţiile de muncă, care recunosc dificultatea probării faptelor de discriminare, motiv pentru care dispun inversarea sarcinii probei după cum urmează:

„… atunci când persoanele care se consideră nedreptăţite pentru că nu s-a respectat principiul egalităţii de tratament, în faţa unei instanţe de judecată sau în faţa altei autorităţi competente, demonstrează fapte din care se poate prezuma că a avut loc o discriminare directă sau indirectă, atunci revine în sarcina celui împotriva căruia este îndreptată acţiunea să demonstreze că nu a avut loc o încălcare a principiului egalităţii de tratament”.

Sarcina probei nu poate fi inversată în procedurile penale. În unele state membre inversarea sarcinii probei nu se aplică procedurilor de investigaţie. De asemenea, este important a şti că inversarea sarcinii probei nu se aplică numai în procedurile judecătoreşti, dar şi în faţa oricărei autorităţi competente (de ex., autorităţilor administrative). Legislaţia Uniunii Europene nu cere inversarea sarcinii probei în cauzele de discriminare, ceea ce ar însemna că o persoană

ar putea pur si simplu să afirme discriminarea şi pârâtul ar fi obligat să dovedească neproducerea ei. În schimb, prevede o schimbare a sarcinii probei, care înseamnă că dacă o persoană a stabilit fapte din care se poate prezuma că o discriminare a avut loc, atunci este obligaţia pârâtului să dovedească faptul că discriminarea nu a avut loc. De exemplu, nu este suficient ca o persoană doar să afirme că a fost discriminată la locul său de muncă. Persoana trebuie să prezinte alte informaţii care să creeze prezumţia că s-a produs o discriminare în procesul de angajare (de pildă, întrebări discriminatorii, dovezi că persoana a fost mai calificată decât cea care a obţinut postul). Dacă astfel de lucruri sunt indicate, atunci angajatorul trebuie sa dovedească că nu s-a produs o discriminare şi că alte motive, nediscriminatorii, au determinat alegerea.

Noţiunea de inversare a sarcinii probei a fost introdusă în legislaţia UE în urma cazurilor judecate la Curtea Europeană de Justiţie în legătură cu salarizarea egală – când o femeie arăta diferenţa de gen şi de salariu, iar angajatorul trebuia să vină cu o justificare pentru existenţa acestei diferenţe.[2] Acestui caz i-a urmat Directiva Consiliului 97/80/EC privind sarcina probei în cazurile de discriminare bazate pe sex. Inversarea sarcinii probei a fost legată de importanţa acordării unei protecţii judiciare efective împotriva discriminării.

În aceeaşi ordine de idei, sarcina probei nu se inversează imediat ce se introduce o plângere privind o faptă de discriminare, ci numai după ce persoana care pretinde că a fost discriminată demonstrează existenţa unor fapte de pe urma cărora se poate prezuma că a existat un act de discriminare. Aceasta, la prima vedere, intră în contradicţie cu principiul prezumţiei nevinovăţiei, iar, în opinia noastră, pentru acţiuni de discriminare sarcina probării trebuie să-i revină persoanei faţă de care s-a înaintat pretenţii că a discriminat, cu respectarea condiţiilor de mai sus. Considerăm că această situaţie poate preveni actele de discriminare şi poate fi tratată ca o acţiune pozitivă în cazurile de discriminare. Precum s-a menţionat *supra*, pentru a dovedi discriminarea, sunt mai multe mijloace procedurale în ajutorul victimei. Aceste mijloace includ testarea, folosirea statisticilor, a înregistrărilor audio-video, a interogatoriului.

Testarea este o modalitate folosită mai ales în Statele Unite pentru a dovedi discriminarea directă la angajare sau în relaţiile de muncă. În Belgia, testarea este un mijloc de probă prevăzut de lege. ONG-uri din centrul şi estul Europei folosesc, de asemenea, persoane care testează (de ex., persoane în căutarea unui loc de muncă); ele sunt alese pentru a oferi un element de comparaţie similar în toate caracteristicile, pe baza căruia se întemeiează discriminarea.

Înregistrările audio-video pot fi folosite ca mijloace de probă în anumite ţări (de ex., în Republica Cehă), dar nu şi în altele. În Marea Britanie, procedura interogatoriului permite persoanelor în căutarea unui loc de muncă să obţină un răspuns imediat de la angajator cu privire la motivele respingerii lor.

2. Ombudsmanul împotriva Discriminării să fie învestit cu atribuţii necesare care să-l autorizeze să investigheze cu eficienţă şi să sancţioneze corespunzător tratamentului discriminatoriu. Să se aloce resurse umane şi financiare suficiente Ombudsmanului împotriva Discriminării pentru ca acesta să-şi îndeplinească îndatoririle în mod corespunzător. Hotărârile prin care s-a dispus sancţionarea discriminării să fie publice şi, în special, accesibile publicului larg şi autorităţilor publice.

3. Să se asigure independenţa Ombudsmanului împotriva Discriminării şi că include o reprezentare corespunzătoare din partea tuturor grupurilor minoritare pasibile de discriminări.

4. La organizarea Ombudsmanului împotriva Discriminării trebuie să se ţină cont şi de înfiinţarea unor reprezentanţe locale pentru a-i creşte accesibilitatea şi pentru a îmbunătăţi eficienţa funcţiilor de educaţie, instruire şi de sancţionare.

5. Ombudsmanul împotriva Discriminării trebuie să fie uşor accesibil celor ale căror drepturi intenţionează să le protejeze.

6. Organizaţiile neguvernamentale trebuie să colaboreze cu Ombudsmanul împotriva Discriminării pentru a asigura accesul direct la acesta şi pentru a oferi asistenţă independentă victimelor discriminării. Ombudsmanul împotriva Discriminării trebuie să organizeze întâlniri regulate cu reprezentanţii ONG-urilor, unde ar putea fi aduse în discuţie cazuri pe care aceste organizaţii le-au reprezentat. În cadrul acestor întâlniri să se elaboreze în comun strategii şi politici privind prevenirea şi combaterea discriminării.

7. Sancţiunile contravenţionale trebuie să fie de aşa mărime încât să inhibe eventualele atitudini discriminatorii şi să despăgubească pentru moment persoana discriminată.

8. Procedurile de lucru ale Ombudsmanului împotriva Discriminării să fie transparente şi simpliste, pentru a încuraja persoanele discriminate, îndeosebi peroanele cu disabilităţi mintale, fizice, să se adreseze către această instituţie.

9. Întreaga societate civilă, împreună cu autorităţile statale, trebuie să se implice în elaborarea şi apoi implementarea politicilor şi strategiilor de prevenire şi combatere a discriminării. La acest capitol se cere organizarea de campanii de informare în şcoli şi universităţi. Elaborarea unui manual privind combaterea discriminării în concordanţă cu politicile europene în domeniu ar putea fi încă o modalitate care ar contribui la dezvoltarea iniţiativelor legate de prevenire pe care le-ar putea desfăşura în viitor autorităţile statului şi societatea civilă. Este necesară instruirea tuturor actorilor sociali care ar putea fi implicaţi în fenomenul discriminării.

10. Acceptarea prin lege a datelor statistice ca mijloc de probă în cazurile de discriminare indirectă.

11. Rolul Ombudsmanului împotriva Discriminării în consultarea şi iniţierea legislativă, creându-se pârghii prin care să îşi exercite aceste atribuţii în mod real, fiind obligatorie sesizarea acestuia când este vorba de o iniţiativă ce ar putea avea implicaţii în domeniul discriminării.

12. Iniţierea unor campanii de prevenire a discriminării prin conştientizarea semnificaţiei discriminării şi a sancţiunilor care sunt aplicabile hotărârilor Ombudsmanului împotriva Discriminării când acestea nu sunt motivate temeinic, fie că se referă la constatarea unei fapte de discriminare, fie la constatarea inexistenţei faptei de discriminare. Să se respecte cu stricteţe termenele de soluţionare a petiţiei şi de aplicare a sancţiunii contravenţionale, urmând să se aducă la cunoştinţă părţilor, prin hotărârea Ombudsmanului împotriva Discriminării, căile de atac şi termenele în care se pot exercita acestea.

13. Prin intermediul atribuţiilor Ombudsmanului împotriva Discriminării, persoanele care domiciliază pe teritoriul Republicii Moldova se vor apropia de acele standarde europene care garantează anti-discriminarea şi, prin aceasta, se va facilita momentul de integrare în cadrul UE. Mai mult ca atât, chiar dacă, devenind membru al UE, Republica Moldova nu va asigura transpunerea totală şi corectă a unei directive referitor la anti-discriminare în legislaţia naţională, persoanele care domiciliază pe teritoriul Republicii Moldova pot să invoce dispoziţiile directivei în faţa instanţelor naţionale. Este principiul cunoscut ca principiul „efectului direct" al directivei. Persoanele în cauză trebuie să demonstreze că prevederea pe care îşi întemeiază cererea este un principiu precis şi necondiţionat, aplicabil de către instanţele naţionale şi capabil să guverneze poziţia juridică a persoanelor. Cu toate acestea, este general acceptat că principiul efectului direct se aplică numai plângerilor îndreptate împotriva unei autorităţi sau unei instituţii publice.

Atribuţiile instituţiei Ombudsmanului împotriva Discriminării sunt destul de vaste şi acoperă mai toate domeniile de activitate a ei. În opinia noastră, pentru a-şi atinge scopul de prevenire şi combatere a discriminării, instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării trebuie să valorifice la maximum cele patru domenii de activitate.

În consecinţă, trebuie să menţionăm că eficienţa instituţiei Ombudsmanului împotriva Discriminării va depinde de mai mulţi factori:

- în primul rând, de competenţa ei;
- în al doilea rând, de atribuţiile cu care legiuitorul ar învesti-o;
- în al treilea rând, de gradul de credibilitate de care se va bucura în rândul populaţiei Republicii Moldova, precum şi de atitudinea organelor de stat faţă de această instituţie;
- în al patrulea rând, de colaborarea acestei instituţii cu organizaţiile neguvernamentale din Republica Moldova şi cu cele de peste hotare, cu instituţiile naţionale şi internaţionale ce au atribuţii directe sau indirecte în domeniul prevenirii şi combaterii discriminării şi, nu în ultimul rând, de colaborarea cu instanţele judecătoreşti, în special cu instanţele care rezolvă cauze de contecios administrativ.[3]

Deci, reieşind din cele constatate, este logic ca instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării şi instituţia Ombudsmanului naţional să fie reglementate atât de legea organică, cât şi de Constituţie. În opinia noastră, legiuitorul trebuie să modifice Constituţia şi să încorporeze în ea instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării şi instituţia Ombudsmanului naţional.

În această ordine de idei, propunem ca în Constituţia Republicii Moldova, în Titlul II „Drepturile, libertăţile şi îndatoririle fundamentale", să fie inclus un nou capitol – Capitolul IV, având titulatura „Instituţia Ombudsmanului naţional şi instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării" cu articolele 60, 61:

Articolul 60. „Instituţia Ombudsmanului naţional şi instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării sunt numite de Parlament pe o durată de cinci ani, pentru a asigura garantarea drepturilor şi libertăţilor constituţionale ale omului şi a asigura principiul egalităţii şi nondiscriminării din partea autorităţilor publice centrale şi locale, ale persoanelor cu funcţie de răspundere din instituţii, organizaţii şi întreprinderi, indiferent de tipul de proprietate, din asociaţiile obşteşti de toate nivelurile".

Articolul 61. „1) Ombudsmanul naţional şi Ombudsmanul împotriva Discriminării îşi exercită atribuţiile din oficiu sau la cererea persoanelor lezate în drepturile lor constituţionale, sau discriminate.

2) Autorităţile publice sunt obligate să asigure Ombudsmanului naţional şi Ombudsmanului împotriva Discriminării sprijinul necesar în exercitarea atribuţiilor lor".

Dacă legiuitorul ar accepta propunerea noastră, instituţia Ombudsmanului împotriva Discriminării şi instituţia Ombudsmanului naţional ar obţine, în primul rând, un echilibru între autorităţi şi cetăţeni şi, în al doilea rand, ar câştiga în autoritate stabilind un statut constituţional, adică principiile lor de activitate vor fi reglementate de Constituţie.

Note:

[1] www.echr.coe.int

[2] Enderby *versus* Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health, C-127/92

[3] *A se vedea:* A. Niţoiu. *O importantă instituţie constituţională pentru protejarea cetăţenilor împotriva atotputerniciei administrativului* // Drepturile Omului (Bucureşti), 1993, nr. 4, p. 18.