

ANALELE ȘTIINȚIFICE
ALE
UNIVERSITĂȚII “ALEXANDRU IOAN CUZA”
DIN IAȘI
(SERIE NOUĂ)

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM LVIX

Nr. I - 2013

EDITURA UNIVERSITĂȚII “ALEXANDRU IOAN CUZA”
IAȘI

COLEGIUL DE REDACȚIE

Redactor-șef	Profesor dr. Tudorel TOADER
Director științific	Profesor dr. Carmen Tamara UNGUREANU
Comitet de redacție	Conferențiar dr. Marius Nicolae BALAN
	Lector dr. Ioana Maria COSTEA
Secretar tehnic de redacție	Mariana PETCU
Dezvoltare pagină Web	Ciprian ICHIM

ISSN 1221-8464

C U P R I N S

CARMEN TAMARA UNGUREANU , Protecția persoanelor fizice cu tulburări psihice prin mijloace de drept privat	5
IOANA MARIA COSTEA , Comunicarea actelor administrativ fiscale. Aspecte particulare	19
CARMEN MOLDOVAN , Reflecții privind constituționalitatea incriminării insultei și a calomniei	35
ANCUȚA-ELENA FRANȚ , Legislația românească privind avortul în context european	47
MIRELA-CARMEN DOBRILĂ , Evoluția istorică a reglementării infracțiunii de înșelăciune (II)	67
ANDRA IFTIMIEI , Amploarea fenomenului de constituționalizare a dreptului penal în spațiul european și spațiul internațional	85
IZABELA BRATILOVEANU , Aspecte de noutate și reflecții privind respectarea demnității persoanei umane în mediul penitenciar	93
RAMONA DELIA POPESCU , Rolul Curții Constituționale în asigurarea bunei guvernante prin prisma jurisprudenței sale în materie electorală	103
MARIUS BALAN , Constituantul român și integrarea politică a individului și societății	121
DAN CONSTANTIN MĂȚĂ , Perspective ale reglementării tehnicilor speciale de investigare utilizate în materia securității naționale	135
MIHAI DUNEA , Constante și modificări în structura cauzei speciale de nepedepsire întemeiată pe relațiile de căsătorie ori de rudenie ale infractorului, în cazul incriminării nedenunțării unor infracțiuni contra siguranței statului / securității naționale, în lumina tranziției legislative de la Codul Penal din 1968 la Noul Cod Penal din 2009 [partea a III-a: o analiză a formelor și efectelor erorii de drept]	159
NICOLAE-HORIA ȚIȚ , Restrângerea executării, incident cu privire la executare silită reglementat de noul Cod de procedură civilă... ..	195

CLAUDIU GEORGE PUPĂZAN , Considerații cu privire la protecția mandatului Președintelui României	205
FLORIN MANGU , Funcțiile răspunderii civile în filosofia actualului Cod civil	217

**PROTECȚIA PERSOANELOR FIZICE CU TULBURĂRI PSIHICE
PRIN MIJLOACE DE DREPT PRIVAT***

Conf.univ.dr. CARMEN TAMARA UNGUREANU
Facultatea de Drept, Universitatea „Al.I.Cuza” din Iași.

Rezumat

Protecția persoanelor fizice cu tulburări psihice se realizează prin punerea lor sub interdicție judecătorească, atunci când sunt îndeplinite condițiile cerute de lege, sau prin internarea și tratamentul lor, voluntare sau nevoluntare, într-o unitate de psihiatrie, potrivit Legii nr. 487/2002 a sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice, modificată și completată prin Legea 129/2012. Când are loc internarea nevoluntară trebuie făcută distincția între această măsură de ocrotire de drept privat și pedeapsa de drept penal cu un conținut asemănător, care nu are drept scop protecția persoanelor cu tulburări psihice (decât în subsidiar), ci urmărește protecția societății. De asemenea, internarea nevoluntară, implicând privarea de libertate a persoanei fizice, impune respectarea Convenției drepturilor omului, referitoare la condițiile în care este permisă privarea de libertate.

Cuvinte cheie: protecția persoanei fizice, tulburări psihice, internare nevoluntară

Résumé

La protection des personnes psychiques atteintes de troubles mentaux se réalise par la mise de celles-ci sous interdiction judiciaire, si les conditions prévues par la loi sont accomplies, ou par leur hospitalisation et leur traitement, volontaire ou involontaire, dans un hôpital psychiatrique, conformément à la Loi no. 487/2002 de la santé mentale et de la protection des personnes psychiques atteintes de troubles mentaux, modifiée et complétée par la Loi no. 129/2012. Dans le cas d'hospitalisation involontaire (sans consentement) il faut faire la distinction entre cette mesure de protection de droit privé et la sanction de droit pénal, qui a un contenu similaire, mais avec un but principal différent, plus précisément, la

* Acest material a fost prezentat la Conferința Internațională „Drept național și drept european” a Facultății de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, 25-28 octombrie 2012.

protection de la société. Comme l'hospitalisation involontaire implique la privation de liberté de la personne psychique, on impose le respect de la Convention des droits de l'homme, en ce qui concerne les conditions de la privation de liberté.

Mots clés: *protection de la personne psychique, troubles mentaux, hospitalisation involontaire*

1. „Persoana fizică” este o denumire convențională dată omului, ca entitate juridică¹. *Persoana fizică* reprezintă ființa umană, care se manifestă în drept, ca *individ*², este titulară de drepturi și obligații în raporturile juridice și subiect al raporturilor juridice. Orice ființă umană are calitatea de persoană fizică. Conform art. 25 alin. (2) C. civ.³, persoana fizică este omul, privit individual, ca titular de drepturi și de obligații civile.

Pentru a participa la viața juridică, persoana fizică este înzestrată cu capacitate (personalitate) juridică. *Capacitatea juridică* reprezintă aptitudinea de a fi subiect de drept, deci aptitudinea de a fi titular de drepturi și obligații.

Nu întotdeauna persoana fizică poate participa direct, personal, la viața juridică. Lipsa discernământului⁴ persoanei fizice datorate vârstei fragede sau alienației ori debilității mintale, precum și tulburările psihice de care suferă, chiar dacă discernământul ei nu este afectat, impun protecția acesteia.

2. Prin *persoană fizică cu tulburări psihice* se înțelege: „persoana cu dezechilibru psihic sau insuficient dezvoltată psihic ori dependentă de substanțe psihoactive, ale cărei manifestări se încadrează în criteriile de diagnostic în vigoare pentru practica psihiatrică”⁵. În știința medicală, bolile

¹ A se vedea, I. Reghini, *Persoana fizică - subiect al raporturilor de drept civil*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 84.

² A se vedea T. Ionașcu ș.a., *Persoana fizică în dreptul R.P.R.*, Editura Academiei Republicii Populare Române, București, 1963, p. 16.

³ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 511 din 24 iulie 2009, cu modificările și completările ulterioare.

⁴ Discernământul reprezintă aptitudinea psihică a persoanei fizice de a înțelege semnificația actelor/faptelor sale, de a discerne între ceea ce este util sau păgubitor, oportun sau neoportun pentru ea, la un moment dat. (A se vedea, I. Reghini, *op. cit.*, p. 86).

⁵ Art. 5 lit. a) din Legea nr. 487/2002 a sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 589 din 8 august 2002, așa cum a fost modificată și completată prin Legea 129/2012, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 487 din 17 iulie 2012.

psihice se clasifică în nevroze, psihopatii și psihoze. *Nevrozele* sunt modificări psihice cauzate de dificultăți ale individului în relația sa cu mediul, iar *psihopatiile* sunt tulburări de adaptare la ambianța familială și socio-profesională. Nevrozele și psihopatiile sunt considerate tulburări de personalitate, dizarmonii psihice care *nu* alterează discernământul persoanei fizice. *Psihozele* se caracterizează prin pierderea capacității de autoapreciere, tulburări de conștiință, comportament alterat și *lipsa discernământului*⁶.

Persoanele fizice cu tulburări psihice sunt protejate fie prin instituția interdicției judecătorești, reglementată în art. 164 - 177 C. civ., fie prin internarea lor într-o unitate de psihiatrie, conform Legii nr. 487/2002 a sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice, modificată și completată prin Legea 129/2012.

3. Pot fi puse sub interdicție judecătorească, în vederea protecției lor, persoanele *alienate și debile mintal*: „Persoana care nu are discernământul necesar pentru a se îngriji de interesele sale, din cauza alienației mintale ori a debilității mintale, va fi pusă sub interdicție judecătorească.” [art. 164 alin. (1) C. civ.]. Potrivit Legii de punere în aplicare a Codului civil⁷, „prin expresiile <alienație mintală> sau <debilitate mintală> se înțelege o boală psihică sau un handicap psihic ce determină incompetența psihică a persoanei de a acționa critic și predictiv privind consecințele social-juridice care pot decurge din exercitarea drepturilor și obligațiilor civile.” (art. 211). Definiția dată nu este concordantă cu noțiunile de alienație și debilitate mintală care rezultă din Legea nr. 487/2002. Astfel, în art. 5, litera a) a acestei legi⁸ se arată că prin *persoană cu tulburări psihice* se înțelege *persoana cu dezechilibru psihic* sau *insuficient dezvoltată psihic* ori dependentă de substanțe psihoactive; la litera i) al aceluiași articol se prevede că: prin *handicap psihic* se înțelege incapacitatea persoanei cu tulburări psihice de a face față vieții în societate, situația decurgând direct din prezența tulburării psihice. Deci boala psihică nu este sinonimă cu handicapul psihic; handicapul psihic este o consecință a bolii psihice.

⁶ A se vedea, A. Sârbu, *Psihiatrie clinică*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1979, p. 355, așa cum a fost citat de I. Pascu, în *Drept penal. Partea generală*, Editura Hamangiu, 2009, p. 485. Pentru o prezentare detaliată a tulburărilor psihice, a se vedea și R. Jeican, *Psihiatrie pentru medicii de familie*, Editura Eikon, Cluj-Napoca, 2010, p. 97-286.

⁷ Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011.

⁸ Articol modificat și completat prin Legea 129/2012.

Rezultă că nu se poate pune semnul de egalitate, între alienația mintală și debilitatea mintală, ori între boala psihică și handicapul psihic (în Legea de punere în aplicare a Codului civil legiuitorul folosește conjuncția „sau” - alienație mintală sau debilitate mintală; boală psihică sau handicap psihic). Ori, în opinia noastră, așa cum reiese din Legea nr. 487/2002, noțiunile sunt diferite. Prin alienație mintală se poate înțelege boala psihică, iar prin debilitate mintală, insuficienta dezvoltare psihică⁹. Cum Legea nr. 487/2002 are caracterul unei legi speciale față de Codul civil (care este legea generală), are prioritate legea specială.

Pentru ca aceste afecțiuni (alienația sau debilitatea mintală) să conducă la punerea sub interdicție judecătorească trebuie îndeplinite condițiile prevăzute de art. 164 alin. (1) C. civ.: persoana în cauză să nu aibă discernământ, iar lipsa discernământului să o împiedice să se îngrijească de interesele sale.

Nu pot fi puse sub interdicție judecătorească *persoanele vârstnice*, care datorită bătrâneții și bolii, își pot pierde temporar discernământul sau acelea care suferă de o lipsă pasageră a discernământului¹⁰, datorită *dependenței de substanțe psihoactive, alcoolismului sau altor cauze*, deși, de *lege ferenda*, punerea sub interdicție în asemenea cazuri ar reprezenta o măsură de protecție, protecție față de ele însele, precum și pentru cei din jurul lor¹¹. La această soluție s-ar putea ajunge dacă ar fi modificat art. 164 alin. (1) C. civ., în sensul că, noțiunile de „alienație și debilitate mintală” ar fi înlocuite cu noțiunea de „tulburare psihică”¹².

⁹ A se vedea și C. T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 399-400.

¹⁰ A se vedea, I. Reghini, *op. cit.*, p. 148-149.

¹¹ În Codul civil din 1864, înainte de adoptarea Codului familiei, asemenea persoane erau ocrotite prin intermediul instituției *consiliului judiciar*; articolul 445 prevedea că o persoană poate fi pusă sub consiliu judiciar în două împrejurări: slăbirea facultăților mintale sau starea de inconștiență provocată de boală sau de oricare altă cauză (de exemplu, beția, surzenia, bătrânețea) și însușiri caracterizate și anormale de risipă; actele juridice pe care le putea încheia cel pus sub consiliu judiciar se împărțeau în două categorii: cele pe care le putea încheia singur și cele pe care le putea încheia numai asistat de consiliul judiciar; cel pus sub consiliu judiciar avea deci o *incapacitate limitată* la anumite acte juridice, specificate în hotărârea de punere sub consiliu. Pentru detalii a se vedea, C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. I, Editura All Beck, Colecția Restitutio, București, 2002, p.476-487.

¹² A se vedea și C. T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 400-401.

Numai o parte dintre persoanele cu tulburări psihice sunt alienate sau debile mintal, iar dintre acestea, nu toate sunt lipsite de discernământ. De exemplu, persoanele dependente de substanțe psihoactive fac parte din categoria persoanelor cu tulburări psihice, dar nu sunt alienate sau debile mintal. Prin urmare, cu privire la persoanele care nu îndeplinesc condițiile punerii sub interdicție judecătorească se asigură ocrotirea prin *internarea și tratamentul* lor într-o unitate specializată de psihiatrie (în mod voluntar sau obligatoriu). Este posibil ca internarea să se dispună și față de persoane cu tulburări psihice, care deja au fost puse sub interdicție judecătorească.

În continuare, urmează a fi analizată doar problema protecției persoanelor cu tulburări psihice prin internarea¹³ lor într-o unitate de psihiatrie.

4. Conform art. 40 din Legea nr. 487/2002, *internarea într-o unitate de psihiatrie* se face numai din considerente medicale, înțelegându-se prin acestea proceduri de diagnostic și de tratament. Internarea poate fi *voluntară sau nevoluntară* (obligatorie).

Internarea voluntară. Prin internare voluntară se înțelege internarea la cererea sau cu consimțământul pacientului. Internarea voluntară are loc în același mod ca și primirea în orice alt serviciu medical și pentru orice altă boală. Orice pacient internat voluntar într-un serviciu de sănătate mintală are dreptul de a se externa la cerere, în orice moment, cu excepția cazului în care sunt întrunite condițiile care justifică menținerea internării împotriva voinței pacientului.

Internarea nevoluntară (obligatorie). Prin internare nevoluntară se înțelege internarea împotriva voinței sau fără consimțământul pacientului. Procedura de internare nevoluntară se aplică numai după ce toate încercările de internare voluntară au fost epuizate.

5. Internarea nevoluntară presupune, prin natura sa, o *privare de libertate*. De aceea, unul dintre drepturile fundamentale ale omului este incident, și anume *dreptul la libertate și siguranță* (art. 5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului¹⁴). În art. 5 alin. 1 lit. a-f din Convenție sunt precizate cazurile în care privarea de libertate *este permisă*. Unul dintre

¹³ Legea 487/2002 conține și prevederi referitoare la tratamentul obligatoriu într-o unitate de psihiatrie, dar această problemă nu va fi analizată în materialul de față.

¹⁴ Legea nr. 30/1994 privind ratificarea Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a protocoalelor adiționale la această convenție, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 135 din 31 mai 1994.

aceste cazuri, prevăzut la lit. e, se referă la persoanele susceptibile să transmită o boală contagioasă, la *alienați*, la alcoolici, toxicomani și vagabonzi. Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CEDO), referitor la persoanele *alienate mintal*, în hotărârea *Winterwerp c. Țărilor de Jos* (1979)¹⁵ a precizat că este interzisă detenția unei persoane în temeiul singurului fapt că ideile sau comportamentul său sunt diferite de normele predominante dintr-o societate dată. Termenul de „alienat” nu poate face obiectul unei interpretări definitive, sensul său evoluând în permanență odată cu progresul cercetării medicale și evoluția mentalităților. Aceeași hotărâre precizează condițiile minimale ale privării de libertate. Astfel, starea de alienație mentală trebuie stabilită în mod concludent, cu excepția cazurilor de urgență. Tulburarea psihică trebuie să fie dovedită în fața autorității naționale competente, dovada făcându-se printr-o expertiză medico-legală. Mai mult, tulburarea psihică trebuie să aibă un caracter sau o amploare de natură a legitima internarea, care nu se poate prelungi în mod valabil în cazul în care acea tulburare nu mai persistă. Deși Curtea Europeană își exercită controlul, autoritățile naționale sunt cele care apreciază aceste condiții¹⁶.

Regulile formulate de CEDO în hotărârea *Winterwerp* constituie un sistem de referință pentru hotărârile ulterioare în această materie¹⁷.

În afară de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, în situația în care se impune internarea obligatorie, trebuie luată în considerare și Convenția cu privire la drepturile omului și biomedicină¹⁸, care conține

¹⁵ Disponibilă la adresa: <http://jurisprudentacedo.com/Winterwerp-contr-O> (consultată la 31/07/2012).

¹⁶ A se vedea, J.-F. Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Editura Hamangiu, 2009, (traducere a *Traité de droit européen des droits de l'homme*, 2007, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA), p. 330-331

¹⁷ De exemplu, hotărârile CEDO: *Riera Blume și alții c. Spaniei* (1999), *Varbanov c. Bulgariei* (2000), *Rakevich c. Rusiei* (2003), *HL c. Marii Britanii* (2004), *Filip c. României* (2006), *David c. Moldovei* (2008), *Stanev c. Bulgariei* (2012), ș.a., disponibile la adresa: <http://jurisprudentacedo.com> (consultate la 31/07/2012); a se vedea și I. Soumy, *L'effet horizontal de l'article 5, §1, premiere phase comme limite a la tyrannie familiale : l'affaire Storck c. Allemagne du 16 juin 2005*, în „Revue trimestrielle des droits de l'homme”, nr. 66/2006, p. 237 și urm.

¹⁸ Legea nr. 17/2001 privind ratificarea Convenției europene pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei, Convenția privind drepturile omului și biomedicină, și a Protocolului adițional la Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și

norme protectoare și pentru persoanele cu tulburări psihice, mai ales în art. 5 - 9, referitoare la consimțământul în cazul unei intervenții în domeniul sănătății¹⁹.

6. *Internarea nevoluntară*, ca măsură de ocrotire de drept privat a persoanei cu tulburări psihice, trebuie delimitată de *măsura de siguranță a internării medicale*, prevăzută de art. 114 C. pen. Confuzia între cele două măsuri (de drept privat și de drept public) ar putea să apară datorită faptului că legiuitorul face trimitere, în cuprinsul Legii 487/2002, și la persoanele cu tulburări psihice care execută pedepse cu închisoarea sau care sunt reținute sau arestate preventiv²⁰.

Potrivit art. 114 C. pen. „Când făptuitorul este bolnav mintal ori toxicoman și se află într-o stare care prezintă pericol pentru societate, se poate lua măsura internării într-un institut medical de specialitate, până la însănătoșire. Această măsură poate fi luată în mod provizoriu și în cursul urmăririi penale sau al judecății.”²¹; măsura de siguranță se ia de către instanța penală, la solicitarea parchetului, în cazul persoanelor care au săvârșit fapte prevăzute de legea penală; măsura de drept privat a internării nevoluntare poate fi luată, fie față de persoane care sunt periculoase doar

medicinii, referitor la interzicerea clonării ființelor umane, semnat la Paris la 12 ianuarie 1998, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 103 din 28 februarie 2001.

¹⁹ Pentru detalii referitoare la Convenție, a se vedea, M.-M. Pivniceru, H. Țiț, *Principiile fundamentale ale sistemului european de protecție a drepturilor omului în legătură cu biomedicina*, în „Revista română de bioetică”, nr. 3, vol. 1, 2003 (www.bioetica.ro).

²⁰ Astfel, în art. 39 din Legea 487/2002, modificat prin Legea 129/2012, se prevede că: „Condițiile de asistență și îngrijire a sănătății mintale ale persoanelor care execută pedepse cu închisoarea sau care sunt reținute sau arestate preventiv și despre care s-a stabilit că au o tulburare psihică, precum și persoanele internate în spitalul de psihiatrie ca urmare a aplicării măsurilor medicale de siguranță prevăzute de Codul penal nu pot fi discriminatorii în raport cu celelalte persoane bolnave psihic.”. Așadar, persoanele cu tulburări psihice, vizate de art. 39 nu sunt internate nevoluntar (obligatoriu), prin intermediul procedurii administrative de drept privat, reglementate de Legea 487/2002. Acestea, fie sunt internate ca urmare a executării unei măsuri de siguranță, hotărâtă de o instanță penală, fie primesc îngrijiri medicale, în timp ce sunt reținute sau arestate preventiv în cadrul unei proceduri penale.

²¹ Internarea medicală este reglementată asemănător în art. 110 din noul Cod penal (Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 510 din 24 iulie 2009). Conform acestui text, dacă „făptuitorul este bolnav psihic, consumator cronic de substanțe psihoactive sau suferă de o boală infecto-contagioasă și prezintă pericol pentru societate, se poate lua măsura internării într-o unitate sanitară de specialitate, până la însănătoșire sau până la obținerea unei ameliorări care să înlăture starea de pericol.”.

pentru ele însele, în vederea protejării lor și în interesul acestora, fie și față de persoane care prezintă un pericol social, dar care nu au săvârșit fapte prevăzute de legea penală (așa cum rezultă din art. 45 al Legii 487/2002, reprodus mai jos).

Prin urmare, este vorba despre două măsuri distincte, una de drept public (penal), iar alta de drept privat. *Măsura de siguranță a internării medicale* (art. 114 C. pen.) este o *sanctiune* de drept penal cu caracter preventiv, care se ia de către *instanța de judecată* față de persoana ce a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală, dacă se constată printr-o expertiză medicală că este bolnavă mintal ori este toxicomană și din această cauză prezintă pericolul de a săvârși asemenea fapte și în viitor. Prin internarea persoanei într-un spital de psihiatrie se acționează în interesul societății, prevenindu-se pericolul săvârșirii de noi fapte și, implicit, în subsidiar, se ameliorează starea sănătății persoanei alienate mintal ori toxicomane²². *Internarea nevoluntară ca măsură de ocrotire de drept privat* (reglementată de Legea nr. 487/2002) are ca scop protecția persoanei cu tulburări psihice, în propriul său interes, precum și în interesul familiei sale și a societății. Această măsură nu are caracter de sancțiune, ci de ocrotire.

7. Internarea nevoluntară potrivit Legii nr. 487/2002, așa cum a fost modificată și completată prin Legea 129/2012, respectă normele internaționale la care România este parte. Ea conține însă inexactități, mai ales de ordin terminologic, care urmează a fi analizate.

Internarea nevoluntară urmează o *procedură administrativă* sub controlul *instanței de judecată*²³.

Conform art. 45 din Legea nr. 487/2002, o persoană poate fi internată prin procedura de *internare nevoluntară* numai dacă un *medic psihiatru abilitat* hotărăște că persoana suferă de o tulburare psihică și consideră că:

- din cauza acestei tulburări psihice există pericolul iminent de vătămare pentru sine sau pentru alte persoane;
- în cazul unei persoane suferind de o tulburare psihică gravă, neinternarea ar putea antrena o gravă deteriorare a stării sale sau ar împiedica să i se acorde tratamentul adecvat.

²² A se vedea, I. Pascu, *op. cit.*, p. 484-485.

²³ Controlul exercitat de parchet în vechea formă a Legii 487/2002 (al cărui rol de organ de control era discutabil în contextul unei măsuri de ocrotire de drept privat) a fost înlocuit cu cel exercitat de instanța de judecată.

Solicitarea internării nevoluntare se poate face de: medicul de familie sau medicul specialist psihiatru care are în îngrijire această persoană; familia persoanei; reprezentanții administrației publice locale cu atribuții în domeniul social medical și de ordine publică; reprezentanții poliției, jandarmeriei sau ai pompierilor; procuror; instanța de judecată civilă, ori de câte ori apreciază că starea sănătății mintale a unei persoane aflate în cursul judecății ar putea necesita internare nevoluntară.

Motivele internării nevoluntare se certifică sub semnătură de către cel care a solicitat-o, cu specificarea propriilor date de identitate, descrierea circumstanțelor care au condus la solicitarea de internare nevoluntară, a datelor de identitate ale persoanei în cauză și a antecedentelor medicale cunoscute (art. 47 din Legea 487/2002²⁴).

8. *Procedura internării nevoluntare.* Medicul psihiatru, după evaluarea stării de sănătate mintală a persoanei aduse și după aprecierea oportunității internării nevoluntare, are obligația de a informa imediat persoana respectivă și reprezentantul legal al acesteia, dacă este cazul, cu privire la hotărârea de a o supune unui tratament psihiatric, precum și cu privire la *propunerea* de a o supune internării nevoluntare. Totodată, în termen de cel mult 24 de ore de la evaluare, medicul psihiatru trimite documentația necesară *propunerii* de internare nevoluntară unei comisii special constituită, prin intermediul conducerii unității medicale respective, și informează persoana că va fi examinată de către această comisie, aducând aceasta la cunoștința reprezentantului legal sau convențional al pacientului, dacă este cazul²⁵ (art. 49 din Legea 487/2002²⁶).

9. Referitor la *reprezentantul pacientului* se impun câteva precizări. În sensul Legii nr. 487/2002, așa cum a fost modificată prin Legea 129/2012, prin *reprezentant legal* se înțelege persoana desemnată, conform legislației în vigoare, pentru a reprezenta interesele unei persoane cu tulburări psihice (art. 5, lit. m); prin *reprezentant convențional* se înțelege persoana care acceptă să asiste sau să reprezinte interesele unei persoane cu tulburări psihice, în anumite condiții stabilite de lege (art. 5, lit. n).

Potrivit legislației în vigoare, mai precis, conform art. 1295 C. civ.,

²⁴ Articol modificat prin Legea 129/2012.

²⁵ Potrivit art. 5, litera c din Legea nr. 487/2002, prin *pacient* se înțelege persoana cu tulburări psihice aflată în îngrijirea unui serviciu medical.

²⁶ Articol modificat prin Legea 129/2012.

reprezentarea poate rezulta din lege, dintr-o hotărâre judecătorească sau dintr-un act juridic, deci poate fi *legală*, *judiciară* sau *convențională*. *Reprezentarea legală o include pe cea judiciară*, deoarece ambele își au izvorul în lege²⁷. *Reprezentantul legal* este împuternicit printr-o dispoziție legală să încheie acte juridice în numele și pe seama altei persoane.

Reprezentarea legală a persoanei cu tulburări psihice intervine în următoarele cazuri:

- în cazul minorului sub 14 ani, care este reprezentat de către *părinți* (art. 143 și art. 502 C. civ.);
- în cazul minorului sub 14 ani, lipsit de îngrijire părintească, și pus sub *tutelă*, care este reprezentat de *tutorele* său, numit de *instanța de tutelă* (art. 118 și art. 119 C. civ.);
- în cazul interzisului judecătoresc, care este reprezentat tot de un *tutore* numit de *instanța de tutelă*, prin hotărârea de punere sub interdicție judecătorească (art. 170 C. civ.);
- în cazul în care instanța de tutelă numește un *curator special*, până la numirea tutorelui minorului sau al celui care urmează a fi pus sub interdicție judecătorească (art. 159 și art. 167 C. civ.);
- în cazul *curatelei persoanei capabile*, când instanța de tutelă numește un *curator* (art. 178 și urm. C. civ.).

Reprezentarea legală a persoanei cu tulburări psihice *exclue* reprezentarea ei convențională. Potrivit art. 38¹ din Legea 487/2002, introdus prin Legea 129/2012, numai „persoana cu capacitate deplină de exercițiu și cu capacitatea psihică păstrată”²⁸ poate numi un reprezentant convențional, care este *înlocuit* la numirea unui reprezentant legal. Dacă pacientul nu are capacitate deplină de exercițiu, el va fi protejat de reprezentantul său legal [art. 38¹ alin. (9)].

Reprezentarea convențională își are izvorul în *voința părților*, exprimată printr-un contract, de regulă, prin contractul de mandat. Deși în Legea 487/2002 nu se utilizează această noțiune, semnificația convenției încheiate între pacient și reprezentantul său convențional este aceea a unui

²⁷ Pentru detalii, a se vedea, C. T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 213-214.

²⁸ Potrivit art. 5 lit. h din Legea 487/2002, modificată, „prin capacitate psihică se înțelege atributul stării psihice de a fi compatibilă, la un moment dat, cu exercitarea drepturilor și libertăților”; deși modificată prin Legea 129/2012, definiția nu surprinde întregul conținut al capacității psihice; ultima parte ar fi trebuit să se refere la exercitarea drepturilor și *obligațiilor*, nu a libertăților, care în ultimă instanță sunt sinonime cu drepturile.

mandat special (reprezentantul având atribuții limitate numai cu privire la asistarea și reprezentarea pacientului referitor la internarea și tratamentul medical), cu titlu gratuit, încheiat în formă scrisă.

Așadar, atunci când pacientul face parte dintre persoanele care beneficiază de reprezentarea legală, acestea, de regulă, fiind lipsite de discernământul necesar pentru a se îngriji de propriile interese, medicul psihiatru informează pe reprezentantul legal cu privire la hotărârea de a supune pacientul unui tratament psihiatric și cu privire la *propunerea* de a-l supune internării nevoluntare. Dacă pacientul nu face parte din categoria de mai sus, medicul psihiatru îl informează pe pacient, care se prezumă că are discernământ și pe reprezentantul său convențional, dacă și-a desemnat unul.

În cazul în care pacientul nu are discernământul necesar pentru a se putea îngriji de interesele sale și nu are un reprezentant convențional, „*unitatea sanitară* este obligată să sesizeze, de îndată, *autoritatea tutelară* sau, în cazul minorilor, *direcția generală de asistență socială și protecția copilului* din unitatea administrativ-teritorială în care pacientul își are domiciliul sau reședința ori, în cazul în care acestea nu sunt cunoscute, pe cele în a căror circumscripție teritorială se află unitatea medicală, în vederea instituirii măsurilor de ocrotire (*s.n.*)” [art. 38¹ alin. (10)]. Legiuitorul nu a corelat modificările la Legea 487/2002 cu prevederile Codului civil în vigoare, potrivit cărora *instanța de tutelă* este aceea care are atribuții în vederea numirii unui reprezentant legal și *nu* autoritatea tutelară sau direcția pentru protecția copilului. Aceste organisme joacă rolul unor intermediari, în sensul că pot avea doar calitatea de a solicita instanței de tutelă punerea pacientului sub interdicție judecătorească²⁹, cu consecința numirii unui reprezentant legal. În temeiul Codului civil (art. 111, lit. d, partea finală), *unitatea sanitară* poate sesiza *direct* instanța de tutelă, reducând astfel timpul necesar pentru luarea unor măsuri de ocrotire.

Aceeași necorelare cu Codul civil apare în cazul în care medicul psihiatru suspectează existența unor *interese contrare* între pacient și reprezentantul său legal sau convențional; el sesizează *autoritatea tutelară* ori, după caz, *direcția generală de asistență socială și protecția copilului*

²⁹ Persoanele care pot solicita punerea sub interdicție sunt: persoanele apropiate celui care urmează a fi pus sub interdicție, administratorii și locatarii casei în care acesta locuiește; serviciul de stare civilă, notarul public; instanțele judecătorești, reprezentanții Ministerului Public și ai poliției; *organele administrației publice locale, instituțiile de ocrotire*, precum și orice altă persoană (art. 165 C. civ., care face trimitere la art. 111 C. civ.).

pentru inițierea procedurilor necesare desemnării unui alt reprezentant (art. 31 din Legea nr. 487/2002³⁰), pe când, pe de o parte, dacă este vorba de reprezentarea legală, în caz de *interese contrare instanța de tutelă* numește un *curator*³¹, iar pe de altă parte, în cazul reprezentării convenționale, reprezentantul este înlocuit de către pacientul cu capacitate deplină de exercițiu [art. 38¹ alin. (7) lit. c)], conflictul de interese soluționându-se aplicând regulile de la *mandat*.

10. După ce pacientul și reprezentantul său legal sau convențional sunt informați despre *propunerea* de internare nevoluntară, conform art. 52 din Legea 487/2002³², această propunere este analizată de o comisie special constituită, în termen de cel mult 48 de ore de la primirea ei, după examinarea pacientului (dacă acest lucru este posibil). Comisia este alcătuită din 3 membri numiți de managerul spitalului, și anume, din 2 psihiatri și un medic de altă specialitate sau un reprezentant al societății civile³³. În cazul în care comisia hotărăște internarea nevoluntară a pacientului, decizia de internare este comunicată acestuia, precum și reprezentantului său legal sau convențional.

11. Decizia de internare nevoluntară a comisiei este supusă *controlului instanței de judecată*, care trebuie să se pronunțe cu privire la *confirmarea* internării nevoluntare. Competență este judecătoria în a cărei circumscripție se află unitatea medicală. Instanța trebuie sesizată în termen de 24 de ore de la luarea deciziei de către comisia constituită în acest scop. Potrivit art. 54 din Legea 487/2002³⁴, judecata are loc în regim de urgență, în camera de consiliu, participarea și ascultarea pacientului fiind obligatorii, dacă starea

³⁰ Articol modificat prin Legea 129/2012.

³¹ Instanța de tutelă poate fi sesizată în temeiul art. 111, lit. d, C. civ. pentru numirea unui curator special, în caz de conflict de interese între pacient și reprezentantul său *legal* (referitor la minorul aflat sub tutelă, care se aplică prin analogie și minorului aflat sub ocrotire părintească, precum și interzisului, în baza art. 150 alin. (1) C. civ coroborat cu art. 171 C. civ.); de asemenea, se numește un curator în caz de conflict de interese, conform art. 24, alin. 6 din Legea nr. 272/2004 (Legea 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 557 din 23 iunie 2004, cu modificările ulterioare).

³² Articol modificat prin Legea 129/2012.

³³ Reprezentanții societății civile vor fi desemnați potrivit unor reguli stabilite prin normele de aplicare a Legii 129/2012.

³⁴ Articol modificat prin Legea 129/2012.

sănătății sale o permite. În caz contrar, judecătorul poate dispune audierea pacientului în unitatea sanitară. Pacientul va fi apărat din oficiu, dacă nu are apărător ales. Participarea procurorului este obligatorie. Hotărârea instanței poate fi atacată cu recurs. Recursul nu suspendă executarea.

În cazul în care instanța nu confirmă internarea nevoluntară, pacientul are dreptul de a părăsi imediat unitatea spitalicească sau poate solicita, în urma consimțământului scris, continuarea tratamentului [art. 57 alin. (1) din Legea 487/2002].

12. În caz de urgență, internarea nevoluntară urmează o procedură simplificată. Astfel, *medicul psihiatru*, după evaluarea stării de sănătate mintală a persoanei aduse și după aprecierea oportunității internării nevoluntare, nu propune, ci *dispune* internarea nevoluntară a pacientului. Decizia sa este comunicată pacientului, reprezentantului său legal sau convențional, precum și unei comisii special constituite, la fel ca la internarea nevoluntară obișnuită. Internarea nevoluntară de urgență este supusă *revizuirii* acestei comisii, în termen de 24 de ore de la primirea înștiințării cu privire la internarea nevoluntară, care, dacă o confirmă, urmează procedura controlului exercitat de către instanța de judecată, ca în cazul internării nevoluntare obișnuite.

Legiuitorul nu precizează ce se înțelege prin „caz de urgență”, astfel încât termenul ar putea primi semnificații diferite, în funcție de criteriile folosite de medicii psihiatri care iau această măsură.

13. Aplicând principiul simetriei de formă, internarea nevoluntară *încetează* odată cu încetarea condițiilor care au condus la luarea acestei măsuri, după aceeași procedură. Astfel, conform art. 56 din Legea 487/2002³⁵, aceeași comisie care a luat decizia internării nevoluntare, dacă, prin examinarea directă a pacientului și a dosarului său medical, constată încetarea condițiilor care au impus internarea nevoluntară, informează, de îndată, conducerea unității medicale, care sesizează judecătoria, propunând *confirmarea* încetării internării nevoluntare.

Dacă o persoană aflată în procedură de internare nevoluntară părăsește unitatea spitalicească „fără să existe decizia comisiei sau hotărârea instanței de judecată competente, unitatea spitalicească are obligația de a sesiza imediat organele de poliție și parchetul de pe lângă instanța judecătorească

³⁵ Articol modificat prin Legea 129/2012.

competentă, precum și reprezentantul legal sau convențional.” [art. 57 alin. (2) din Legea 487/2002]. *Per a contrario*, dacă există decizia comisiei, pacientul poate părăsi spitalul de psihiatrie; acest lucru nu este posibil, însă, decât după *confirmarea* deciziei comisiei de către instanța de judecată.

14. În ceea ce privește *capacitatea civilă a persoanelor cu tulburări psihice internate*, regula este că persoanele care nu sunt puse sub interdicție judecătorească se prezumă că au *capacitate deplină de exercițiu*, deci că sunt capabile (dacă au ajuns la majorat), chiar dacă suferă de tulburări psihice. Internarea (voluntară sau nevoluntară) într-o unitate de psihiatrie nu are consecințe asupra capacității civile a persoanei respective. Aceasta reiese și din art. 59 alin. (3) din Legea nr. 487/2002, potrivit căruia, internarea nevoluntară *nu constituie o cauză de restrângere a capacității juridice a pacientului*.

15. În concluzie, protecția persoanelor fizice cu tulburări psihice se realizează prin punerea lor sub interdicție judecătorească, atunci când sunt îndeplinite condițiile cerute de lege, sau prin internarea și tratamentul lor, voluntare sau nevoluntare, într-o unitate de psihiatrie, potrivit Legii nr. 487/2002, modificată și completată prin Legea 129/2012. Când are loc internarea nevoluntară trebuie făcută distincția între această măsură de ocrotire de drept privat și pedeapsa de drept penal cu un conținut asemănător, care nu are drept scop protecția persoanelor cu tulburări psihice (decât în subsidiar), ci urmărește protecția societății. De asemenea, internarea obligatorie, implicând privarea de libertate a persoanei fizice, impune respectarea Convenției drepturilor omului, referitoare la condițiile în care este permisă privarea de libertate.

Legea sănătății mintale, așa cum a fost recent modificată, corespunde cerințelor internaționale în ceea ce privește respectarea drepturilor omului și protecția persoanelor cu tulburări psihice. Controlul exercitat de instanța de judecată cu privire la decizia administrativă de internare nevoluntară reprezintă o garanție a respectării libertății persoanei fizice.

COMUNICAREA ACTELOR ADMINISTRATIV FISCALE.
ASPECTE PARTICULARE
COMMUNICATION OF FISCAL ADMINISTRATIVE ACTS.
SPECIAL ISSUES

IOANA MARIA COSTEA*

Abstract:

The fiscal administrative acts are results of a public authority or private will occurred in order to solve a legal state. These acts are emitted ex officio or upon request in order to generate, modify or extinct legal effects. By nature, the fiscal administrative acts are unilateral, so in a taxation legal rapport they ought to be communicated to the other party. Pursuit of article 44 from Tax Procedure Code a series of forms of communication is available: direct communication through personal remittance, through public service delivery, by post and finally by publicity. The administrative practice used this last form of communication as a common tool to ease their internal procedures, interpreting the legal text as an alternative formula. The judicial practice, and especially the Constitutional Court sought arguments to censorship this practice and to consecrate a hierarchy among these forms. Due to the Constitutional Court intervention, the legislature modified the legal formula and finally confirmed the communication through publicity as a secondary form of communication, in objective absence of previous communication.

Cuvinte-cheie: *act administrativ fiscal, comunicare directă, comunicare prin publicitate, opozabilitate*

Key words: *fiscal administrative acts, direct communication, publicity communication, opposability*

Introducere

Codul de procedură fiscală prevede în materia actului administrativ fiscal proceduri specifice de comunicare. Referitor la conținutul și ierarhia acestora, practica judiciară recentă a relevat o serie de problematici, cu soluții la mai multe nivele, apoi preluate în plan normativ. Comunicarea prin publicitate a făcut obiectul unei aplicări diferite la nivel de practică

* Ioana Maria Costea, lector dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza, ioana.costea@uaic.ro

administrativă și de practică judiciară, cunoscând inclusiv mai multe variante normative.

1. Noțiunea de act administrativ fiscal

Actul administrativ fiscal este definit expres de articolul 41 Cod procedură fiscală, ca fiind „*actul emis de organul fiscal competent în aplicarea legislației privind stabilirea, modificarea sau stingerea drepturilor și obligațiilor fiscale*”. Definiția se completează cu dispozițiile generale din articolul 2 lit. b) Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, care definesc noțiunea de „*act administrativ - actul unilateral cu caracter individual sau normativ, emis de o autoritate publică în vederea executării ori a organizării executării legii, dând naștere, modificând sau stingând raporturi juridice*”.

În economia Codului procedură fiscală, dispozițiile legale au în vedere actul administrativ fiscal, ca act cu caracter individual, nu și actele normative¹. Din corelarea definițiilor *ex lege*, reținem un alt aspect relevant și anume că actul administrativ fiscal este o manifestare unilaterală de voință, din partea unei autorități publice și anume organul fiscal competent.

Din natura unilaterală, decurge problematica reglementată de articolele 44 și 45 Cod procedură fiscală și anume comunicarea actului administrativ fiscal și opozabilitatea acestuia.

2. Acte administrativ fiscale supuse comunicării

Actul administrativ fiscal fiind un act emis pentru stabilirea, modificarea sau stingerea drepturilor și obligațiilor fiscale rezultă din activitatea de administrare a obligațiilor fiscale. În administrarea obligațiilor fiscale, sunt implicați atât organele fiscale: centrale, teritoriale, locale, generale ori specializate, precum și contribuabilul. Mecanismele de stabilire și colectare a creanțelor fiscale implică o serie de acte juridice specifice materiei, prin care sunt confirmate, modificate sau stinse raporturi juridice.

Principală categorie de acte juridice este dată, în lumina articolului 85 Cod procedură fiscală de declarația fiscală și de decizia de impunere.

Declarația fiscală este asimilată deciziei de impunere cu privire la regimul său juridic, conform articolului 86 Cod procedură fiscală, fiind astfel

¹ D. Dascălu, C. Alexandru, *Explicațiile teoretice și practice ale Codului de procedură fiscală*, Editura Rosetti, București, 2005, p. 119.

un act administrativ fiscal. Declarația fiscală are o natură juridică specifică; aceasta este rezultatul executării de către contribuabil (noțiune utilizată *lato sensu*, pentru a include toate categoriile de persoane cu obligații declarative – n.n.) a unei obligații de a face, distinctă de obligația de a plăti creanța fiscală². Astfel, declarația fiscală este un act juridic provenind de la contribuabil și deși inclus prin asimilare în categoria actelor administrativ fiscale are un regim specific de comunicare și de contestate. Declarația fiscală prezintă forme de comunicare proprii, stabilite prin dispozițiile speciale ale articolului 82 Cod procedură fiscală.

În sensul articolului 44 Cod procedură fiscală, sunt supuse comunicării actele administrativ fiscale *stricto sensu*. În această categorie intră, în primul rând, decizia de impunere și actele asimilate acesteia, conform articolului 88 Cod procedură fiscală: a) *deciziile privind rambursări de taxă pe valoarea adăugată și deciziile privind restituiri de impozite, taxe, contribuții și alte venituri ale bugetului general consolidat*; b) *deciziile referitoare la bazele de impunere*; c) *deciziile referitoare la obligațiile de plată accesorii*; d) *** Abrogat. e) *deciziile privind nemodificarea bazei de impunere*. Specific acestei categorii de acte juridice este faptul că sunt manifestarea de voință a organului fiscal, în activitatea sa de constatare, încadrare juridică și eventual soluționare a unei stări de fapt. Ca și act administrativ fiscal individual, decizia de impunere intervine pentru a confirma o creanță fiscală. Efectul acestei categorii de acte juridice este stabilirea obligațiilor fiscale, cumulând, de regulă, calitatea de titlu de creanță, în baza căruia creditorul poate pretinde plata creanței sale³. Provenind de la creditorul însuși, decizia de impunere este supusă comunicării în formele indicate de lege; comunicarea conferă în sensul art. 86 alin. (6) Cod procedură fiscală, deciziei de impunere, cumulând și calitatea de titlu de creanță valoare de înștiințare de plată.

În aceeași sferă de cuprindere, intră și actele rezultând din procedura de executare silită: somația, conform articolului 145 Cod procedură fiscală, procesul-verbal de sechestr, conform articolului 152 Cod procedură fiscală, adresa se înființare a proprii, conform articolului 149 alin. (5) Cod procedură fiscală. Aceste acte juridice sunt emise de executorul fiscal, în procedura

² A. Fanu-Moca, *Drept financiar public*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 182 și urm.

³ D. Dascălu, C. Alexandru, *op. cit.*, p. 225 și urm.

generală ori specială de executare silită. Natura de act administrativ fiscal este certă; înscrisurile enumerate mai sus sunt emise pentru a crea, modifica sau stinge raporturi juridice: deschiderea procedurii de executare silită, instituirea ipotecii legale ori a unui gaj, instituirea poprii. Pentru a fi opozabile debitorului, dar în unele ipoteze și terților având drepturi și obligații specifice (terțul poprit, coproprietarul), aceste acte sunt supuse comunicării, în condițiile articolului 44 Cod procedură fiscală.

Sunt, de asemenea, acte administrativ fiscale actele secundare emise în procedura de colectare a creanțelor fiscale, inclusiv de instituire a măsurilor asiguratorii. Acestea au fost ele reglementate prin Ordin Ministrului Finanțelor Publice nr. 585/2005⁴, dintre care amintim: Nota de constatare a compensării, Proces-verbal privind calculul sumelor prevăzute prin titlul executoriu.

În practica organelor fiscale, este foarte probabil ca natura unui act juridic să nu fie corelată cu denumirea acestuia. Pentru acest considerent, practica judiciară a intervenit punctual pentru a califica anumite înscrisuri emise de organul fiscal. Spre exemplu: „actele” prin care se respinge cererea de restituire sunt acte administrativ fiscale, fiind emise pentru a produce efecte juridice, ca act de autoritate.

În acest sens, a se vedea: Curtea de Apel Timișoara, s.c.adm-fisc., Decizia nr. 188/2008: *Examinând actele nr. 11.694p/ad/17.08.2007 și nr. 12.276p/ad/3.09.2007 prin prima definiției legale a actului administrativ, Curtea observă că acestea sunt acte unilaterale – deoarece exprimă voința unilaterală a autorității emitente de a respinge cererea reclamantei, că au fost emise în regim de putere publică și în vederea executării în concret a legii – deoarece actele respective au fost emise de Administrația Finanțelor Publice a Municipiului A. în calitate de organ împuternicit oficial cu verificarea îndeplinirii obligațiilor fiscale, și că modifică raporturi juridice – deoarece, prin consecințele sale concrete, a exprimat voința Administrației Finanțelor Publice a Municipiului A. de a refuza restituirea taxei solicitate de reclamantă*⁵.

Toate aceste acte juridice au sub aspectul formei un regim comun, în sensul că forma este stabilită *ad validitatem*, prin reglementarea expresă a unui formular. În lipsa unei forme reglementate prin lege, revine instanței

⁴ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 443 din 25 mai 2005.

⁵ Jurindex, <http://jurisprudenta.org>, [referință din 1.09.2012].

competența de a aprecia asupra naturii reale a unui înscris și a stabili dacă este act administrativ fiscal prin filtrul definițiilor legale.

În egală măsură, aceste acte juridice au același regim privitor la modalitățile de comunicare și efectele comunicării.

3. Forme de comunicare

Actul administrativ fiscal este supus comunicării, în una din formele indicate de lege, și anume de articolul 44 Cod procedură fiscală: *Comunicarea actului administrativ fiscal. (1) Actul administrativ fiscal trebuie comunicat contribuabilului căruia îi este destinat. În situația contribuabililor fără domiciliu fiscal în România, care și-au desemnat împuternicit potrivit art. 18 alin. (4), precum și în situația numirii unui curator fiscal, în condițiile art. 19, actul administrativ fiscal se comunică împuternicitului sau curatorului, după caz. (2) Actul administrativ fiscal se comunică prin remiterea acestuia contribuabilului/împuternicitului, dacă se asigură primirea sub semnătură a actului administrativ fiscal sau prin poștă, cu scrisoare recomandată cu confirmare de primire. (2¹) Actul administrativ fiscal poate fi comunicat și prin alte mijloace cum sunt fax, e-mail sau alte mijloace electronice de transmitere la distanță, dacă se asigură transmiterea textului actului administrativ fiscal și confirmarea primirii acestuia și dacă contribuabilul a solicitat expres acest lucru. (2²) În cazul în care comunicarea potrivit alin. (2) sau (2¹), după caz, nu a fost posibilă, aceasta se realizează prin publicitate. (3) Comunicarea prin publicitate se face prin afișarea, concomitent, la sediul organului fiscal emitent și pe pagina de internet a Agenției Naționale de Administrare Fiscală, a unui anunț în care se menționează că a fost emis actul administrativ fiscal pe numele contribuabilului. În cazul actelor administrative emise de organele fiscale prevăzute la art. 35, afișarea se face, concomitent, la sediul acestora și pe pagina de internet a autorității administrației publice locale respective. În lipsa paginii de internet proprii, publicitatea se face pe pagina de internet a consiliului județean. În toate cazurile, actul administrativ fiscal se consideră comunicat în termen de 15 zile de la data afișării anunțului. (4) Dispozițiile Codului de procedură civilă privind comunicarea actelor de procedură sunt aplicabile în mod corespunzător.*

În tradiția legislativă în materie procesual-fiscală, comunicarea se face prin remitere sub semnătură, prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire, prin alte mijloace și prin publicitate.

Dintre aceste forme, două suscită o serie de discuții.

3.1 Comunicarea prin alte mijloace

Această formă de comunicare, prevăzută de articolul 44 alin. (2¹) Cod procedură fiscală a primit un nou conținut prin Ordonanța Guvernului nr. 2/2012⁶, care a reorganizat dispozițiile articolului 44 alin. (2¹). În noua sa formă, alin. (2¹) dispune: *Actul administrativ fiscal poate fi comunicat și prin alte mijloace cum sunt fax, e-mail sau alte mijloace electronice de transmitere la distanță, dacă se asigură transmiterea textului actului administrativ fiscal și confirmarea primirii acestuia și dacă contribuabilul a solicitat expres acest lucru.*

Noutatea reglementării este relativ redusă. Comunicarea prin mijloace de tehnică modernă a fost consacrată, încă din prima formulare a Cod procedură fiscală, inclusiv condiția ca modalitatea de comunicare să asigure confirmarea primirii.

În forma actuală, comunicarea prin alte mijloace suferă o atenuare, în sensul că legiuitorul introduce condiția ca contribuabilul să fi solicitat expres acest lucru.

Cu privire la modul de realizare a acestei solicitări, nu există, la acest moment, un cadru procedural reglementat expres. În acest sens, apreciem că solicitarea poate avea orice formă, contribuabilul fiind obligat a se asigura că mijlocul de comunicare ales permite confirmarea primirii.

3.2 Comunicarea prin publicitate

Comunicarea prin publicitate a suferit o evoluție normativă majoră, prin transformarea întregii economii a articolului 44 Cod procedură fiscală.

În formularea actuală, comunicarea prin publicitate este o formă de comunicare de rezervă. Prin dispozițiile articolului 44 alin. (2²) Cod procedură fiscală se stabilește o ordine de aplicare a formelor de comunicare: *În cazul în care comunicarea potrivit alin. (2) sau (2¹), după caz, nu a fost posibilă, aceasta se realizează prin publicitate.*

⁶ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 71 din 30 ianuarie 2012.

Astfel, organul fiscal are obligația de a aplica ordinea de preferință și parcurge o primă comunicare în formele de la alin. (2) sau (2¹) și anume, alternativ, prin remitere, prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire ori prin alte mijloace de comunicare (când sunt îndeplinite condițiile tehnice și condiția opțiunii contribuabilului).

Cu privire la modul concret de realizare a acestei modalități de comunicare, alin. (3) al articolului 44, prevede o afișare concomitentă la sediul organului fiscal și pe pagina de internet a unui anunț, individual ori, de regulă colectiv, în care se menționează faptul emiterii actului administrativ fiscal pe numele contribuabilului. Aceasta este prima ipoteză de lucru, care privește organele fiscale din subordinea Agenției Naționale de Administrare Fiscală, inclusiv organele vamale, organele de gestiune a contribuțiilor sociale. În cazul autorităților administrației publice locale, afișarea se va face la sediu și pe pagina de internet proprie; în lipsa unei asemenea pagini, afișarea se va realiza pe pagina de internet a consiliului județean. Sunt incidente dispozițiile legale privitoare la competența materială și teritorială, pentru a determina organul competent a face comunicarea prin afișare. Cu privire la procedurile interne de lucru, acestea sunt reglementate prin Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 94/2006 privind aprobarea modelului și conținutului formularelor și a instrucțiunilor de completare a acestora în vederea îndeplinirii procedurii de comunicare a actelor administrative fiscale prin publicitate⁷.

Comunicarea se consideră a fi făcută în termen de 15 zile de la data afișării anunțului. Acesta este momentul de la care actul juridic produce efecte față de destinatarul său.

4. Evoluția normativă a articolului 44 Cod procedură fiscală

a) Anterior Ordonanței Guvernului nr. 29/2011⁸

În forma inițială a articolul 44 Cod procedură fiscală comunicarea prin publicitate era o modalitate de comunicare indicată la ultimul punct, lit. d) a alin. (2), alături de celelalte forme de comunicare. Ordinea enumerării era aceeași ca în prezent, însă nu era prevăzută expres o ierarhie a formelor de comunicare.

⁷ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 79 din 27 ianuarie 2006.

⁸ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 626 din 2 septembrie 2011.

Pentru acest considerent, organele fiscale au interpretat alternativ dispozițiile articolului 44 alin. (2) în sensul că comunicarea se făcea prin oricare formă, inclusiv direct prin publicitate.

Cu privire la legalitatea acestei interpretări și anume considerarea formelor de comunicare ca fiind alternative, s-au ridicat în practică unele probleme.

Argumente de practică judiciară. Această interpretare dată de organele fiscale a fost cenzurată, într-un anumit sens, de practica judiciară. În interpretarea și aplicarea dispozițiilor articolului 44 Cod procedură fiscală prin prisma alin. (4), care face trimitere ca norme de completare la dispozițiile Cod procedură civilă, soluțiile de speță au admis că comunicarea prin publicitate este o procedură de rezervă, atunci când, în condițiile de la articolul 95 Cod procedură civilă, domiciliul contribuabilului nu este cunoscut.

În acest sens, a se vedea: Înalta Curte de Casație și Justiție, s.c.adm-fisc., Decizia nr. 977/2010: *Codul de procedură fiscală reglementează, prin articolul 44 alin. (2), mai multe modalități de comunicare a actelor administrativ fiscale, de natură să asigure confirmarea primirii acestora, precum și comunicarea prin publicitate (lit. d), care se efectuează în condițiile prevăzute la alin. (3). Același text de lege dispune, prin alin. (4), că dispozițiile Codului de procedură civilă privind comunicarea actelor de procedură sunt aplicabile în mod corespunzător. Potrivit articolului 95 alin. (1) Cod procedură civilă, citarea prin publicitate se dispune atunci când reclamantul învederează că, deși a făcut tot ce i-a stat în putință, nu a izbutit să afle domiciliul pârâtului. Într-o corectă aplicare a acestor prevederi legale, nu este suficient, așadar, ca reclamantul să afirme că nu cunoaște domiciliul pârâtului, ci trebuie să învedereze împrejurări concrete din care să rezulte că, deși a făcut tot ce i-a stat în putință, nu a reușit să afle domiciliul acestuia, confirmându-și, eventual, susținerile cu probe corespunzătoare. Dacă se dovedește că adresa pârâtului era cunoscută și totuși s-a obținut citarea sa prin publicitate, toate actele săvârșite după acest moment se vor anula, astfel cum prevede articolul 95 alin. (4) Cod procedură civilă. În raport cu aceste prevederi legale, precum și cu rațiunea și efectele comunicării actului administrativ fiscal, este indiscutabil faptul că se poate recurge la modalitatea de comunicare a acestuia prin publicitate numai atunci când domiciliul fiscal al contribuabilului nu este cunoscut, cum corect a reținut și judecătorul fondului.*

Această soluție dată de Înalta Curte de Casație și Justiție, este una de ipoteză de lucru, fiind limitată la cazul necunoașterii domiciliului contribuabilului și nu dispune cu titlu general în problema ordinii de aplicare a formelor de comunicare.

Ordinea de aplicare a formelor de comunicare a făcut obiectul analizei Curții Constituționale. Curtea a statuat prin Decizia nr. 536/2011 în sensul admiterii excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor articolului 44 Cod procedură fiscală *„reținând că intenția legiuitorului a fost de a institui o anumită ordine pentru modalitățile de comunicare a actelor administrative fiscale, prefigurând, prin succesiunea menționată la lit.a)-d), obligația organului fiscal de a proceda la comunicare doar cu respectarea ordinii de utilizare a acestora prevăzută în articolul 44 alin. (2)”*. Curtea subliniază caracterul obligatoriu al Deciziilor date, prin trimitere la Decizia nr. 667/2009, prin care se statuase cu privire la caracterul subsidiar al modalității de comunicare indicate de articolul 44 alin. (3) Cod procedură fiscală și anume comunicarea prin publicitate: *„În final, cu privire la constituționalitatea articolului 44 alin. (3) din Codul de procedură fiscală, Curtea constată că, în sine, textul în cauză nu contravine niciunei dispoziții constituționale invocate, reglementând doar o modalitate ultimă și subsidiară de comunicare a actelor administrative fiscale, folosită doar în cazul în care celelalte modalități de comunicare nu au putut fi îndeplinite din motive obiective. Constatarea folosirii abuzive a acestui mod de comunicare a actelor administrative este apanajul exclusiv al instanțelor judecătorești, însă deja acest aspect tine de aplicarea și interpretarea legii. Numai instanța de judecată este cea competentă să stabilească dacă comunicarea prin publicitate a actului administrativ fiscal a fost efectuată în condițiile Codului de procedură fiscală.”*

În mod cert, prin intervenția Curții Constituționale problema ierarhiei în cadrul formelor de comunicare a fost tranșată cu titlu general, în sensul că *Instanțele vor trebui să examineze, însă, dacă această comunicare prin publicitate a fost îndeplinită doar ca urmare a imposibilității realizării procedurii de comunicare prin celelalte modalități, în ordinea în care acestea sunt enumerate la articolul 44 alin. (2) lit. a)-c).*

Astfel, viciul de neconstituționalitate al textului din Cod procedură fiscală, care nu prevedea o ordine de aplicare este acoperit prin aplicarea unitară de către instanțele de judecată a respectivului text, în sensul aplicării

acestui în considerarea ordinii de preferință rezultând din succesiunea textului de lege.

Argumente de text.

O analiză a modului de structurare a articolului 44 alin. (2) Cod procedură fiscală, în forma sa inițială nu susține *per se* argumentul ierarhiei. Astfel, comunicarea prin prezentarea contribuabilului, comunicarea prin remitere și comunicarea prin poștă sunt, în plan practic, modalități alternative de realizare a comunicării. Astfel, în dinamica activității de gestiune a documentelor contabile și fiscale, este unanim admis ca un act administrativ-fiscal să fie comunicat în una din aceste trei forme fără a fi necesară utilizarea lor într-o anumită ordine⁹. Astfel, comunicarea prin poștă nu obligă organul fiscal la a fi convocat anterior contribuabilul la sediul său și cumulativ, la a se fi deplasat un funcționar la domiciliul contribuabilului în scopul remiterii actului. Ordinea utilizată de legiuitor poate fi apreciată, cel mult ca o ordine tehnică.

Astfel, problematica ierarhiei se pune în mod real între formele indicate la lit. a)-c), pe de o parte și comunicarea prin poștă indicată la lit. d). O anumită viziune normativă asupra comunicării prin publicitate rezultă, așa cum a reținut și Înalta Curte în jurisprudența sa, din analiza dispozițiilor Codului de procedură civilă. Astfel, conform articolului 95 din actualul Cod de procedură civilă, respectiv articolului 162 din noul Cod de procedură civilă¹⁰, comunicarea prin publicitate este o procedură cu aplicare limitată. Rezultă, din acest text, că un act juridic este comunicabil prin publicitate doar în imposibilitatea de a realiza o comunicare directă. Rațiunea acestei ordini de preferință vine din preocuparea pentru efectivitatea comunicării, mult mai consistentă în comunicarea directă; legiuitorul înțelege totuși să permită o deblocare a procedurii în ipoteza în care comunicarea directă nu este posibilă, permițând o modalitate de comunicare cu caracter general și oarecum incert, prin publicitate.

Aceeași rațiune este și temeiul interpretării date, în mod repetat, de Curtea Constituțională dispozițiilor articolului 44 Cod procedură fiscală. Practica organelor fiscale de a recurge direct la comunicarea prin publicitate

⁹ H. Sasu, L. Țătu, D. Pătroi, *Codul de procedură fiscală. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 140 și urm.

¹⁰ Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 485 din 15 iulie 2010.

contravine dreptului de acces liber la justiție, în raport de conținutul și efectele actelor astfel comunicate. Comunicarea prin publicitate se impune a fi utilizată doar ca mijloc secundar de lucru, fiind o cale de a depăși un blocaj în comunicarea cu contribuabilul: *Așadar, în cazul actelor administrative fiscale, comunicarea acestora se îndeplinește prin publicitate și în ipoteza în care se cunoaște domiciliul fiscal al contribuabilului, dar comunicarea nu s-a putut realiza prin celelalte modalități prevăzute de textul amintit*¹¹.

De subliniat este faptul că, la nivel de legislație terțiară, Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 94/2006, în detalierea instrucțiunilor de completare a documentelor din procedura de comunicare prin publicitate, face mențiunea expresă că: *Comunicarea prin publicitate se efectuează în situația în care actul administrativ fiscal nu a putut fi comunicat prin una dintre modalitățile de comunicare prevăzute la art. 44 alin. (2) lit. a), b) și c) din Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, cu modificările și completările ulterioare*. Este evident că un text de aplicare nu poate adăuga la lege, însă transpare, din aceste dispoziții, soluția firească a ierarhiei.

b) Sub imperiul Ordonanței Guvernului nr. 29/2011

Codul de procedură fiscală a suferit o serie de modificări prin Ordonanța Guvernului nr. 29/2011 printre care și preluarea soluției din Decizia Curții Constituționale nr. 536/2011 la nivel normativ. Legiuitorul a procedat la o reorganizare a materiei articolului 44 alin. (2), în sensul de a reglementa în alineate diferite modalitățile de comunicare și de a stabili expres ordinea de aplicare a formelor de comunicare. Opțiunea legiuitorului a fost pentru o modificare radicală: alin. (2) păstra ca formă principală de comunicare, doar comunicarea prin scrisoare recomandată; alin. (2¹) stabilea forme secundare de comunicare alternative: comunicarea prin remitere ori comunicarea prin alte mijloace, aplicabilă atunci când nu s-a realizat comunicarea conform alin. (2); alin. (2²) stabilea forma terțiară de comunicare: comunicarea prin publicitate, aplicabilă atunci când nu s-a realizat comunicarea conform alin. (2¹).

¹¹ Decizia Curții Constituționale nr. 536/2011, supracit.

Intervenția normativă apare ca o interpretare legală, în sensul articolului 69 din Legea nr. 24/2000¹², întrucât modifică dispoziția legală și îi clarifică conținutul, incluzând interpretarea consacrată judiciar.

Rezultă, astfel o ierarhie în trei nivele, care obligă organul fiscal la o serie de cheltuieli suplimentare prin repetarea, după caz chiar de trei ori a acțiunii de comunicare. Pentru acest considerent, reformularea normativă a intervenit la scurt timp.

c) Sub imperiul Ordonanței Guvernului nr. 2/2012

Articolul 44 a fost remodificat prin Ordonanța Guvernului nr. 2/2012, prin reorganizarea ierarhiei prevăzute de alin. (2)-(2¹) în doar două nivele. Astfel, prima formă de comunicare, consacrată de alin. (2) a revenit la formularea tradițională prevăzând comunicarea directă și comunicarea prin poștă ca modalități alternative de lucru. Comunicarea prin alte mijloace, conform alin. (2¹) este consacrată ca o comunicare alternativă și opțională, aflată la dispoziția contribuabilului.

Comunicarea prin publicitate este o formă de comunicare de rezervă, atunci când *comunicarea potrivit alin. (2) sau (2¹), după caz, nu a fost posibilă*.

Natura imposibilității de comunicare. Comunicarea prin publicitate este consacrată ca o modalitate de excepție a comunicării, fiind necesar a se verifica condiția imposibilității de a realiza comunicarea prin alte mijloace. Pentru a confirma legalitatea formei de comunicare aleasă, se impune a se proba condiția specială. Sarcina probei revine organului fiscal¹³.

În acest sens, a se vedea: Curtea de Apel București¹⁴, s.c.adm-fisc., Decizia nr. 162/2007: *Sarcina de a asigura că există dovadă de comunicare, cu dată certă, revine emitentului actului, nu destinatarului, iar acesta nu a făcut această dovadă, dubiul astfel existent profită debitorului-contestator*.

Organele fiscale sunt astfel ținute să facă dovada că folosirea modalităților care asigură comunicarea directă a actului fiscal nu a avut ca rezultat transmiterea actului către contribuabil. Comunicarea prin publicitate va fi însoțită de un document probând încercarea de a comunica actul prin

¹² Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 260 din 21 aprilie 2010.

¹³ D. Dascălu, C. Alexandru, *op. cit.*, p. 138.

¹⁴ H. Pătrașcu, *Culegere de practică judiciară în materie fiscală*, Editura Wolters Kluwer, București, 2008, p. 323.

mijloacele indicate la alin. (2) sau (2¹), cum ar fi: proces-verbal privind refuzul contribuabilului de primi documentul sub semnătură, adresă privind convocarea contribuabilului pentru a se face comunicarea, recipise poștale, care să confirme expedierea scrisorii recomandate, restituită pentru neprimire.

5. Sancțiunea lipsei de comunicare. Valorificare procesuală

Articolul 45 Cod procedură fiscală reglementează opozabilitatea actului juridic, în sensul că *„Actul administrativ fiscal produce efecte din momentul în care este comunicat contribuabilului sau la o dată ulterioară menționată în actul administrativ comunicat, potrivit legii; Actul administrativ fiscal ce nu a fost comunicat potrivit articolului 44 nu este opozabil contribuabilului și nu produce nici un efect juridic”*.

Comunicarea actului administrativ fiscal este o condiție pentru opozabilitatea acestuia și neîndeplinirea procedurii, în condițiile legale, lipsește actul de efecte juridice.

Conform pct. 44.1. din Norme Metodologice la Cod procedură fiscală aprobate prin Hotărârea de Guvern nr. 1050/2004¹⁵: *„Organul fiscal nu poate pretinde executarea obligației stabilite în sarcina contribuabilului prin actul administrativ, dacă acest act nu a fost comunicat contribuabilului, potrivit legii”*.

Cu titlu de exemplu reținem soluția Comisiei fiscale centrale: *„Organul fiscal nu poate pretinde executarea obligației stabilite în sarcina contribuabilului prin actul administrativ, dacă acest act nu a fost comunicat contribuabilului potrivit legii. Contribuabilul are obligația efectuării plăților anticipate începând cu data comunicării de către organul fiscal a deciziei de impunere pentru plăți anticipate cu titlu de impozit, inclusiv pentru sumele înscrise în această decizie și pentru care termenele de plată au expirat”*¹⁶.

Apreciem ca aparentă distincția dintre lipsa comunicării în totalitate și comunicarea viciată (spre exemplu, comunicarea directă prin publicitate). Efectele juridice ale actului administrativ-fiscal sunt condiționate de o procedură de comunicare legal îndeplinită.

¹⁵ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 651 din 20 iulie 2004.

¹⁶ Decizia Comisiei fiscale centrale nr. 6/2004, aprobată prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1561/2004, publicată în M. Of. nr. 982 din 26 octombrie 2004.

Sancțiunea *ex lege* este lipsa de efecte juridice. Problematika centrală derivă din sursa comună a actului și a procedurii de executare a acestuia; organul fiscal emitent al actului este de cele mai multe ori identic cu organul fiscal competent a se asigura de executarea actului. În acest context, există riscul ca un act sub sancțiune de inopozabilitate, datorită unui viciu în comunicare, să fie apreciat ca fiind opozabil și pus în executare.

O soluție în acest sens vine evident din controlul judiciar al actelor administrativ-fiscale. În același sens, „*Curtea (Constituțională - n.n.) a observat, cu acele prilejuri, că este apanajul exclusiv al instanțelor judecătorești constatarea folosirii abuzive a acestui mod de comunicare a actelor administrative*”¹⁷.

Referitor la cadrul procesual de constatare a nerespectării dispozițiilor privind modalitățile de comunicare distingem două ipoteze. Astfel, dacă actul în cauză este un act administrativ fiscal, *stricto sensu*, emis în procedura de stabilire a obligațiilor fiscale, viciu de comunicare se va contesta în procedura prevăzută de art. 205-218 Cod procedură fiscală. Dacă în cauză este un act emis în procedura de executare silită, viciu de comunicare se va contesta în procedura prevăzută de art. 172 Cod procedură fiscală.

Cu privire la termenul de introducere a acțiunii, acesta se va aprecia în raport de data comunicării corecte a actului, în ipoteza în care au loc comunicări succesive sau orice moment la care contribuabilul a luat la cunoștință actul.

Concluzii

Problema comunicării actelor administrativ fiscal a avut în legislația și doctrina recentă o evoluție firească. Consacrarea expresă a unei ierarhii în formele de comunicare și a caracterului subsidiar al comunicării prin publicitate este rezultatul unui proces normativ influențat de practica judiciară. Intervenția instanțelor de judecată și a Curții Constituționale, nu numai că a cenzurat practica administrativ contemporană, însă a și determinat intervenții normative pentru consolidarea unei anumite modalități de aplicare a textului de lege.

¹⁷ Decizia Curții Constituționale nr. 536/2011, supracit.

Astfel, forma actuală a textului de la articolul 44 Cod procedură fiscală este consacrarea unui raport echitabil al contribuabilului față de autoritatea publică.

Bibliografie

1. D. Dascălu, C. Alexandru, *Explicațiile teoretice și practice ale Codului de procedură fiscală*, Editura Rosetti, București, 2005.
2. A. Fanu-Moca, *Drept financiar public*, Editura Universul Juridic, București, 2012.
3. H. Sasu, L. Țățu, D. Pătroi, *Codul de procedură fiscală. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2008.
4. H. Pătrașcu, *Culegere de practică judiciară în materie fiscală*, Editura Wolters Kluwer, București, 2008, p. 323.

REFLECȚII PRIVIND CONSTITUȚIONALITATEA INCRIMINĂRII INSULTEI ȘI A CALOMNIEI

CARMEN MOLDOVAN*

Abstract

The debate on the compatibility between freedom of expression and the criminalization of insult and slander characterizes all legal systems and the general trend seems to be the acceptance of compatibility. The Romanian criminal system makes exception by decriminalizing insult and slander approach that leads to a highly permissive regulation on the free speech that places the protection of human dignity as a fundamental value guaranteed by Article 1 of the Romanian Constitution on an inferior position.

Criminalizing insult and slander is considered an admissible limit on the right to free expression by the national regulations of the European States and by the European jurisdiction justified by the aim of protecting the rights of others.

The recent ruling of the Romanian Constitutional Court establishes once more the balance between the two conflicting rights and sets the framework for criminalizing insult and slander.

Key words: free speech, human dignity, criminal regulations

Cuvinte-cheie: libertate de exprimare, demnitate umană, reglementări de drept penal

1. ASPECTE INTRODUCTIVE

Incriminarea faptelor de insultă și calomnie corespunde necesității de protejare a atributelor esențiale ale persoanei, reprezentate de demnitate, onoare, reputație, realizându-se un dublu scop: protejarea unui interes personal (apărarea personalității umane) cât și a unui interes al societății prin asigurarea unor relații sociale bazate pe respect reciproc¹. Procesul legislativ care a avut ca rezultat cuprinderea în sfera ilicitului penal a faptelor de insultă și calomnie a fost în toate ordinele juridice unul de continuă readaptare a intereselor societății și a intereselor individuale, expresie a

* Asist. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

¹ V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, V. Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal al RSR*, vol. III, Editura Academiei RSR, București, 1971, p. 402.

caracterului relativ al celor mai multe drepturi fundamentale². În sistemul juridic român incriminarea insultei și a calomniei a produs efecte mai bine de 150 de ani.

1. EVOLUȚIA CONSTITUTIONALITĂȚII INCRIMINĂRII INSULTEI ȘI A CALOMNIEI

Caracterul constituțional al normelor reglementând insulta și calomnia și limitele de exercitare a libertății de exprimare a constituit obiectul a numeroase discuții doctrinare, în mod particular ulterior calificării ca neconstituționale a dispozițiilor art. I pct. 56 din Legea nr. 278/2006 privind modificarea Codului penal, prin care au fost abrogate articolele 205, 206 și 207 din Codul penal, fiind scoase înafara ilicitului penal insulta și calomnia.

Curtea Constituțională a constatat că abrogarea acestor texte și dezincriminarea, în acest mod a infracțiunilor de insultă și calomnie, sunt în contradicție cu dispozițiile articolului 1 alineatul (3) din Constituția României³.

În raționamentul instanței de control constituțional s-a reținut că abrogarea dispozițiilor penale ce protejau demnitatea persoanei împotriva actelor particularilor, a determinat apariția unui vid de reglementare, în timp ce prevederile din Legea fundamentală fac referire la demnitatea omului ca valoare supremă, înscrisă în articolul 1 alineatul (3)⁴. S-a considerat că în absența ocrotirii juridice instituite prin dispozițiile abrogate, demnitatea, onoarea și reputația persoanelor sunt lipsite de o formă de protecție juridică reală și adecvată.

Cu toate că se invocă existența unei protecții juridice prin posibilitatea recunoscută de instanțele judecătorești persoanelor vătămate prin infracțiunile menționate de a obține daune morale în cadrul unui proces civil, în temeiul articolului 989 Cod civil 1864, ce consacră răspunderea patrimonială pentru prejudiciile produse prin fapte ilicite, partea lezată putându-se adresa instanțelor civile sau de contencios administrativ,⁵ aceasta nu poate fi considerată o formă de ocrotire juridică reală, nefiind

² Veeder Van Vechten, *Freedom of Public Discussion*, în *Harvard Law Review*, Vol. XXIII/6, 1910, p. 413.

³ Decizia Curții Constituționale nr. 62/2007, publicată în "Monitorul Oficial al României" nr. 104 din 12 februarie 2007.

⁴ Demnitatea omului constituie o valoare supremă, cu caracter de universalitate și are un rol ponderatoriu în raport cu libertatea de exprimare, Dan Claudiu Dănișor, *Universalitatea drepturilor și libertăților fundamentale potrivit Constituției României*, în *Revista de Drept Public* nr. 2/2004, pp. 2-3.

⁵ Octavian Rădulescu, Paul Rosenberg, Alexandru Tudor, *Discuții în legătură cu neconstituționalitatea abrogării art. 205, art. 206 și art. 207 din Codul penal*, în *Dreptul* nr. 1/2008, p. 181.

reglementată în mod expres de lege, ci este instituită pe cale jurisprudențială. Un alt neajuns al acestei modalități este că nu îndeplinește nici cerința de a fi o formă de protecție adecvată, luând în considerare caracterul neevaluabil în bani al demnității umane ca valoare constituțională și caracterul ireparabil al dezonoarei produse unei persoane.

Curtea Constituțională a reținut că prin abrogarea articolelor 205, 206 și 207 din Codul penal s-a adus atingere și principiului liberului acces la justiție, consacrat de dispozițiile articolului 21 din Constituție, dreptului la un proces echitabil (consacrat de articolul 6 din Convenția europeană a drepturilor omului), dreptului la un recurs efectiv (articolul 13 din Convenția europeană a drepturilor omului), precum și principiului egalității în drepturi, consacrat de articolul 16 din Legea fundamentală.

Curtea Constituțională analizează conceptul accesului la justiție în sensul stabilit de Convenția europeană și de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului. Acest drept nu implică doar posibilitatea de sesizare a instanțelor judecătorești, ci și posibilitatea de a beneficia de mijloace adecvate ocrotirii dreptului încălcat, corespunzător gravității și pericolozității sociale a vătămării produse. Instanța de la Strasbourg a subliniat în mod constant că efectul esențial al dispoziției cuprinse în articolul 13 din Convenție constă în a impune existența unui recurs intern ce abilitează instanța națională să ofere o reparație adecvată, recursul trebuind să fie efectiv atât în cadrul reglementărilor legale, cât și în practica de aplicare a acestora⁶. Or, prin dispariția mijloacelor de protecție penală a demnității, valoare supremă în statul de drept, se produce încălcarea caracterului efectiv al accesului la justiție în această materie, victimele infracțiunilor de insultă și calomnie fiind lipsite de un mijloc real și adecvat prin care să beneficieze pe cale juridică de apărarea demnității lor. Prin dezincriminarea insultei și calomniei, garantarea demnității, onoarei și reputației persoanei este exclusă de la protecția prin mijloace penale și cu cheltuielile statului, protecție gratuită, în timp ce mijloacele civile sunt insuficiente datorită existenței inegalității între persoane ca posibilități de plată, aspect ce afectează efectul preventiv și constrângător al mijloacelor de protecție civile⁷.

Nu se poate susține existența unei incompatibilități între incriminarea insultei și calomniei și libertatea de exprimare care să justifice dezincriminarea acestor infracțiuni, având în vedere caracterul de drept relativ al libertății de exprimare, statuat atât în reglementarea fundamentală

⁶ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 1997, în cauza *Aydın c. Turcia*; hotărârea din 2002, *Êonka c. Belgia*. Menționăm că toate hotărârile Curții Europene sunt accesibile la adresa: <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁷ Valerică Dabu, Remus Borza, *Constituționalitatea abrogării dispozițiilor care incriminează insulta și calomnia*, în Dreptul nr. 6/2007, p. 194.

de drept intern cât și în textul Convenției europene a drepturilor omului, în cuprinsul par. 2 al articolului 10 și par. 3 al articolului 19 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice.

Cu toate că dezincriminarea infracțiunilor de insultă și calomnie a fost susținută de mare parte a opiniei publice și de specialiști, ca o componentă necesară a reformei legislative⁸, această susținere nu are niciun temei real, întrucât legislația penală din multe țări europene (Franța, Germania, Italia, Elveția, Portugalia, Spania, Grecia, Finlanda, Cehia, Slovenia, Ungaria) continuă să incrimineze aceste infracțiuni.⁹

Instanța română de contencios constituțional s-a pronunțat și anterior acestei decizii asupra constituționalității incriminării infracțiunilor contra demnității, în sensul că aceasta nu contravine libertății de exprimare, așa cum este prevăzută în articolul 30 alineatul (1) din Constituție și articolul 10 par. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului, motivat de cerința înscrisă în Legea fundamentală cât și în textul convențional, ca libertatea de exprimare să nu prejudicieze demnitatea, onoarea, viața particulară a persoanei și dreptul la propria imagine¹⁰.

Incriminarea faptelor de insultă și calomnie reprezintă o restrângere a dreptului la libera exprimare, ce constituie o garanție pentru protejarea unor valori ce sunt esențiale în societatea democratică¹¹.

În ceea ce privește efectele declarării neconstituționalității unei dispoziții de abrogare, decizia nr. 62/2007 a Curții Constituționale prevede că într-o astfel de situație, dispozițiile își încetează efectele juridice, în conformitate cu articolul 147 alineatul (1) din Constituție, urmând ca prevederile legale care au format obiectul abrogării să continue a produce efecte juridice. Astfel, s-a determinat suspendarea efectelor normei juridice declarate neconstituționale, iar de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial, să reentre în vigoare dispozițiile inițiale¹².

⁸ Renate Weber, *Libertatea de exprimare ca infracțiune*, în *Revista Română de Drepturile Omului*, nr. 25, 2003, pp.10-11.

⁹ Decizia Curții Constituționale nr. 62/2007, publicată în "Monitorul Oficial al României" nr. 104 din 12 februarie 2007.

¹⁰ Decizia Curții Constituționale nr. 55 din 26 ianuarie 2006, publicată în "Monitorul Oficial al României" nr. 164 din 21 februarie 2006; Decizia Curții Constituționale nr. 183 din 22 aprilie 2004, publicată în "Monitorul Oficial al României" nr. 431 din 13 mai 2004; Decizia Curții Constituționale nr. 32 din 31 ianuarie 2002, publicată în "Monitorul Oficial al României" nr. 136 din 21 februarie 2002.

¹¹ Decizia Curții Constituționale nr. 298 din 2003, publicată în "Monitorul Oficial al României" nr. 581 din 14 august 2003.

¹² Betinio Diamant, Cosmin Suciu, *Neconstituționalitate*, notă de George Antoniu, în *Revista Română de Drept Penal* nr. 3/2007, p. 115; Sorin Popescu, Cătălin Ciora, *Implicațiile care*

Decizia Curții Constituționale a fost criticată întrucât ar fi fost pronunțată după o analiză a fondului cauzei¹³, iar nu pentru motive de neconstituționalitate, ar fi redus demnitatea doar la statutul de drept al omului și nu ar fi avut în vedere demnitatea ca valoare inherentă persoanei prin simplul fapt al existenței sale¹⁴. Susținerea potrivit cu care instanța de control constituțional a procedat eronat prin absolutizarea mijloacelor penale de protecție a drepturilor fundamentale și că ar fi specifică nu unui stat democratic, ci unui totalitar este lipsită de orice fundament. Prin sublinierea necesității existenței mijloacelor penale de protecție a demnității persoanei, onoarei și reputației sale, Curtea Constituțională nu susține principii ale statului totalitar, ci doar aplică, așa cum reiese din motivarea deciziei, principii bine stabilite prin interpretarea Curții Europene a Drepturilor Omului, recunoscute de statele democratice și cu veche tradiție constituțională.

Se susține că incriminarea sau dezincriminarea unor infracțiuni trebuie să rămână atributul exclusiv al legiuitorului¹⁵, Curtea Constituțională depășindu-și competența și acționând în acest caz ca un legiuitor pozitiv, în condițiile în care, în conformitate cu cadrul de realizare a atribuțiilor sale, nu poate acționa decât ca un legiuitor negativ.

Libertatea de exprimare este un drept fundamental cu caracter relativ, spre deosebire de demnitatea persoanei, cu privire la care nu există indicii care să ne conducă la formularea unei astfel de concluzii. Exercitarea unui drept nu poate produce vătămări altor drepturi sau interese ale persoanei. Sancționarea discursurilor abuzive rămâne la aprecierea autorităților statului, iar existența infracțiunilor de insultă și calomnie nu fac decât să sublinieze caracterul de valoare constituțională supremă al demnității umane. Sancționarea efectivă pentru comiterea infracțiunilor de insultă și calomnie se realizează, la fel ca și în cazul celorlalte infracțiuni, după criteriile de individualizare a acestora, între limitele și așa reduse. Or, în aceste condiții, nu se poate susține caracterul totalitar al incriminării infracțiunilor de insultă și calomnie.

rezultă ca urmare a declarării neconstituționalității unei dispoziții având caracter abrogator, în lumina deciziei nr. 62/2007 a Curții Constituționale, în Dreptul nr. 4/2007, p. 53.

¹³ Elena Simina Tănăsescu, *Insulta și calomnia. Dezincriminare. Demnitate umană. Protecția valorilor constituționale. Abrogare parțială. Vid legislativ. Competența Curții Constituționale. Efectele deciziilor Curții Constituționale*, comentariu la decizia Curții Constituționale nr. 62/18 ianuarie 2007, în Curierul Judiciar nr. 4/2007, p. 8.

¹⁴ Corneliu-Liviu Popescu, *Reincriminarea pe cale jurisprudențială constituțională a insultei și calomniei*, în Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 1/2007, p. 6.

¹⁵ Sergiu Bogdan, *Drept penal. Partea Specială, Vol. I, ediția a 2-a revăzută și adăugită*, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2007, p. 182; Florin Streteanu, *Dezincriminarea infracțiunilor de insultă și calomnie. Neconstituționalitate (notă critică)*, în Caiete de Drept Penal, nr. 1/2007, pp.133-138.

Instanța de control constituțional, în analiza limitărilor prevăzute de articolele 205 și 206 are sarcina de a pune în balanță principiul fundamental al libertății de exprimare și celelalte valori constituționale sociale sau individuale, pentru a stabili proporționalitatea limitării dreptului la liberă exprimare cu interesul ce se cere protejat¹⁶, activitate proprie tuturor instanțelor de contencios constituțional.

Decizia instanței de control al constituționalității a generat dezbateri foarte aprinse cu privire la temeinicia, legalitatea, eventuala depășire a atribuțiilor de către această instanță. Discuțiile doctrinare au fost dublate de soluții diferite în practică, în unele cazuri soluțiile și argumentele propuse fiind lipsite de temei juridic (cum este afirmația că deciziile pronunțate de către Curtea Constituțională nu au efect general obligatoriu).

Astfel, au fost interpretări potrivit cu care faptele de insultă și calomnie săvârșite ulterior expirării perioadei de 45 de zile de la data pronunțării deciziei Curții Constituționale, sunt dezincriminate, împotriva autorilor unor astfel de fapte nemaifiind posibilă exercitarea acțiunii penale. Unul dintre argumentele invocate este acela că decizia instanței de contencios constituțional nu se poate substitui unui act normativ¹⁷.

Pe de altă parte, tot în aceeași perioadă au fost formulate și soluții contrare, prin care s-a constatat întrunirea elementelor constitutive ale infracțiunii și insultă și s-au pus în aplicare dispozițiile articolului 205 Cod penal¹⁸, soluție ce are susținători nu doar în practică, ci și din punct de vedere teoretic¹⁹.

Practica instanțelor de judecată fost, în mod nejustificat, unul de inconsecvență și ambiguitate, punându-se mereu în discuție efectele produse de declararea neconstituțională a unei legi abrogatoare și atitudinea de pasivitate a legiuitorului ulterior pronunțării deciziei în cauză, ceea ce ar

¹⁶ Sebastian Rădulețu, *Protecția jurisdicțională a libertății presei și infracțiunile de insultă și calomnie*, în *Revista Română de Drepturile Omului* nr. 24/2002, p. 27.

¹⁷ Tribunalul Prahova, decizia penală nr. 1148/2008, menționată de Dumitru Rebegea, *Efectele juridice ale deciziei Curții Constituționale nr. 62/2007 asupra răspunderii penale a persoanelor pentru săvârșirea insultei și calomniei*, în *Dreptul* nr. 11/2009, p. 147.

¹⁸ Curtea de Apel Cluj, secția penală și de minori, decizia penală nr. 181/R/2008: "În drept, s-a reținut că fapta inculpatului care a înjurat de Dumnezeu partea vătămată, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de insultă, prev. de art.205 C.p., înjurătura fiind o construcție verbală care are drept scop social tocmai atingerea demnității persoanei. În cauză este întrunită și condiția pericolului social concret specific unei infracțiuni, inculpatul uzând de astfel de comportament de față cu mai multe persoane și dovedind prin atitudinea sa nepăsare față de normele de conviețuire socială." Textul deciziei este disponibil la adresa: <http://www.jurisprudenta.org/Search.aspx>.

¹⁹ Dumitru Rebegea, *op. cit.*, p. 148.

echivala cu intenția acestuia de a nu reîncrimina insulta și calomnia, menținându-și astfel poziția inițială cu privire la acest aspect.

Urmare a acestei situații a fost pronunțarea deciziei nr. 8/2010 de către Înalta Curte de Casație și Justiție, prin care s-a admis cererea de recurs în interesul legii, în sensul considerării că articolele 205-207 Cod penal nu mai sunt în activitate. Prin darea unei astfel de decizii cu efect obligatoriu, insulta și calomnia prevăzute de articolele 205 și 206 din Codul penal nu mai sunt în vigoare, ceea ce determină o extindere a limitelor de exercitare a libertății de exprimare.

Abordarea instanței supreme nu este admisibilă din mai multe considerente. În primul rând, există diferențe fundamentale între aprecierea ca neconstituțională o lege abrogatorie și considerarea ca abrogată, pe calea unui recurs în interesul legii a unor texte de lege, cu toate că anterior, instanța de control constituțional, în exercitarea atribuțiilor sale, s-a pronunțat în sens contrar. Printr-un astfel de demers, Înalta de Curte și Casație a ales să adopte comportamentul care s-a reproșat Curții Constituționale, anume asumarea rolului de legiuitor, însă spre deosebire de instanța de control constituțional a adoptat rolul de legiuitor negativ. Considerăm că o astfel de abordare este în contradicție cu prerogativele conferite de dispozițiile legale instanței supreme.

Un alt aspect cu relevanță în materie este dat de faptul că hotărârile instanței supreme nu fac parte din așa numitul *bloc de constituționalitate*, format din ansamblul regulilor juridice, indiferent de sursa acestora și de procedura lor de adoptare, având ca obiect de reglementare "materii constituționale". Sunt incluse următoarele categorii de norme: dispozițiile constituționale, inclusiv principiile, tratatele internaționale privind drepturile omului la care România este parte, Declarația universală a drepturilor omului, legile organice ce reglementează relații sociale cu privire la instituționalizarea puterii și cadrul de exercitare al acesteia, legi ordinare cu implicații în sfera raporturilor de drept constituțional, hotărâri de aprobare a regulamentelor parlamentare, cutume constituționale cu caracter *praeter legem*, construcția constituțională a unor precepte constituționale, ordonanțele Guvernului în limitele legii ordinare²⁰.

Sarcina Curții Constituționale, în conformitate cu dispozițiile articolul 146 din Constituție constă în analizarea constituționalității textelor de lege, având posibilitatea să se pronunțe în sensul constituționalității respectivului text sau al neconstituționalității sale. În cazul constatării constituționalității, se consideră că decizia produce efecte *inter partes*, însă în cel de al doilea caz efectul este *erga omnes*, Curtea pronunțând în primă etapă

²⁰ Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, *Despre "blocul constituționalității"*, în Dreptul nr. 8/1999, p. 27-28.

neconstituționalitatea textului de lege în cauză, după care acesta este scos din vigoare, astfel că o normă apreciată ca neconstituțională își încetează activitatea la modul general și absolut²¹.

În baza unor astfel de argumente juridice, considerăm că decizia instanței supreme de a invalida practic o decizie a instanței de contencios constituțional poate fi considerată un amestec nepermis în atribuțiile acesteia, lipsit de orice temei juridic, având în vedere faptul că cele două instanțe au atribuții specifice, iar deciziile pronunțate de către instanța de contencios constituțional sunt general obligatorii, inclusiv pentru instanța supremă.

În acest context, pronunțarea deciziei nr. 206/2013 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 414 indice 5 alin. 4 din Codul de procedura penală de către Curtea Constituțională vine să restabilească echilibrul între efectele deciziilor celor două instanțe.

Prin această decizie a fost admisă excepția de neconstituționalitate având ca obiect obiect dispozițiile art. 414 alin. (4) din Codul de procedură penală, instanța de contencios constituțional constatând că “dezlegarea dată problemelor de drept judecate” prin decizia Inaltei Curți de Casatie si Justitie nr. 8 din 18 octombrie 2010 este neconstituțională, contravenind prevederilor art. 1 alin. (3) , (4) si (5), ale art. 126 alin. (3), ale art. 142 alin. (1) si ale art. 147 alin. (1) si (4) din Constituție și deciziei Curții Constituționale nr. 62 din 18 ianuarie 2007.

Efectul acestei decizii constă în restabilirea, pentru viitor, a efectului general obligatoriu al deciziei Curții Constituționale nr. 62/2007 și a aplicării normelor de incriminare a insultei și calomniei cuprinse în art. 205 și 206 din Codul penal, precum și a dispozițiilor art. 207 din Codul penal privind proba verității, cu respectarea prevederilor art. 15 alin. (2) din Constituție, de la data publicării sale în Monitorul Oficial al României.

2. NECESITATEA SANȚIONĂRII PENALE A ANUMITOR TIPURI DE DISCURS

Între drepturile fundamentale și dreptul penal există un raport dialectic complex²². În mod tradițional diversele fapte incriminate ca infracțiuni în legislația unui stat, inclusiv în cea română sunt supuse unor clasificări, ce

²¹ Vasile Pătulea, *Întinderea efectelor deciziilor Curții Constituționale*, în *Dreptul* nr. 9/1999, p. 27.

²² Sébastien Van Droogerenbroeck, *Droit pénal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme*, în *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, (dir.) Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, François Ost, Michel van de Kerchove, Sébastien Van Droogerenbroeck, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 75-76.

presupune gruparea infracțiunilor în diferite categorii, după anumite criterii, în scopul unei mai bune cunoașteri a acestora și unei mai corecte aplicări a legii. Criteriile în funcție de care sunt clasificate infracțiunile sunt reprezentate de obiectul juridic, subiecții infracțiunii, latura obiectivă, latura subiectivă, particularități procesuale²³. În concordanță cu exigențele internaționale cuprinse în Pactul internațional privind drepturile civile și politice și Convenția europeană, legislația română - dispozițiile cuprinse în Legea fundamentală și cele penale, sancționează exprimări ce aduc atingere demnității, onoarei, instigă la război de agresiune, la ură națională, rasială, de clasă sau religioasă, incită la discriminare, separatism teritorial sau la violență publică, precum și manifestările obscene, contrare bunelor moravuri.

S-a remarcat în perioada recentă o tendință a organizațiilor non-guvernamentale din Europa de a forța dezincriminarea infracțiunilor de insultă și calomnie. Acest demers determină cel puțin două întrebări fundamentale²⁴, al căror răspuns poate fi dificil de găsit, în special dacă se dorește obținerea unui singur răspuns.

Prima întrebare este dacă defăimarea, insulta, calomnia și alte infracțiuni în legătură cu acestea ar trebui eliminate complet din reglementările de drept penal. A doua întrebare pune accentul pe sancțiunea aplicată acestor categorii de infracțiuni, respectiv dacă se impune ca pedeapsa cu închisoarea să fie abolită pentru încălcări de drepturi comise prin intermediul diferitelor tipuri de discurs.

Cu privire la cea dintâi problemă nu găsim un consens sau o poziție clară, ci dimpotrivă, poziții contradictorii. Cu titlu de exemplu, menționăm *Protocolul adițional la Convenția cu privire la criminalitatea informatică (Cybercrime Convention)* ce conține dispoziții potrivit cu care părțile convin să pedepsească anumite forme de discurs ca infracțiuni²⁵. Sunt avute în

²³ George Antoniu, Constantin Bulai, Gheorghe Chivulescu, *Dicționar juridic penal*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1976, pp. 60-61.

²⁴ Páll Thórhallson, *Freedom of Political Debate and the Council of Europe*, în *Political Debate and the Role of the Media. The Fragility of Free Speech*, Observatoire Européen de l'audiovisuel, Council of Europe, 2005, p. 55.

²⁵ Convenția privind criminalitatea informatică (*Convention on Cybercrime*) a fost adoptată în cadrul Consiliului Europei la 23 noiembrie 2001, la Budapesta, intrată în vigoare la 1 iulie 2004. România a ratificat Convenția la 12 mai 2004. Text disponibil la adresa:

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/185.htm>. Protocolul adițional la Convenția privind criminalitatea informatică referitor la incriminarea actelor cu caracter rasist sau xenofob comise prin sisteme informatice a fost adoptat la 28 ianuarie 2003, la Strasbourg, intrat în vigoare la 1 martie 2006. România a semnat Protocolul adițional la 9 octombrie 2003, însă nu a îndeplinit și formalitățile de ratificare, nefiind deci în vigoare pentru statul român. Text disponibil la adresa:

http://www.coe.int/t/information/society/documents/Protocoladd_convcybercrime_en.pdf

vedere "răspândirea de materiale rasiste sau xenofobe"²⁶, "amenințări pe motive rasiste sau xenofobe"²⁷, "insultă pe motive rasiste sau xenofobe"²⁸, "negarea, minimizarea, aprobarea sau justificarea genocidului sau a crimelor contra umanității"²⁹.

²⁶ Articolul 3 din Protocolul adițional prevede: "1. Fiecare parte va adopta măsuri legislative sau orice alt tip de măsuri necesare pentru incriminarea ca infracțiuni în legislația națională, comise cu intenție și fără drept, a următoarelor comportamente: distribuirea, sau punerea la dispoziția publicului prin intermediul unui sistem informatic, a materialelor rasiste sau xenofobe. 2. Un stat parte își poate rezerva dreptul de a nu prevedea responsabilitatea penală pentru conduita definită la par. 1 al prezentului articol, în cazul în care materialul, în sensul definit de art. 1 par. 1 susține, promovează sau instigă la discriminare care nu este asociată cu ura sau violența, cu condiția de a fi disponibile alte mijloace eficiente.

²⁷ Articolul 4 din Protocol prevede: "1. Fiecare parte contractantă adoptă măsurile legislative și alte tipuri de măsuri necesare pentru a prevedea ca infracțiune în legislația națională, următorul comportament, dacă este comis cu intenție și fără drept: amenințarea, prin intermediul unui sistem informatic, de a comite o infracțiune gravă, în sensul stabilit prin dreptul național (i) împotriva unei persoane pe motiv de apartenență la un grup caracterizat prin rasă, culoare, descendență sau origine națională ori etnică sau religie în măsura în care servește ca pretext pentru oricare dintre aceste elemente sau (ii) împotriva unui grup de persoane ce se distinge prin una dintre aceste caracteristici".

²⁸ Articolul 5 din Protocol prevede: "1. Fiecare stat parte va adopta măsuri legislative sau de altă natură ce sunt necesare pentru incriminarea în dreptul intern, comportamentul următor, dacă este comis cu intenție și fără drept: insultarea în public, prin intermediul unui sistem informatic (i) a unei persoane pe motiv de apartenență la un grup caracterizat prin rasă, culoare, ascendență sau origine națională ori etnică, sau religie, în măsura în care servește ca pretext pentru oricare dintre aceste elemente sau (ii) a unui grup de persoane care se distinge prin una dintre aceste caracteristici". O parte contractantă poate: a) fie să prevadă ca infracțiunea de la par. 1 din prezentul articol să aibă ca efect expunerea persoanei sau a grupului de persoane vizate de par. 1, urii, disprețului sau ridicolului; b) fie să își rezerve dreptul de a nu aplica, în tot sau în parte, par. 1 al prezentului articol."

²⁹ Articolul 7 din Protocolul adițional prevede: "1. Fiecare parte contractantă va adopta măsurile legislative sau de altă natură necesare pentru incriminarea în dreptul intern, a comportamentelor următoare, dacă sunt comise cu intenție și fără drept: difuzarea sau alte forme de punere la dispoziția publicului, prin intermediul unor sisteme informatice, de materiale care neagă, minimizează de manieră grosolană, aprobă sau justifică acte constitutive de genocid sau crime contra umanității, așa cum sunt definite de dreptul internațional și recunoscute ca atare printr-o decizie finală și definitivă a Tribunalului militar internațional înființat prin Acordul de la Londra din 8 august 1945 sau de către un alt tribunal internațional stabilit prin instrumente internaționale pertinente a cărui jurisdicție a fost recunoscută de acea parte contractantă. 2. O parte contractantă poate: a. fie să prevadă că negarea sau minimizarea grosolană, prevăzută de par. 1, să fie comise cu intenția de a instiga la ură, la discriminare sau la violență contra unei persoane sau a unui grup de persoane, pe motiv de rasă, culoare, ascendență sau origine națională ori etnică sau de religie,

Impactul dezincriminării anumitor infracțiuni poate fi mai redus decât cel așteptat, iar în ceea ce privește caracterul sancțiunilor, cu toate că sancțiunile penale au un efect mai stigmatizant decât cele de natură civilă și cele din urmă pot fi la fel de costisitoare pentru cel acuzat. Din această perspectivă, dacă în cauză este o companie media, nu prezintă relevanță dacă aceasta trebuie să plătească o amendă către stat sau despăgubiri către persoana vătămată.

În ceea ce privește răspunsul la cea de a doua întrebare menționată mai sus, prin raportare la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, desprindem indicii potrivit cu care în practică pronunțarea unei hotărâri judecătorești având ca obiect libertatea de exprimare și limitele sale este dificilă conformarea cu principiul proporționalității cerute de articolul 10 din Convenție³⁰.

CONCLUZII

Mijloacele de drept penal prezintă o eficacitate redutabilă împotriva eventualelor atingeri aduse valorilor fundamentale cum sunt onoarea, reputația, demnitatea persoanei. Examinarea procesului de rezolvare a conflictului dintre libertatea de exprimare și alte drepturi fundamentale în diferite sisteme juridice prezintă relevanță pentru înțelegerea raportului dintre acestea și trasarea limitelor dincolo de care discursurile devin abuzive.

În cadrul Consiliului Europei, în foarte multe sisteme juridice naționale sunt menținute incriminări ale defăimărilor aduse onoarei, reputației și demnității persoanei, în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului fiind elaborate o serie de premise ale legislației în materie de insultă și calomnie și a aplicării acestora, fiind prevăzut în același timp suficient spațiu pentru exercitarea libertății de exprimare, sub toate formele sale. Prin raportare la standardele europene stabilite prin jurisprudența Curții de la Strasbourg și la modul de reglementare a limitelor de exercitare a libertății de exprimare în spațiul juridic național al diferitelor state, eforturile constante de dezincriminare a insultei și calomniei din țara noastră constituie fără îndoială o situație inedită.

Considerăm că se impune clarificarea raportului dintre demnitatea umană și libertatea de exprimare din perspectiva dreptului penal prin luarea în considerare în mod particular a naturii diferite a celor două drepturi fundamentale – caracter relativ al libertății de exprimare și caracter absolut al demnității umane – precum și a standardelor stabilite de instanțele europene care nu exclud *de plano* incriminarea insultei și a calomniei.

în măsură în care servește ca pretext pentru oricare dintre aceste elemente; b. fie să își rezerve dreptul de a nu aplica, în tot sau în parte, par. 1 al prezentului articol."

³⁰ Páll Thórhallson, *op. cit.*, p. 56.

LEGISLAȚIA ROMÂNEASCĂ PRIVIND AVORTUL
ÎN CONTEXT EUROPEAN

ANCUȚA ELENA FRANȚ*

Abstract

In the present-day it is impossible to analyse the legislation of a country, without referring to foreign legislations. This is because now, more than any time before, states actually interfere and influence each other at the legislation level. Given this situation, it is useful to compare the status of abortion in Romania with the status of abortion in other countries. In this way we may discover the weak points of our laws on abortion, and we also may find the appropriate solution for improvement. As the European Court of Human Rights observes, it remains within the states' prerogatives to establish the legal status of abortion. And there are some European countries which have chosen to criminalise abortion. At the same time, the Council of Europe recommends a relatively high liberalization of abortion, while keeping a delicate balance between the rights of the pregnant woman and the rights of the foetus. The vast majority of European countries, including Romania, fit these general prescriptions and have a permissive legislation on abortion. In this context, it is very important to define the limits of the freedom of thought, conscience and religion. Because whenever a doctor refuses to perform an abortion, based on these grounds, this can affect citizens' rights to have an abortion, when such a right is provided by the law.

Cuvinte cheie: avort, Consiliul Europei, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, libertatea de gândire.

Key words: abortion, Council of Europe, European Court of Human Rights, freedom of thought.

Analiza legislației române privind avortul în context european poate fi realizată din mai multe puncte de vedere. De exemplu, o analiză interesantă care poate fi făcută este cea care ține cont de evoluția istorică a legilor referitoare la avort. Totuși, în articolul de față vom avea în vedere situația actuală, precum și modul în care se prefigurează reglementarea avortului în

* Asist. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

viitorul apropiat. Oricum, în principiu, reglementarea actuală a avortului poartă în ea experiența legislațiilor anterioare. Pe de altă parte, conturarea imaginii viitoare a legislației privind avortul ne permite formarea unei imagini de ansamblu a dinamicii ideologiei referitoare la avort, precum și găsirea eventualelor puncte slabe; astfel, putem găsi din timp remedii.

Analiza legislației române actuale privind avortul în context european poate fi făcută din două perspective. Astfel, într-un prim mod de abordare, putem să ne raportăm la normele Consiliului Europei și la viziunea Curții Europene a Drepturilor Omului. Acest tip de abordare aduce în prim-plan aspecte teoretice și *ideale* privind modul în care este privit avortul în Europa. Din cel de-al doilea unghi, putem compara statutul legal al avortului în România cu statutul avortului în alte legislații. Această modalitate de analiză ne arată situația legislativă *concretă* a avortului în țările europene.

În articolul de față vom avea în vedere ambele moduri de abordare prezentate mai sus. Dacă ne-am raporta doar la una dintre cele două viziuni, am ignora aspecte importante și nu am obține o imagine corectă a poziției legislației române privind avortul în context european. Este important să știm aspectele ideatice privind avortul la nivel european, pentru că acestea ne arată spre ce se tinde, inclusiv la nivelul concret al legislației. Pe de altă parte, analiza legislațiilor ne prezintă statutul real pe care îl are avortul în Europa, iar acest *statut real* este el însuși capabil să ne ducă la concluzii privind perspectiva ideologică asupra avortului. În plus, legislațiile multor țări europene aplică deja în materie de avort aspecte ideatice consacrate la nivelul Consiliului Europei sau stabilite prin hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului.

Conform celor arătate mai sus, vom analiza mai întâi raportul în care se află legislația română privind avortul cu pozițiile oficiale adoptate la nivel european în această chestiune. Vom avea în vedere poziția Consiliului Europei și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

În primul rând vom analiza Rezoluția nr. 1607 din 2008 a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei, privind *Accesul la avort sigur și legal*¹, deoarece această rezoluție expune o viziune ce se dorește a fi comună la

¹ Rezoluția nr. 1607 din 2008 a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei privind *Accesul la avort sigur și legal*, formă electronică, text disponibil la adresa

<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta08/eres1607.htm>, (referință din data de 03.11.2011).

nivelul statelor semnatare ale Convenției Europene a Drepturilor Omului. Ceea ce ne interesează este viziunea privind statutul moral al avortului promovată prin această Rezoluție. Documentul a fost adoptat după o minuțioasă observare a fenomenului avortului și a impactului pe care diferite tipuri de reglementări l-au avut asupra practicii. Ca urmare, Rezoluția vine ca un *răspuns* la problemele *concrete* legate de realizarea avorturilor.

În privința eventualului *drept la viață* pe care îl are fătul, Rezoluția nu se pronunță în mod direct. În mod clar însă, atitudinea nu este una de negare vehementă a potențialului fătului de a deveni o persoană. Astfel, în paragraful 1 se afirmă că avortul trebuie, pe cât posibil, să fie evitat. De asemenea, în paragraful 7.8 se arată că trebuie încurajată atitudinea pro-familie. Totuși, paragraful 7.1 recomandă legalizarea avortului, în limite gestaționale rezonabile².

În mod evident, accentul cade pe drepturile pe care le are femeia însărcinată. Astfel, se recunoaște faptul că ultimul cuvânt în privința realizării unui avort trebuie să îl aibă femeia însărcinată (paragraful 6). Motivarea unei asemenea poziții este dată de faptul că orice persoană trebuie să aibă drept de decizie în privința aspectelor cu influență asupra propriului corp (același paragraf 6)³. Iar în realizarea dreptului de a decide asupra propriului corp, femeile trebuie să aibă acces *efectiv* la realizarea unui avort, în condițiile legii (paragraful 7.4)⁴. Paragraful 7.4 vorbește chiar de dreptul femeii însărcinate de a-și exercita efectiv *dreptul de a avea acces la realizarea unui avort în condiții de legalitate și siguranță*. Ne punem întrebarea dacă *a avea dreptul de a avea acces* la realizarea avortului nu este o expresie sinonimă cu *a avea dreptul de a avorta*. Credem că intenția Rezoluției este chiar aceasta, de a consacra, implicit, un drept la avort pe care îl au femeile, drept care, iată, este recunoscut la nivel european⁵.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*. Din această perspectivă, înțelegem mai bine prevederile Constituției Irlandeze, care permit unei femei să meargă în altă țară pentru a avorta. Astfel, Irlanda nu se opune viziunii de ansamblu a Consiliului Europei; ea recunoaște că femeile au dreptul de a alege avortul, *dacă* sunt îndeplinite anumite condiții. Și pentru a permite realizarea efectivă a acestui drept, statul irlandez permite femeilor care doresc să avorteze să meargă în alte țări pentru a avorta. Astfel, își păstrează, pe plan intern, rigoarea concepției, fără a afecta, de facto, dreptul de a alege avortul și exercițiul acestui drept. Totuși, o asemenea concluzie pare să contrazică deciziile Curții Europene a Drepturilor Omului, deoarece Curtea a stabilit că

Totuși, se evită utilizarea unui limbaj direct, care ar genera în mod sigur controverse⁶.

Așadar, Rezoluția nr. 1607 din 2008 a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei, privind *Accesul la avort sigur și legal*, recunoaște în primul rând dreptul femeii însărcinate de a decide cu privire la realizarea unui avort. Drepturile fătului nu sunt total ignorate, dar sunt recunoscute doar într-o mică măsură și doar condiționat, dacă nu contravin unui interes (oricât de mic, dar legal sau cel puțin legitim) al mamei. Credem că o asemenea viziune are o bază pragmatică, *inspirată* din problemele reale ale avortului.

Foarte importantă este și Poziția Curții Europene a Drepturilor Omului (denumită în continuare Curtea) în materie de avort. Practic, ceea ce hotărăște Curtea influențează semnificativ legislația internă a statelor semnatare ale Convenției Europene a Drepturilor Omului (denumită în continuare Convenția)⁷.

În materie de avort, problemele esențiale asupra cărora Curtea a fost chemată să se pronunțe se referă la următoarele aspecte: dacă fătul are drept la viață, deci dacă i se aplică art. 2 din Convenție, care garantează dreptul la viață; dacă femeia însărcinată are un drept de a avorta, mai mult sau mai puțin restricționat; dacă, în cazul în care se recunoaște femeii însărcinate dreptul de a avorta, statul are anumite obligații pentru a asigura realizarea efectivă a acestui drept.

Chestiunea fundamentală rămâne însă, credem noi, stabilirea limitelor de aplicare a dreptului la viață. În funcție de răspunsul găsit la această

prin Convenție nu se stabilește un drept la avort, ci doar dreptul de a avea acces la avort, atunci când legislațiile naționale permit avortul. Totuși, afirmăm că, în timp ce Curtea este oarecum limitată în deciziile sale de *litera* Convenției, precum și de respectarea individualității statelor, Consiliul Europei își permite să ia în considerare *spiritul* Convenției. Astfel, apreciem că, deși se dorește păstrarea unei poziții comune a Curții Europene a Drepturilor Omului și a Consiliului Europei, totuși Consiliul își permite să meargă mai departe decât merge Curtea.

⁶ Precizăm faptul că, în Spania, Legea organică nr. 2/2010, în art. 18, vorbește despre *dreptul de a avea acces la serviciile medicale în vederea realizării unui avort*, evitându-se utilizarea expresiei *drept la avort*. A se vedea Legea organică nr. 2/2010, text disponibil la adresa <http://www.clinicasabortos.com/ley-del-aborto-en-espana/nueva-ley-del-aborto/sub40> (referință din data de 18.04.2012).

⁷ Curtea Europeană a Drepturilor Omului este conștientă de efectul hotărârilor sale asupra legislației statelor semnatare ale Convenției Europene a Drepturilor Omului. Tocmai de aceea, Curtea manifestă o anumită *prudență*, pentru a nu intra în domenii în care statele semnatare ale Convenției au dreptul de a-și manifesta liber punctele de vedere.

întrebare, decurg în mod firesc răspunsuri la celelalte probleme pe care le ridică avortul. Statutul neclar al fătului provine din faptul că, în art. 2 din Convenție, nu se face nicio referire la momentul de la care începe protecția vieții⁸. Iar excepțiile prevăzute în paragraful 2 al art. 2 nu se referă și la avort. În plus, deși Convenția prevede că dreptul la viață al oricărei persoane este protejat prin lege, nu se definește noțiunea de „persoană”.

În cele ce urmează, vom trece în revistă hotărârile prin care Curtea s-a pronunțat asupra statutului pe care trebuie să-l aibă avortul sau asupra unor chestiuni strâns legate de problema avortului, cum ar fi dreptul la viață al fătului.

În cazul *Vo c. Franței*⁹, Curtea a fost chemată să se pronunțe asupra statutului de „persoană” pe care îl are fătul. Curtea a evitat să ofere un răspuns tranșant și a afirmat că nu intră în atribuțiile sale să clarifice statutul fătului. Curtea și-a justificat această poziție prin faptul că, în majoritatea statelor semnatare ale Convenției, fătul nu are un statut clar, nici din punct de vedere legislativ, nici din punct de vedere medical, filosofic, religios sau științific. Mai mult, reglementările existente în diferite state cu privire la statutul fătului sunt foarte diferite. Prin urmare, ar fi inadecvat să se impună un cod moral unic. Astfel, Curtea consideră că problema privind existența dreptului la viață al fătului trebuie să fie lăsată în seama fiecărui stat¹⁰.

În cazul *Boso c. Italiei* reclamantul a cerut Curții să constate că legislația Italiei, care permite avortul în condiții largi, încalcă dreptul la viață al fătului, consacrat de art. 2 al Convenției. Curtea a decis că nu există o

⁸ A se vedea Convenția Europeană a Drepturilor Omului, formă electronică, text disponibil la adresa:

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E7126929-2E4A-43FB-91A3-B2B4F4D66BEC/0/Convention_ROM.pdf (referință din data de 10.04.2012). Spre deosebire de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Convenția Americană a Drepturilor Omului prevede, în art. 4, că dreptul la viață trebuie protejat „în general, din momentul concepției”. A se vedea Convenția Americană a Drepturilor Omului, formă electronică, text disponibil la adresa <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36510.html> (referință din data de 01.04.2013).

⁹ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din 8.07.2004, pronunțată în cazul *Vo c. Franței*, formă electronică, text disponibil la adresa

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=699763&portal=hbk m&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (referință din 15.01.2012).

¹⁰ *Ibidem*, Paragraf 82.

încălcarea art. 2 din Convenție și că legea italiană, permițând avortul în anumite limite, realizează un echilibru corect între interesul femeii însărcinate și cel al fătului. Totodată, s-a decis că soțul femeii însărcinate nu are dreptul de a decide și nici măcar de a fi consultat în legătură cu decizia soției sale de a avorta¹¹.

În motivarea hotărârii pronunțată în cazul *Tysiac c. Poloniei*, Curtea a arătat că nu este sarcina sa de a analiza dacă textul Convenției garantează sau nu un drept la avort¹².

Accentuându-și poziția, în cazul *A, B, C c. Irlandei* Curtea a arătat că art. 8 al Convenției, privind dreptul la respectarea vieții private și de familie, nu stabilește un drept la avort. Așadar, statele nu sunt obligate să asigure femeilor un drept de a avorta. Totuși, atunci când legislația prevede un asemenea drept, trebuie să se asigure condițiile necesare pentru exercitarea acestui drept, în condițiile legii¹³.

În cazul *R.R. c. Poloniei*¹⁴ Curtea a constatat că s-a produs o încălcare a art. 3 (privind interzicerea torturii) și a art. 8 (privind dreptul la respectarea vieții private și de familie) din Convenție. În privința art. 3, Curtea a apreciat că reclamanta a suportat o perioadă de câteva săptămâni incertitudinea cu privire la starea fătului și, implicit, cu privire la viitorul său și al familiei sale. Situația de nesiguranță a fost creată de faptul că medicii la care a apelat

¹¹ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din 05.09.2002, pronunțată în cazul *Boso c. Italiei*, disponibilă în rezumat la adresa

<http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/nomologia/BOSOSUMMARY.pdf>, (referință din data de 19.01.2012).

¹² Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din 20.03.2007, pronunțată în cazul *Tysiac c. Poloniei*, disponibilă la adresa

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=tysiac%20%7C%20v%20%7C%20poland&sessionid=85172316&skin=hudoc-en>, (referință din 20.01.2012), paragraf 104.

¹³ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din 16.12.2010, pronunțată în cazul *A, B, C contra Irlandei*, disponibilă la adresa

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=A%2CB%20%7C%20C%20%7C%20v.%20%7C%20Ireland&sessionid=85178059&skin=hudoc-en>, (referință din data de 20.01.2010), Paragrafele 214 și 267.

¹⁴ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din 26.05.2011, pronunțată în cazul *R.R. c. Poloniei*, disponibilă la adresa

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=R.R.%20%7C%20v%20%7C%20poland&sessionid=85178059&skin=hudoc-en> (referință din 20.01.2012).

au tergiversat în mod nejustificat procedurile și nu i-au asigurat accesul liber la informațiile necesare. Aceasta, deși legea poloneză prevede liberul acces la informații prenatale și la teste¹⁵. În privința art. 8, Curtea a arătat, în primul rând, faptul că acest articol se aplică în speță, deoarece *modul în care este reglementat avortul* aduce atingere vieții private¹⁶. Se reiterează faptul că statele au o largă marjă de apreciere în privința statutului avortului. Dar, din momentul în care un stat decide să permită avortul în anumite condiții, cadrul legal și procedural trebuie să fie unul coerent, care să asigure aplicarea efectivă a legii. Astfel, trebuie să se realizeze echilibrul între interesele avute în vedere atunci când s-a decis un anumit mod de reglementare a avortului¹⁷. În plus, Curtea a re-affirmat faptul că statele trebuie să asigure *căi de atac efective* pentru a remedia situațiile de tipul celei în care s-a aflat reclamanta. Căile de atac ce au doar efect retroactiv, de reparare a eventualelor daune suferite, nu sunt suficiente și nu previn încălcarea drepturilor legale¹⁸.

Față de opiniile exprimate de Consiliul Europei și Curtea Europeană a Drepturilor Omului în materie de avort, putem afirma că România se încadrează în liniile de conduită considerate corespunzătoare de instituțiile amintite. Oricum, precizăm că reglementarea actuală a avortului în România nu este consecința directă a *integrării* reglementărilor europene, ci este, în primul rând, rezultatul unei viziuni proprii asupra avortului. Modul în care este reglementat în prezent avortul în România este categoric influențat de conștientizarea efectelor legislațiilor românești anterioare. În trecut, România a experimentat forme extreme de reglementare a avortului, de la cele foarte restrictive¹⁹ la liberalizarea totală²⁰. O consecință firească și

¹⁵ *Ibidem*, Paragrafele 52-55, 61, 101-102, 153, 159, 160,

¹⁶ *Ibidem*, Paragrafele 179-182.

¹⁷ *Ibidem*, Paragrafele 156-157, 186-191, 200, 208

¹⁸ *Ibidem*, Paragraf 114, 209.

¹⁹ Prin Decretul nr. 770/1966 (publicat în Buletinul Oficial nr. 60 din 1 octombrie 1966) avortul a fost, ca regulă, interzis. Prin excepție, avortul era permis doar din motive medicale, etice, eugenice ori sociale și numai în primele trei luni de sarcină. În mod excepțional, avortul era permis și între lunile a treia și a șasea, dar numai dacă sarcina punea în pericol grav viața femeii însărcinate iar avortul era singura modalitate de salvare a acesteia. Pentru detalii, a se vedea George Antoniu în Teodor Vasiliu, Doru Pavel, George Antoniu, Dumitru Lucinescu, Vasile Papadopol, Virgil Rămureanu, *Codul Penal al Republicii Socialiste România, comentat și adnotat, Partea specială*, vol. I, Ed. științifică și enciclopedică, București, 1975, p. 149 și urm.; C. Bulai, *Curs de Drept Penal. Partea Specială*, vol. I, Ediția a II-a, revizuită,

înțeleaptă a unui asemenea trecut în materie de avort este o legislație care să tindă spre un anumit *echilibru*. De aceea, legislația română actuală permite avortul la simpla cerere până la o anumită vârstă a sarcinii (paisprezece săptămâni), după care avortul este permis doar în anumite situații, în stare de necesitate sau în condițiile pe care legea le consideră „terapeutice”²¹. Un asemenea mod de a reglementa avortul reprezintă poate cea mai simplă modalitate de a realiza o minimă „armonizare” între interesul fătului și interesul femeii însărcinate. Totuși, complexitatea problematicei avortului face ca legislația română privind avortul, care poate fi caracterizată ca având o structură *simplă*, să nu acopere toate implicațiile. Oricum, poziționând legislația română față de reglementările europene, observăm că, în contextul în care statelor nu li se *impune* un regim liberal al avortului, România permite femeii însărcinate dreptul de a avea acces la avort în condiții foarte permissive. În privința drepturilor fătului, deși România nu a exprimat încă un punct de vedere oficial și neechivoc, se poate considera că, cel puțin după paisprezece săptămâni de sarcină, este recunoscut, într-o anumită măsură, statutul de persoană potențială pe care îl are fătul. Remarcăm și faptul că situațiile din legislațiile restrictive ale unor țări europene care au dus la unele decizii ale Curții în materie de avort nu se regăsesc în România. De aceea, raportarea reglementărilor românește la respectivele aspecte discutate de Curte este redundantă²².

Analizând însă proiectele legislative românești în materie de avort, observăm că tendința legiuitorului român este *de a realiza o sporită valorizare a fătului*, păstrând însă condiții permissive de realizare a

Universitatea din București, Facultatea de Drept, București, 1976, pp. 139-140; Octavian Loghin, Avram Filipaș, *Drept Penal. Partea Specială*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 55 și urm.; Dumitru – Valeriu Mihăescu, *Reglementarea întreruperii cursului sarcinii și infracțiunea de avort*, Ed. Științifică, București, 1967, p. 61 și urm.

²⁰ În contrast cu legislația anterioară, primul Decret-Lege adoptat după Revoluția din 1989 (publicat în M.Of. nr. 4 din 27.12.1989) a abrogat atât Decretul nr. 770/1966, cât și toate dispozițiile din Codul Penal care interziceau avortul; astfel, avortul a fost total dezincriminat.

²¹ A se vedea art. 185 din Codul Penal al României (Legea nr. 15/1968, republicat în M. Of. nr. 65 din 16 aprilie 1997, cu modificările și completările ulterioare).

²² De exemplu, legislațiile Irlandei și ale Poloniei sunt mult mai restrictive în privința avortului decât legislația română. De aceea, contestarea acestor legislații în fața Curții Europene a Drepturilor Omului aduce în discuție unele probleme care nu se regăsesc în România.

avortului²³. Cu alte cuvinte, se dorește adoptarea unor măsuri care, pe cât posibil, să reducă numărul avorturilor, fără a fi afectată libertatea de decizie a femeii însărcinate. Raportând aceste tendințe la Rezoluția nr. 1607 din 2008 a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei, privind *Accesul la avort sigur și legal*, prezentată mai sus, remarcăm concordanța dintre dorința legiuitorului român și prevederile respectivei rezoluții. Ne declarăm de acord cu asemenea proiecte legislative, dar nu neapărat pentru că astfel se realizează conformitatea cu reglementările europene, ci pentru că, în opinia noastră, a încerca să previi un avort este, în principiu, o atitudine firească, la fel cum este și permiterea avortului, atunci când este necesar.

Așa cum am arătat mai sus, al doilea obiectiv al demersului nostru presupune compararea legislației române cu legislațiile altor țări în materie de avort. Pentru realizarea acestui scop, vom face mai întâi o sinteză a legislațiilor referitoare la avort din diferite țări europene.

Marea majoritate a țărilor europene au o atitudine foarte permisivă în materie de avort. Se evidențiază însă diferite forme ale acestei permisivități.

Astfel, în unele țări, până la o anumită vârstă a sarcinii, avortul este permis la *simpla cerere* a femeii însărcinate, fără nicio altă condiție. Vârsta până la care este permis avortul la simpla cerere variază însă de la țară de țară. Remarcăm faptul că cele mai multe țări care se încadrează în această categorie permit avortul până 12 săptămâni de sarcină. Aceasta este situația în Germania²⁴, Franța, Italia, Rusia, Republica Moldova, Ucraina, Armenia,

²³ A se vedea Capitolul IV din Titlul I al Părții Speciale din Noul Cod Penal (Legea nr. 286/2009, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009), intitulat *Agresiuni asupra fătului*. Chiar existența unui capitol distinct dedicat fătului este un indiciu privind intenția de a acorda o importanță sporită fătului. În plus, acest capitol include o infracțiune nouă pentru legislația noastră, intitulată *Vătămarea fătului*. Această infracțiune va permite o încadrare juridică clară pentru unele situații care acum sunt greu de încadrat, de exemplu actele violente îndreptate asupra fătului în timpul nașterii.

²⁴ De fapt, în Germania, avortul este permis în primele doisprezece săptămâni *efective* de sarcină, ceea ce înseamnă, în fapt, paisprezece săptămâni din momentul primei zile a ultimei menstruații a femeii însărcinate. A se vedea

<http://berlin.angloinfo.com/information/healthcare/pregnancy-birth/termination-abortion/> (referință din 10.10.2012). Apreciem că și celelalte țări care permit avortul în primele doisprezece săptămâni de sarcină au în vedere perioada *efectivă* de sarcină, ceea ce, conform ficțiunii utilizate de obstetrică, înseamnă paisprezece săptămâni începând din prima zi a ultimei menstruații a femeii însărcinate. De altfel, credem că legislațiile care permit avortul în primele doisprezece săptămâni au în vedere, în fapt, *primul trimestru* (primele trei luni) de sarcină. Opinia noastră se bazează pe faptul că împărțirea sarcinii în cele trei trimestre are în

Belarus, Georgia, Letonia, Tadjikistan, Uzbekistan, Bulgaria, Slovacia, Belgia, Danemarca, Norvegia, Austria, Grecia. În alte țări, avortul este permis la simpla cerere până la paisprezece săptămâni de sarcină, această reglementare regăsindu-se în Spania și România²⁵.

În alte țări, avortul este permis, *formal*, până la o anumită vârstă a sarcinii, doar în anumite condiții, care sunt însă foarte *permissive*. Permisivitatea acestor condiții este atât de mare, încât, *practic*, situația este aceeași cu cea din țările în care avortul este permis la *simpla cerere*. Diferă doar abordarea teoretică și, consecvent, ideologică, a problemei avortului. Astfel, în cazul țărilor care permit avortul la *simpla cerere*, se poate spune că avortul este, ca regulă, permis. În țările unde există anumite *condiții* de realizare a avortului, se poate spune că, formal, avortul este interzis. O asemenea abordare relevă faptul că țările din cea de-a doua categorie doresc să afișeze o atitudine *rezervată* în privința avortului. A permite avortul doar în anumite condiții înseamnă că se acordă la nivel oficial o anumită atenție fătului. Aceasta, în condițiile în care se dorește, totuși, păstrarea libertății femeii însărcinate de a decide în privința sarcinii. Aceasta este situația în Marea Britanie, Ungaria, Elveția, Finlanda, Islanda²⁶.

vedere diferențele semnificative care pot fi clar evidențiate, în funcție de trimestrul de sarcină. Iar permiterea avortului în primul trimestru (care conform ficțiunii din obstetrică înseamnă paisprezece săptămâni) de sarcină are în vedere faptul că, în primul trimestru, un făt este mai puțin dezvoltat iar un avort are mai puține complicații. Datorită motivelor expuse mai sus, apreciem că, pentru a evita confuziile, țările care permit avortul în primul trimestru de sarcină ar trebui să se refere la *primele paisprezece săptămâni* de sarcină, așa cum procedează, de altfel, și legiuitorul român.

²⁵ A se vedea *Abortion Policies. A Global Review*, studiu realizat de Organizația Națiunilor Unite, formă electronică, text disponibil la adresa

<http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm> (referință din 10.04.2012). Facem precizarea că în Slovacia există totuși o condiție pentru realizarea avortului în primele 12 săptămâni de sarcină, dar o considerăm o condiție de formă, exterioară chestiunii fundamentale care privește permiterea sau interzicerea avortului într-un caz dat. Această condiție constă în faptul că femeia care dorește să avorteze trebuie să nu fi realizat un avort într-un interval de timp de 6 luni anterior sarcinii. Această condiție credem că are în vedere sănătatea femeii însărcinate, care este periclitată de repetarea avorturilor, mai ales la intervale scurte de timp. Credem totuși că această condiție urmărește și o responsabilizare a femeii, care trebuie să ia măsurile necesare pentru a evita realizarea repetată și la intervale scurte de timp a unui avort. Datorită motivelor expuse, nu credem că această condiție este de natură să influențeze disponibilitatea la *simpla cerere* a avortului în Slovacia.

²⁶ A se vedea *Abortion Policies. A Global Review*, *op. cit.*

Remarcăm faptul că și țări care permit avortul *la simpla cerere* în stadii mici de sarcină manifestă o dualitate în atitudinea față de avort. De exemplu, în Grecia, deși avortul este permis la simpla cerere în primele 12 săptămâni de sarcină, este interzisă promovarea prin publicitate a unităților sanitare în care se realizează proceduri abortive²⁷.

În Europa există și câteva țări cu o legislație extrem de restrictivă în privința avortului. Astfel, Irlanda permite avortul doar în situația în care viața femeii însărcinate este în pericol, însă, într-o asemenea ipoteză, nu se permite realizarea avortului pe teritoriul țării, femeia în cauză fiind nevoită să meargă în altă țară pentru a avorta. Polonia permite avortul doar în trei cazuri: atunci când sarcina pune în pericol grav viața sau sănătatea femeii însărcinate; atunci când testele prenatale au arătat că fătul prezintă deficiențe grave și ireversibile; în cazul în care sarcina este rezultatul unui viol sau al unui incest. Iar Malta interzice total avortul, existând o controversă privind permiterea avortului în baza principiilor generale de drept penal privind starea de necesitate²⁸.

România se încadrează în categoria țărilor care permit avortul *la simpla cerere* a femeii însărcinate. În același timp însă, România se diferențiază de majoritatea țărilor care permit avortul la simpla cerere, prin faptul că, spre deosebire de aceste țări, România nu prevede obligativitatea unei consilieri a femeii însărcinate înainte de realizarea avortului. O asemenea consiliere este obligatorie în Germania, Franța, Italia, Belgia, Olanda, Luxembourg, Portugalia²⁹.

În România a fost elaborat însă un Proiect legislativ privind obligativitatea instituirii consilierii înainte de realizarea avortului. Acest Proiect prevede și o perioadă de așteptare după consiliere, de cinci zile, timp în care femeia în cauză să reflecteze asupra deciziei de a avorta, așa cum prevăd și legislațiile din țările menționate mai sus³⁰. Considerăm binevenită o asemenea inițiativă, deoarece consilierea ar putea reprezenta un real sprijin

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ A se vedea *Expunerea de motive referitoare la Propunerea legislativă privind înființarea, funcționarea și organizarea cabinetelor de consiliere pentru criza de sarcină*, formă electronică, text disponibil la adresa <http://www.cdep.ro/proiecte/2012/300/40/8/em425.pdf> (referință din data de 10.10.2012).

³⁰ Ne referim la *Propunerea legislativă privind înființarea, funcționarea și organizarea cabinetelor de consiliere pentru criza de sarcină*, B.P.I. 58/13.03.1012, formă electronică, text disponibil la adresa <http://www.cdep.ro/proiecte/bp/2012/000/50/8/pl58.pdf> (referință din data de 22.06.2012).

moral pentru femeile confruntate cu problema unei sarcini nedorite. Totuși, atragem atenția asupra faptului că o asemenea procedură nu trebuie să-și depășească limitele, adică nu trebuie să se transforme într-un mijloc de a *constrânge* o femeie însărcinată, chiar și indirect, să păstreze sarcina. În cele ce urmează vom face o scurtă analiză a Proiectului la care ne-am referit, pentru a vedea dacă acesta corespunde concepției noastre privind forma ideală a unei asemenea consilieri.

Proiectul de lege pe care îl analizăm propune un nou concept, cel de *criză de sarcină*, care definește „o conștientizare bruscă a unei sarcini nedorite și care amenință bunăstarea emoțională, fizică și spirituală a unei persoane” (art. 3, lit. a din Proiect).

Pentru rezolvarea „crizei de sarcină”, Proiectul prevede consilierea femeii însărcinate de către un consilier care trebuie să o informeze pe femeia însărcinată, în principiu, despre riscurile procedurii abortive, despre posibilele complicații ale avortului, despre alternativele la avort³¹, precum și despre faptul că „încă din momentul conceperii embrionul este o ființă umană în sensul deplin al cuvântului, a cărei viață va înceta în urma procedurilor medicale” (art. 3, lit. c din Proiect). Procedura de consiliere prevede inclusiv prezentarea de imagini foto/video ale unor proceduri abortive. După consiliere (care se poate derula pe parcursul uneia sau al mai multor ședințe) curge un termen de 5 zile (denumit perioadă de gândire), după împlinirea căruia femeia poate să recurgă la avort. Femeia care dorește să avorteze va prezenta medicului obstetrician un certificat care să ateste faptul că ea a beneficiat de consiliere cu cel puțin 5 zile înainte.

Proiectul prevede expres că decizia de a păstra sau nu sarcina aparține exclusiv femeii (art. 3, lit. f din Proiect).

Observăm, în primul rând, faptul că procedura de consiliere prevăzută de lege este mai degrabă îndreptată spre a convinge femeia să nu realizeze avortul. Dacă, la nivel teoretic, trebuie să existe un echilibru între drepturile fătului și ale femeii, iată că obiectivul consilierii ține seama mai mult de drepturile fătului. Totuși, această situație poate fi explicată prin faptul că femeia însărcinată, având dreptul exclusiv de a decide dacă să efectueze sau nu avortul, este oricum avantajată. Practic, pentru făt, o asemenea procedură violentă de convingere a mamei să-l păstreze ar putea fi singura șansă la

³¹ Alternativele la avort sunt darea copilului spre adopție, darea copilului în asistență maternală sau în plasament simplu, creșe cu program săptămânal (art. 3, lit. c din Proiect).

viață. Din acest punct de vedere, nu credem că aceste prevederi din Proiect sunt absolut indezirabile.

Pe de altă parte, ne putem întreba dacă o asemenea procedură este într-adevăr oportună. Practica a arătat că femeile care doresc să realizeze avortul rar se răzgândesc. A decide dacă vrei sau nu un copil este un proces extrem de intim și ține de mecanisme de care poate nici măcar femeia însărcinată nu e conștientă. În aceste condiții, poate că metoda invazivă de a prezenta fotografii sau înregistrări video cu proceduri de avort este un abuz. Poate că, astfel, o femeie care, în cele din urmă, va realiza avortul, va fi și mai mult traumatizată din punct de vedere psihic. Pentru că, indiferent ce se poate spune despre o femeie care avortează, instinctul matern este o realitate ce poate duce la un atașament foarte mare între o femeie și fătul pe care l-a avortat. Și probabil că marea majoritate a femeilor care avortează fac acest lucru de *nevoie*.

În acest punct al demersului nostru, considerăm că este util să analizăm rezultatele activității de consiliere realizată în România de către organizațiile non-guvernamentale sau de către diferite culte religioase. Iar practica arată că, într-adevăr, în urma consilierii, unele femei decid să păstreze sarcina³². Numărul acestora nu este mare, dar orice procent este un motiv de sprijin al instituirii consilierii obligatorii.

În ceea ce privește alternativele la avort, apreciem că doar o perfecționare a sistemului social de susținere a copiilor ar putea fi un argument viabil. În lipsa unui sistem eficient, argumentul alternativelor la avort nu are valoare. O femeie ar prefera să avorteze, decât să știe că dă naștere unui copil care are șanse minime la un trai decent.

În legătură cu perioada de așteptare de 5 zile, apreciem că, totuși, este binevenită o perioadă în care femeia să reflecteze asupra deciziei de a avorta. În principiu, credem că această perioadă nu trebuie să fie nici prea lungă, nici prea scurtă. O perioadă prea lungă de așteptare poate fi traumatizantă pentru femeia însărcinată. În fond, dacă, în cele din urmă, ea realizează

³² De exemplu, un studiu efectuat asupra activității fundației Pro Vita Medica din Timișoara a arătat că, în unsprezece ani de activitate, au beneficiat de consiliere aproximativ 5000 de femei confruntate cu problema unei sarcini nedorite. Dintre acestea, aproximativ 500 au decis să păstreze sarcina, ceea ce înseamnă un procent de 10%. Apreciam că cifra este suficient de mare pentru a încuraja instituirea consilierii obligatorii a femeilor însărcinate înainte de avort. A se vedea *Expunerea de motive* privind Proiectul pe care îl analizăm, formă electronică, text disponibil la adresa <http://www.cdep.ro/proiecte/2012/300/40/8/em425.pdf> (referință din data de 10.10.2012).

avortul, ar fi de dorit ca experiența avortului, care oricum este traumatizantă, să nu-și sporească această dimensiune. Un interval de așteptare mai scurt este util și din considerente practice. Astfel, de exemplu, dacă o femeie din mediul rural vine într-un oraș să realizeze un avort, cheltuielile ar putea fi mai reduse dacă perioada de așteptare este mai scurtă, în ipoteza în care femeia respectivă alege să rămână în orașul respectiv până va lua o decizie. Totuși, credem că miza acestei perioade de așteptare, și anume posibilitatea de a da o șansă la viață unui copil, este suficient de mare, încât să justifice o perioadă de așteptare care să nu fie prea scurtă. De exemplu, credem că un interval de 24 de ore ar fi mult prea scurt pentru a se realiza scopul consilierii, și anume ca femeia să fie sigură de decizia pe care o va lua. Datorită motivelor de mai sus, apreciem că un interval de așteptare de 5 zile, așa cum se prevede în Proiect, este unul rezonabil.

Considerăm că ar fi fost util ca, printre obiectivele consilierii, să se regăsească și informarea femeii cu privire la *metodele de prevenire a unei sarcini nedorite*. În definitiv, este esențial ca femeia care ajunge în situația să avorteze să nu ajungă din nou în aceeași situație. Iar informarea obligatorie a femeii care dorește să avorteze despre metodele contraceptive ar fi o dovadă că procedura de consiliere are în vedere și drepturile femeii. Chiar dacă, în cele din urmă, femeia decide să păstreze copilul, ar fi binevenită oferirea de informații privind prevenirea pe viitor a sarcinilor nedorite. Iar în ipoteza în care femeia ar decide, totuși, să avorteze, dacă în cadrul consilierii ante-avort a fost informată cu privire la metodele contraceptive, tot s-ar realiza un aspect pozitiv. Oricum, dacă nu se dorește oferirea de informații privind contracepția înaintea realizării avortului, credem că ar fi util ca măcar după realizarea unui avort femeia să fie informată în mod obligatoriu cu privire la metodele contraceptive.

În ceea ce privește formularea Proiectului, găsim aici exprimată neechivoc o idee care nu se regăsește în această formă în alt act oficial. Astfel, în Proiect se afirmă că „încă din momentul conceperii embrionul este o ființă umană în sensul deplin al cuvântului, a cărei viață va înceta în urma procedurii medicale”(art. 3, lit. c). Aceeași formulare se regăsește în formatul tip al *Certificatului de consiliere* (Anexa I la Proiect). Remarcăm că, dacă ar fi adoptat acest act legislativ, ar fi prima dată în România când s-ar afirma fără dubii, la nivel oficial, că fătul este o ființă umană vie încă de la concepție. Nu considerăm că e greșită o asemenea afirmație. Totuși, a adopta la nivel oficial o astfel de opinie poate fi o atitudine periculoasă, în

sensul că ar putea crește presiunile din partea opozanților avortului pentru restrângerea accesului la avort. În fond, dacă admiți că fătul este o ființă umană vie încă de la concepție, ce argumente mai ai pentru a susține suprimarea vieții acestuia?

Apreciem că Proiectul nu a acordat suficientă atenție chestiunilor de procedură. Astfel, din Proiect nu rezultă cu certitudine care este regimul acelor centre sau cabinete de consiliere. Mai mult, se precizează că, în cazul în care clinicile de obstetrică-ginecologie de stat nu dispun de consilieri pentru criza de sarcină și nici nu pot înființa centre sau cabinete de consiliere, trebuie să încheie contracte cu centre sau cabinete *private* (art. 4, alin.3 din Proiect). Apreciem că o asemenea prevedere poate duce la discriminare între femeile care doresc să avorteze, pe criteriul veniturilor. În cazul în care cheltuielile consilierii nu sunt suportate de către stat cel puțin în cazul femeilor cu venituri reduse, atunci femeile cu posibilități materiale scăzute nu ar putea să beneficieze de consiliere, deci nu ar putea să realizeze un avort legal. În aceste condiții, pentru prima dată după mulți ani, s-ar crea iarăși în România premisele pentru realizarea de avorturi ilegale. Credem că o asemenea ipoteză este de neacceptat.

Deși considerăm că eficacitatea reală a consilierii, în sensul prevenirii avorturilor, ar fi destul de scăzută, totuși nu respingem o asemenea inițiativă. Așa cum am afirmat mai sus, orice procent este încurajator. Chiar dacă o femeie dintr-un milion ar decide, ca urmare a consilierii, să nu avorteze, procedura de informare prealabilă și-ar atinge scopul. Apreciem în primul rând faptul că o asemenea consiliere valorizează fătul și *ceea ce acesta poate să însemne*. Totuși, nu credem că formularea din Proiect este cea mai fericită. Astfel, ar trebui ca accentul să nu cadă doar asupra drepturilor fătului, ci să fie îndreptat și asupra femeii, așa cum arătat mai sus. Iar în ceea ce privește aspectele procedurale, ar trebui să li se acorde o foarte mare atenție, pentru a nu se crea discriminări. Doar în acest cadru, consilierea ante-avort ar putea să fie cu adevărat utilă. În caz contrar, ea s-ar transforma într-un motiv de traumă suplimentară pentru femeia care dorește să avorteze.

Instituirea consilierii obligatorii înainte de avort ar aduce legislația României într-o poziție similară cu legislația multor state europene. Ne declarăm de acord cu ideea de consiliere ante-avort, însă nu din simplul motiv că această consiliere există deja în mai multe țări, ci datorită faptului că o asemenea procedură ar putea să fie într-adevăr utilă.

Un ultim aspect pe care dorim să-l analizăm se referă la modul în care se respectă libertatea de conștiință a medicilor în țările europene, în materie de avort.

În legătură cu această problemă există un punct de vedere oficial al Consiliului Europei, care a adoptat Rezoluția nr. 1763 din 2010 referitoare la *Libertatea de conștiință invocată de medici în realizarea actului medical*³³. Această Rezoluție prevede că nici persoanele fizice, nici instituțiile medicale nu pot fi obligate, trase la răspundere sau discriminate în vreun mod, datorită faptului că *au refuzat* să realizeze, să adăpostească, să asiste sau să consimtă la realizarea unui avort. În același timp însă, respectându-se libertatea de gândire, de conștiință și de religie a celor care își desfășoară activitatea în domeniul medical, statele trebuie să asigure acces la serviciile medicale legale și să protejeze dreptul la sănătate al cetățenilor. Pentru realizarea acestor obiective, statele trebuie să adopte măsurile necesare pentru ca pacienții să fi informați în timp util despre faptul că medicul invocă libertatea de conștiință pentru a nu realiza o anumită procedură medicală. De asemenea, statele trebuie să asigure faptul că pacienții primesc tratamentul necesar, în special în situațiile de urgență³⁴.

Rezoluția prezentată mai sus conține anumite aspecte criticabile. Menționăm doar faptul că, în opinia noastră, este nejustificată extinderea posibilității de a invoca libertatea de conștiință la nivel de instituție, cel puțin cu referire la instituțiile publice. De altfel, în unele state europene, instanțele de judecată sau/și legislațiile au stabilit faptul că libertatea de conștiință poate fi invocată doar la nivel individual. În Franța, ca urmare a unei decizii a Consiliului Constituțional, au fost abrogate articolele din Codul Sănătății Publice care prevedeau că șefii departamentelor din spitalele publice puteau să interzică realizarea manoperele abortive în respectivele departamente³⁵.

³³ Rezoluția nr. 1763 din 2010 a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei referitoare la *Libertatea de conștiință invocată de medici în realizarea actului medical*, disponibilă la adresa <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta10/eres1763.htm> (referință din data de 5.10.2012).

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Christine McCafferty, „Women’s access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection” (*Accesul femeilor la serviciile medicale legale: problema insuficientei reglementări a invocării libertății de conștiință* – t.n.), raport întocmit pentru *Comitetul privind problemele sociale, de sănătate și de familie* al Consiliului Europei, (Doc. 12347 din 20.07.2010), disponibil la adresa

În Germania, Curtea Administrativă Federală a decis că spitalele publice trebuie să asigure realizarea avorturilor, în condițiile prevăzute de lege³⁶.

Chiar și Curtea Europeană a Drepturilor Omului a arătat că, uneori, trebuie aduse limite manifestării libertății de gândire, conștiință și religie. Astfel, în cazul *Pichon și Sajous c. Franței*, Curtea a arătat că dreptul la libertatea de religie, ca exprimare a conștiinței individului, nu oferă întotdeauna dreptul la un comportament public conform credințelor individuale³⁷. O manifestare nelimitată a dreptului la libertatea conștiinței poate duce efectiv la imposibilitatea acordării asistenței în anumite probleme medicale, ceea ce înseamnă practic abandonarea pacienților, la adăpostul legii³⁸.

În ceea ce privește reglementările române, Codul de Deontologie Medicală al Colegiului Medicilor din România prevede, în art. 125: „Întreruperea de sarcină poate fi practică în cazurile și în condițiile prevăzute de lege. *Orice medic este liber să refuze fără explicații cererea de întrerupere voluntară a sarcinii*”³⁹ (sublinierea noastră).

Același Cod de Deontologie Medicală prevede, în art. 32, că medicul poate refuza acordarea de îngrijiri de sănătate din motive personale sau profesionale temeinice, îndrumând pacientul spre alte surse de îngrijire medicală, *cu excepția situațiilor de urgență*. Respectivul medic este obligat să pună la dispoziție celui care preia pacientul toate informațiile medicale privind cazul respectiv⁴⁰.

Așadar, în România, un medic poate să refuze realizarea unui avort, invocând libertatea de conștiință. Totuși, în situații de urgență, el trebuie să realizeze orice act medical ce intră în competența sa, fără a mai putea invoca

http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12347.htm#P158_19258, (referință din data de 14.09.2011), C., Explanatory Memorandum, paragraf 26.

³⁶ *Ibidem*, paragraf 27.

³⁷ În cazul respectiv, un farmacist a refuzat să vândă unor femei produse anticoncepționale, deși femeile respective aveau rețete eliberate de medici. A se vedea Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din 04.10.2001, pronunțată în cazul *Pichon și Sajous c. Franței*, formă electronică, text disponibil la adresa

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22644#{"itemid":\["001-22644"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22644#{).

³⁸ Christine McCafferty, *op. cit.*, C., Explanatory Memorandum, paragraph 17.

³⁹ Codul de Deontologie Medicală al Colegiului Medicilor din România, formă electronică, text disponibil la adresa <http://www.cmr.ro/content/view/385/38/>, (referință din data de 13.10.2011).

⁴⁰ *Ibidem*.

libertatea de conștiință. Observăm că prevederile române referitoare la posibilitatea invocării libertății de conștiință sunt lacunare. O problemă provine din faptul că nu s-a stabilit cu certitudine cine poate invoca dreptul la libertatea de conștiință în realizarea actului medical: doar medicii, sau și asistenții, personalul administrativ ori farmaciștii ? Neclaritățile cu privire la acest aspect sunt de natură să provoace întârzieri nejustificate, în detrimentul dreptului pacienților de a beneficia de servicii medicale⁴¹. O altă lacună provine din lipsa unei definiții clare a noțiunii de *situație de urgență*.

Încercând să realizeze un echilibru între dreptul medicilor de a invoca libertatea de conștiință și drepturile pacienților, unele state au oferit soluții concrete pentru anumite probleme.

Astfel, în unele țări sistemul de încadrare a posturilor de către medici este conceput în așa fel, încât *să se asigure că medicii care au anumite specializări pot și vor să realizeze toate procedurile pe care le implică specializarea respectivă*. De exemplu, în Marea Britanie, descrierea unui post medical trebuie să cuprindă și eventualele îndatoriri legate de realizarea unui avort, astfel încât cei care ocupă un post își asumă de la început responsabilitatea și pentru realizarea manoperelor abortive⁴².

De asemenea, unele state au prevăzut obligația medicilor *de a informa în timp util pacienții despre refuzul de a realiza o anumită procedură medicală și de recomanda pacienților alți medici, care sunt dispuși să realizeze respectiva procedură*. Astfel de reglementări se regăsesc în Marea Britanie, Franța, Olanda, Portugalia, Danemarca⁴³.

Alte state au reglementat și situația în care, ca urmare a refuzului unui medic de a realiza o anumită procedură, *pacientului îi este imposibil sau foarte greu să obțină asistență din partea unui alt medic*. De exemplu, în Norvegia, un doctor nu poate să refuze să ofere un anumit serviciu medical,

⁴¹ O asemenea situație, în care este foarte important să se acționeze la timp, poate apărea, de exemplu, în domeniul contracepției de urgență, când utilizarea pilulei contraceptive trebuie să se facă într-un interval scurt de timp după un act sexual neprotejat. Problema poate apărea dacă, de exemplu, un farmacist refuză să vândă produsul necesar și accesul la o altă farmacie care vinde un asemenea produs este dificil. În vederea prevenirii unor situații de acest gen, este util să se stabilească cine poate invoca dreptul la libertatea de gândire, conștiință și religie.

⁴² Christine McCafferty, *op. cit.*, C., Explanatory Memorandum, paragraf 21 (cu trimitere la nota 21).

⁴³ *Ibidem*, paragrafele 33, 34 (cu trimitere la notele 24 și 25), 35, 51.

decât dacă pacientul are acces *rezonabil* la un alt doctor, care poate să-i furnizeze respectivul serviciu⁴⁴.

Unele țări au stabilit și *care categorii de persoane beneficiază de dreptul la libertatea de gândire, conștiință și religie în privința procedurilor medicale*. În Italia, în materie de avort, acest drept poate fi invocat doar de persoanele care ar trebui să se implice *direct* în realizarea manoperelor abortive, nu și de către cei care ar trebui să acorde asistență medicală înainte sau după realizarea unui avort⁴⁵. Dispoziții similare prevăd și legislațiile din Norvegia și Marea Britanie⁴⁶.

Din cele prezentate mai sus observăm că, deși invocarea libertății de conștiință pare a genera suficiente probleme, totuși pot fi găsite soluții concrete pentru depășirea acestora, astfel încât să fie realizat dreptul pacienților de a beneficia de toate procedurile medicale legale. Întrucât legislația română este destul de lacunară sub acest aspect, considerăm utilă adoptarea unor prevederi care să clarifice anumite chestiuni, prevenind astfel apariția unor situații dificile.

Concluzia pe care o desprindem ca urmare a studiului realizat pentru elaborarea acestui articol este că România arată, în prezent, intenția de a-și îmbunătăți legislația referitoare la avort. La fel ca majoritatea statelor europene, România își propune să acorde o valoare sporită fătului, fără a se pierde din vedere dreptul femeii însărcinate de a alege avortul. Ne declarăm de acord cu asemenea intenții, dar subliniem că, în dorința de a se evidenția aspectele ideologice, nu trebuie neglijate aspectele concrete ale problematicei avortului, pentru că acestea duc, de fapt, la existența unui anumit *echilibru*⁴⁷ între drepturile femeii însărcinate și drepturile fătului.

⁴⁴ *Ibidem*, paragraf 36.

⁴⁵ *Ibidem*, paragraf 38.

⁴⁶ *Ibidem*, paragrafele 38 și 54.

⁴⁷ Precizăm însă că acest echilibru trebuie înțeles ca existând doar la nivelul macroscopic al ansamblului legislației. El constă în faptul că, în anumite condiții, femeile care doresc pot să aleagă avortul, iar atunci când nu sunt îndeplinite aceste condiții, femeile nu mai pot decide să avorteze. Într-un caz concret, echilibrul există doar dacă femeia însărcinată dorește să păstreze fătul. În orice altă ipoteză, capătă pondere fie interesul femeii însărcinate, fie interesul fătului, deci nu mai există un echilibru.

**EVOLUȚIA ISTORICĂ A REGLEMENTĂRII
INFRAȚIUNII DE ÎNȘELĂCIUNE (II)
THE HISTORIC DEVELOPMENT OF REGULATIONS
CONCERNING THE OFFENCE OF DECEIT (II)**

MIRELA CARMEN DOBRILĂ*

Rezumat

În acest articol este prezentată evoluția istorică a preocupărilor privind sancționarea faptelor de înșelăciune, în prima parte a studiului publicată în numărul anterior al revistei fiind analizate dispozițiile privind faptele de înșelăciune în dreptul roman și în legislațiile din vechiul drept românesc, iar în acest număr al revistei sunt analizate reglementările privind infracțiunea de înșelăciune în Codul penal din anul 1864, în Codul penal din anul 1936, în Codul penal din 1968, cu punctarea unor aspecte din Legea nr. 301/2004 (abrogată), cu prezentarea modificărilor aduse de Legea nr. 202/2010 relevante pentru subiectul analizat, precum și cu prezentarea reglementării infracțiunii de înșelăciune în Noul Cod penal.

Cuvinte cheie: infracțiune de înșelăciune, evoluție istorică

Abstract

This article examines the historic development of efforts to sanction offences of deceit; the first part of the study, published in the previous issue of the Journal, dealt with the regulations of offences of deceit present in Roman law and in Old Romanian law. This second part looks at the regulations concerning the offence of deceit present in the 1864, 1936, and 1968 Criminal Codes, as well as at certain aspects of Law 301/2004 (repealed) and the modifications brought by Law 202/2010 which are relevant to the focus of this study, as well as a presentation of the regulation of the offence of deceit in the New Criminal Code.

Key words: the offence of deceit, historic development

1. Reglementarea infracțiunii de înșelăciune în Codul penal român din anul 1864

Proiectat încă din anul 1860, cu diferite elaborări de proiecte de cod penal care urma să fie aplicat după Unirea Principatelor Române, Codul

* Asist. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași,
e-mail: mirela.dobрила@uaic.ro

penal român de la 1864, a fost realizat după principiile care au influențat Codul penal prusian din 1851, precum și pe cel francez din 1810, unele dispoziții fiind luate chiar din codurile penale anterioare în vigoare în Principate, fiind structurat în trei cărți (*Despre pedepse și efectele lor, Despre crime și delictes în special și despre pedepsele lor, Contravențiuni polițienești*)¹, având ca izvoarele codurile criminale ale Moldovei (1820 și 1826) și ale Țării Românești (1851, cu modificările din 1853), cu inovațiile din dreptul penal francez, belgian și prusac. Codul penal român de la 1864, realizat după Codul penal francez, conținea în capitolul privitor la *Crime și delictes contra proprietăților* (art. 306-380), dispoziții cu privire la apărarea patrimoniului, care au fost inspirate din Codul penal prusian².

Dispoziții cu privire la infracțiunea de înșelăciune există în Cartea a II-a (*Despre crime și delictes în special și despre pedepsele lor*), în Titlul 4 (*Crime și delictes contra particularilor*), în Capitolul *Crime și delictes contra proprietăților*, în Secțiunea V intitulată *Înșelăciune sau escrocherie*³. În dispozițiile art. 332-333 este prevăzută infracțiunea de înșelăciune în formă simplă, sancționată cu închisoare de la 1 lună la 1 an și amendă („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

¹ Petre Ionel Muscel, *Istoria dreptului penal român. Spre o nouă justiție penală. Studiu comparat, istorie, filosofie, drept*, Editura Revista pozitivă penală și penitenciară, București, 1931, p. 149; Academia de Științe Sociale și Politice a Republicii Socialiste România, *Istoria dreptului românesc*, Vol. II, Partea II, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1987, p. 50.

² Vintilă Dongoroz în Vintilă Dongoroz, Iosif Fodor, Sigfried Kahane, Ion Oancea, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu, Victor Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea specială*, vol. III, Editura Academiei Române, Editura All Beck, București, 2003, p. 429; Ion Gheorghiu Brădet, *Drept penal român. Partea specială*, Vol. I, Editura Europa Nova, București, 1994, p. 148.

³ Folosirea conjuncției sau conduce la ideea că înșelăciunea și escrocheria sunt considerate două variante ale aceleiași fapte infracționale, fiind diferite doar împrejurările în care se aceasta se realiza; totuși, în Republica Moldova folosirea celor două noțiuni poate duce la confuzii terminologice cu privire la natura juridică a infracțiunii de escrocherie deoarece înșelăciunea este parte integrantă a escrocheriei prevăzută de art. 190 C. pen. R.M. Igor Botezatu, *Analiza juridico-istorică a reglementărilor privitoare la infracțiunea de escrocherie*, Revista Națională de Drept nr. 1/2010, Universitatea de Stat din Moldova, p. 80;

înșelăciune”⁴), iar în art. 334 este incriminată înșelăciunea calificată, sancționată cu închisoare de la 6 luni la 2 ani și amendă („Cel care va întrebuința sau nume sau calități mincinoase sau uneltiri viclene ca să înduplece pe oameni a crede o întreprindere mincinoasă, o putere sau un credit închipuit, ori ca să facă a se naște speranța sau temerea unei izbutiri, unei nenorociri sau a unei întâmplări himerice, și prin aceasta va amăgi pe cineva să-i dea bani, mobili sau obligațiuni, dispozițiuni, bilețuri, promisiuni, chitanțe sau înscrisuri liberatoare, și, printr-unul din acele mijloace, va lua sau va încerca să ia, cu viclenie, toată sau parte din averea altuia, se va pedepsi cu închisoare de la 6 luni la 2 ani și amendă”⁵), nefiind prevăzută în mod distinct înșelăciunea în convenții deoarece se considera că se încadrează în textele prezentate și atunci când fapta se săvârșește cu prilejul încheierii sau executării unui contract.

Deși Codul penal din 1864 nu făcea referire la sancționarea emiterii de cecuri fără acoperire, astfel de fapte puteau fi sancționate ca infracțiune de înșelăciune în baza art. 334, în cazul în care se dovedea că a existat o activitate de inducere în eroare și că s-au folosit mijloacele prevăzute de art. 334.

Primele reglementări cu privire la infracțiunile comise prin cec au fost introduse în C. com. român din anul 1887, unde în art. 364 se prevedea că „oricine are sume de bani disponibile la o bancă sau la orice persoană va putea dispune de aceste sume, în tot sau în parte, în folosul său personal sau în folosul unui al treilea prin cec”.

Conform art. 369 C. com. din 10 mai 1887, prevăzut în Titlul IX intitulat Despre cambie și despre cec⁶, în Capitolul intitulat Despre cec, cel care emitea un cec fără dată, sau cu o dată falsă, sau fără să existe în mâinile depozitarului suma disponibilă, era pedepsit cu o amendă egală cu zece la sută a sumei arătată în cec, afară de cazul în care se aplicau pedepsele prevăzute în legea penală⁷, adică cu excepția situației în care se aplica

⁴ George Fratoșteanu, *Codicele penal, însoțit de Legea și Regulamentul gendarmeriei rurale*, Ediția a 2-a, București, Editura Librăriei Leon, 1895.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Dispozițiile acestui titlu au fost abrogate prin art. 112 din Legea promulgată prin Decretul nr. 1249/1934, publicat în M. Of. nr. 100 din 1 mai 1934, lege care a dat o altă reglementare cambiei și cecului.

⁷ Art. 369 C. com. corespundea cu textul art. 334 C. com. italian, iar în expunerea de motive se menționa faptul că „atunci când trăgătorul induce în eroare prin fraudă sau chiar numai prin

pedeapsa pentru înșelăciunea prevăzută de codul penal, interpretarea din doctrină fiind în sensul că faptele prevăzute de art. 369 C. com. constituiau o contravenție pentru care era suficientă încălcarea normei, fără a mai fi nevoie de fraudă, iar în cazul în care existau „uneltiri viclene” se aplicau dispozițiile codului penal⁸. În Franța, în mod similar, emisiunea cecurilor fără provizia necesară era considerată contravenție, în afară de cazul în care manoperele întrebuintate constituiau escrocherie⁹.

Motivat de faptul că reglementarea din Codul penal din 1864 (sau mai curând, lipsa reglementării exprese a infracțiunii de înșelăciune cu cecuri fără acoperire) nu putea să sancționeze eficient fraudele comise cu cecuri¹⁰, a fost adoptată Legea nr. 59/1934 asupra cecului¹¹.

eroare pe cel căruia îi negociază cecul sau cei care ar urma acestora făcându-i să creadă în existența de fonduri care însă lipsesc de tot sau în parte, e foarte just ca el să fie pedepsit în afară de sancțiunile mai grave ale codului penal pentru cazurile mai grave”. Mihail I. Papadopolu în Constantin G. Rătescu, H. Asnavorian, I. Ionescu-Dolj, Traian Pop, I. Gr. Periețeanu, Mihail I. Papadopolu, Vintilă Dongoroz, N. Pavelescu, Codul penal „Regele Carol al II-lea” adnotat, Editura Socec, București, 1937, vol. III, p. 597.

⁸ *Ibidem*.

⁹ În Franța emisiunea cecurilor fără provizie era reglementată prin Legile din 14 iunie 1865 și 19 februarie 1874, în afară de cazurile în care manoperele folosite constituiau o escrocherie. Prin Legea din 2 august 1917 și 12 august 1926 s-a dat un caracter special infracțiunii, în sensul că emiterea unui cec fără acoperire prealabilă și disponibilă, cu rea-credință, putea să fie sancționat cu pedeapsa închisorii de la două luni la doi ani și cu amendă care putea depăși dublul valorii nominale a cecului. ”. M. I. Papadopolu în C. G. Rătescu et al, *Codul penal „Regele Carol al II-lea” adnotat, op. cit.*, vol. III, p. 597.

¹⁰ Petre Buneci, *Considerații juridice privind infracțiunea de înșelăciune. Deosebiri față de infracțiunile comise prin cec*, în Volumul Conferinței internaționale. *Politica penală și legislația penală din perspectiva prevenirii și combaterii criminalității împotriva persoanei și patrimoniului*, Universitatea „Andrei Șaguna”, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Asociația de Științe Penale, Constanța, mai 2006, p. 6.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 100/01.05.1934, modificată de Legea (decret-lege) nr. 394/1943 abrogată prin Legea nr. 18/1948, Legea nr. 515/1946, Ordonanța nr. 11/1993, Ordonanța de urgență nr. 38/2008; art. 84 din Legea asupra cecului nr. 59/1934 prevede: „Se va pedepsi cu amendă dela 5.000–100.000 lei și închisoare dela 6 luni până la 1 an, afară de cazul când faptul constituie un delict sancționat cu o pedeapsă mai mare, în care caz se aplică această pedeapsă: 1. Oricine emite un cec fără a fi avut autorizarea trasului. 2. 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. 3. Oricine emite un cec cu dată falsă sau căruia îi lipsește unul din elementele esențiale cerute de alineatele 1, 2, 3 și 5 al art. 1 și art. 11. 4. Oricine emite un cec contrar dispozițiunii ultimului alineat al art. 6. Dacă în cazurile prevăzute de alineatele 2 și 3 de mai sus, emitentul procură

2. Reglementarea infracțiunii de înșelăciune în Codul penal român din anul 1936

Codul penal român de la 1936, numit Noul Cod penal Carol al II-lea¹², intrat în vigoare la data de 1 ianuarie 1937, prevedea inițial în Cartea II, titlul XIV infracțiunile patrimoniale, sub denumirea de „Crime și delictе contra patrimoniului” (art. 524-573). Sistematizarea în cinci capitole, astfel: Cap. I Furtul; Cap. II Tălhăria și pirateria; Cap. III Delictе contra patrimoniului prin nesocotirea încrederii; Cap. IV Strămutarea de hotare, desființarea semnelor de hotar, stricăciuni și alte tulburări aduse proprietății; Cap. V Jocuri de noroc, loteria, specula contra economiei publice, Codul penal din 1936 a restrâns în limitele sale firești toate infracțiunile contra patrimoniului, grupându-le în funcție de obiectul juridic¹³. Ulterior, a fost introdus un capitol nou intitulat „Unele infracțiuni contra avutului obștesc” (art. 536¹-536²) care a primit diferite modificări în anii următori.¹⁴

Codul penal din 1936 incriminează înșelăciunea în articolul 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 acesta cauzează o pagubă materială unei persoane, comite delictul de înșelăciune și se pedepsește cu închisoare corecțională de la unu la 2 ani. Când, pentru comiterea faptului de mai sus, infractorul a întrebuințat nume, calități mincinoase sau alte mijloace frauduloase, pedeapsa este închisoare contravențională de la unu la 3 ani, amendă de la 3.000 la 12.000 lei și interdicția corecțională de la unu la 3 ani”. Pentru prima dată, este incriminată ca o modalitate distinctă așa numita *înșelăciune în convenții* în articolul 551: „Comite delictul de înșelăciune în convenții și se pedepsește după distincțiile din art. 549, acela care, cu ocazia încheierii sau executării unei convenții, induce sau menține în

trasului disponibilul necesar mai înainte de prezentarea cecului, pedeapsa se reduce la jumătate. Când emiterea cecului se datorește unui fapt scuzabil, emitentul va fi apărut de pedeapsă.”

¹² Publicat în M. Of. nr. 65/18.03.1936, cu rectificările din M. Of. nr. 83/08.04.1936, precum și cele din M. Of. nr. 298/22.12.1936; a se vedea C. G. Rătescu et al, *Codul penal „Regele Carol al II-lea” adnotat, op. cit.*, vol. III, p. 395 și urm.

¹³ Octavian Pop, *Opinii doctrinare și practică judiciară privind infracțiunea de înșelăciune*, Editura Mirton, Timișoara, 2003, p. 4.

¹⁴ I. Gheorghiu-Brădet, *op. cit.*, p. 149; V. Dongoroz în V. Dongoroz, I. Fodor, S. Kahane et al, *Explicații...*, *op. cit.*, vol. III, p. 429.

eroare pe cealaltă parte, în așa fel încât, fără această eroare, ea nu ar fi încheiat sau executat convenția în condițiile stipulate"¹⁵.

În Codul penal de la 1936 înșelăciunea simplă și cea în formă agravată erau incriminate prin dispozițiile art. 549, pedeapsa prevăzută fiind închisoare de la 3 luni la 2 ani pentru modalitatea simplă și închisoare de la 1 an la 3 ani pentru modalitatea agravată, iar art. 550 prevedea unele circumstanțe agravante legale care atrăgeau sporire pedepsei cu un plus de până la 2 ani. Articolele 552-555¹ incriminau fapte asimilate cu înșelăciunea (înșelăciune în emigrare, înșelăciune prin cecuri, înșelăciune contra asigurătorului, înșelăciune privind dreptul de autor)¹⁶. În ceea ce privește modalitatea *înșelăciunii în convenții*, prevăzută distinct în art. 551, sancțiunea aplicabilă era aceeași ca la înșelăciunea simplă.

În paralel cu reglementarea infracțiunilor cu privire la emiterea de cecuri fără acoperire din Legea nr. 59/1937 asupra cecului¹⁷, 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: „Acela care în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material injust, emite un cec asupra unei bănci sau unei persoane, știind că nu are provizia sau acoperirea necesară, ori suficientă, precum și acela care, în același scop, după emisiune, reține provizia în tot sau în parte, sau interzice trasului de a plăti înainte de expirarea termenului de prezentare, cauzând prin aceasta o pagubă posesorului cecului, comite delictul de înșelăciune prin cecuri", iar formele executare ale acestei infracțiuni erau inspirate din art. 84 alin. (1) pct. 2 din Legea nr. 59/1934 asupra cecului¹⁸.

În art. 549 C. pen. din 1936 definiția noțiunii de înșelăciune și-a păstrat în linii mari configurația pe care a avut-o în art. 332 C. pen. român din 1864: a fost înlăturată dihotomia neadecvată înșelăciune-escrocherie, iar ceea ce în legiuirea anterioară era denumit „escrocherie”, în Codul penal român din 1936 a devenit circumstanța agravantă a înșelăciunii, specificată

¹⁵ Sergiu Bogdan, *Înșelăciune în convenții. Latura Obiectivă*, Revista de Drept Penal nr. 3/1999, p. 113.

¹⁶ V. Dongoroz în V. Dongoroz, I. Fodor, S. Kahane et al, *Explicații...*, op. cit., vol. III, p. 429.

¹⁷ P. Buneci, op. cit., p. 7.

¹⁸ Traian Pop în C. G. Rătescu et al, *Codul penal „Regele Carol al II-lea” adnotat*, op. cit., vol. III, p. 595.

la alin. (2) art. 549¹⁹. Agravanta devenea aplicabilă atunci când, pentru comiterea înșelăciunii, făptuitorul întrebuintează nume, calități mincinoase sau alte mijloace frauduloase.

La art. 550 C. pen. din 1936 se prevedea răspunderea pentru varianta calificată a înșelăciunii, variantă aplicabilă în ipoteza în care înșelăciunea era săvârșită: de un funcționar public, avocat, mandatar sau funcționar privat, în exercițiul funcțiunii sau mandatului său, de o persoană care a simulat calitatea de funcționar public.

Codul penal din 1936 a fost modificat de mai multe ori și republicat în anul 1948, dar secțiunea referitoare la înșelăciune a suferit schimbări numai cu privire la pedepse, întrucât în toată legislația penală română s-a renunțat la pedepsele cumulative cu închisoare sau amendă²⁰.

În perioada anilor 1944-1989 s-au 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, iar acest decret a marcat momentul în care apare pentru prima oară o ocrotire discriminatorie a patrimoniului după cum acesta era considerat "particular" sau "obștesc"²¹.

3. Reglementarea infracțiunii de înșelăciune în Codul penal român din anul 1968

Autorii Codului penal de la 1968 au consacrat mai departe această concepție de ocrotire diferențiată a patrimoniului²² în funcție de avutul personal și particular și de avutul obștesc. În raport cu aceste precedente legislative, cadrul infracțiunilor contra patrimoniului a primit în **Codul**

¹⁹ Sergiu Brânză, Igor Botezatu, *Evoluția reglementărilor privitoare la infracțiunea de escrocherie pe teritoriul actual al Republicii Moldova*, Jurnalul de Studii Juridice nr. 3-4/2009, p. 142.

²⁰ Matei Basarab, Viorel Pașca, Gheorgiță Mateuș, Tiberiu Medeanu, Constantin Butiuc, Mircea Bădilă, Radu Botea, Petre Dungan, Valentin Mirișan, Ramiro Mancaș, Cristian Miheș, *Codul penal comentat. Vol. 2. Partea specială*, Editura Hamangiu, București, 2008, p. 454.

²¹ O. Pop, *op. cit.*, p. 5.

²² *Ibidem*.

penal adoptat în 1968 reglementarea cuprinsă în două titluri distincte: „infrațiuni contra avutului personal și particular” (art. 208-222) și „infrațiuni contra avutului obștesc” (art.223-235). Deși legea penală ocrotește toate relațiile de ordin patrimonial, deosebirea sub raportul tratamentului juridic penal între ocrotirea avutului personal sau particular și ocrotirea avutului obștesc are temeiuri de ordin social-politic²³, în contextul importanței necontestate pe care o prezintă avutul obștesc în orânduirea socialistă; din punct de vedere juridic, reglementările din cele două titluri sunt identice, eventualele deosebiri privind condițiile de incriminare fiind minime, ceea ce le deosebește normativ fiind obiectul ocrotirii penale (avut obștesc, respectiv avut personal sau particular), un grad de pericol diferit corespunzător atingerii aduse unor relații sociale diferite și limitele sancționării.

Denumirea de „infrațiuni contra avutului personal sau particular” corespundea celor două forme de avut ale cetățenilor, pentru că, pe lângă avutul personal, cetățenii mai aveau încă, într-o proporție redusă, un avut particular reprezentat de acele bunuri aflate în proprietate care proveneau din alte surse decât din muncă, de acele bucuri aflate în proprietatea cetățenilor străini stabiliți sau aflați în trecere prin țara noastră, de acele bunuri aflate pe teritoriul țării ce aparțineau unor firme străine, etc.²⁴.

Gruparea acestor infrațiuni în două titluri distincte, în raport cu titularul dreptului (persoana fizică sau persoana juridică) era impusă de regimul sancționator diferit, faptele îndreptate împotriva avutului obștesc, aparținând persoanelor juridice, fiind considerate mai grave și sancționate mai sever decât faptele îndreptate împotriva avutului particular, aparținând persoanelor fizice. În cazul infracțiunii de înșelăciune, din punct de vedere juridic, reglementările din cele două titluri sunt identice, ceea ce le deosebește normativ fiind obiectul ocrotirii penale (avut obștesc, respectiv avut personal sau particular), un grad de pericol diferit corespunzător atingerii aduse unor relații sociale diferite și limitele sancționării. Această distincție a devenit însă inacceptabilă în condițiile apariției, începând din 1990, a persoanelor juridice de drept privat și în condițiile în care Constituția

²³ V. Dongoroz în V. Dongoroz, I. Fodor, S. Kahane et al, *Explicații...*, op. cit., vol. III, p. 420.

²⁴ Vintilă Dongoroz, Gheorghe Dăringă, Siegfried Kahane, Dumitru Lucinescu, Aurel Nemeș, Mihai Popovici, Petre Sîrbulescu, Vasile Stoican, *Noul Cod penal și Codul penal anterior. Prezentare comparativă*, Editura Politică, București, 1968, p. 136.

a prevăzut, în mod expres, ca proprietatea privată este ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular.²⁵

În Codul penal din 1968 cadrul infracțiunilor contra patrimoniului a fost restrâns la limitele sale firești, au fost eliminate unele infracțiuni care nu priveau în principal relațiile de ordin patrimonial (de exemplu, abuz de încredere profesional comis de avocați, fraudarea creditorilor, înșelăciune în emigrare, nerespectarea drepturilor de autor, jocul de noroc), unele dintre aceste fapte fiind scoase din sfera dreptului penal, iar unele incriminări au fost așezate în categorii corespunzătoare obiectului lor juridic²⁶.

Se remarcă faptul că, inclusiv în cazul infracțiunii de înșelăciune, spre deosebire de Codul penal din 1936, incriminările reținute în partea specială au primit redactări mai cuprinzătoare²⁷, printr-o corectă concentrare în același text a unor fapte anterior încadrate în texte diferite sau prin faptul că nu mai sunt prevăzute acele fapte asimilate infracțiunii de înșelăciune (articolele 552-555¹ din Codul penal anterior). De exemplu, nu mai este incriminată fapta de practicare a ghicitului, prevăzută anterior la art. 549 alin. 2, deoarece o astfel de incriminare este inutilă în măsura în care ghicitul constituie o formă de amăgire, de înșelare a încrederii și fapta poate fi încadrată în dispozițiile art. 215; sau faptul că, deși în Codul penal anterior era prevăzută la art. 553 infracțiunea de înșelăciune prin cecuri, în Codul penal de la 1968 această faptă nu mai este prevăzută în mod separat, considerându-se că ea constituie o înșelăciune și poate fi sancționată ca atare²⁸.

Deși se remarcă deosebirea între pluralitatea de incriminări privind înșelăciunea în Codul din 1936 și modul sintetic de incriminare a înșelăciunii din Codul penal din 1968, sub raportul conținutului infracțiunii de înșelăciune în modalitatea tipică (simplă) sau în forma agravată nu există deosebiri, limitele sancțiunii sunt similare²⁹, particularitatea fiind aceea că agravantele speciale din art. 550 C. pen. anterior sunt încadrate printre acele

²⁵ Mioara-Ketty Guiu, *Infracțiunile contra patrimoniului. Considerații generale*, Revista Dreptul, Nr. 3/2004, pag. 172.

²⁶ V. Dongoroz în V. Dongoroz, I. Fodor, S. Kahane et al, *Explicații...*, op. cit., vol. III, p. 430.

²⁷ I. Gheorghiu-Brădet, op. cit., p. 149.

²⁸ V. Dongoroz, Gh. Dăringă et al., *Noul Cod penal...*, op. cit., pp. 141, 148.

²⁹ V. Dongoroz în V. Dongoroz, I. Fodor, S. Kahane et al, *Explicații...*, op. cit., vol. III, p. 502.

mijloace frauduloase care constituie prin ele însele infracțiuni și pentru care se vor aplica regulile de la concursul de infracțiuni³⁰. Nici în privința modalității înșelăciunii în convenții nu există deosebiri între cele două coduri penale.

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. 140/1996³¹, prin care pe lângă alte modificări substanțiale, s-a modificat denumirea Titlului III în "Infracțiuni contra patrimoniului", iar Titlul IV "Infracțiuni contra avutului obștesc", a fost abrogat în întregime³²; se prevede o reglementare nouă în materia infracțiunilor contra patrimoniului, s-a modificat și completat art. 215 C. pen. cu alin. (4) referitor la infracțiunea de înșelăciune prin emiteră de cecuri fără acoperire și alin. (5) referitor la infracțiunea de înșelăciune în forma agravată existentă în cazul în care fapta a avut consecințe deosebit de grave.

Această formă de înșelăciune prin emiteră de cecuri fără acoperire a fost introdusă în Codul penal actual prin Legea nr. 140/1996 și a răspuns unei necesități de a sancționa multitudinea de comportamente de acest fel³³ și practic, în conținutul art. 215 alin. (4) C. pen., legiuitorul român a reluat formularea art. 553 C. pen. Carol al II-lea³⁴, cu mențiunea că originea art. 553 este în art. 6 al Legii franceze privind cecul, cu modificările aduse în 12 august 1926³⁵. Reglementarea infracțiunii de înșelăciune cu cecuri din art. 215 alin. (4) C. pen. este asemănătoare cu cea din C. pen. Carol al II-lea, iar în conținutul art. 215 alin. (4) se prevede expres cerința ca fapta să fi fost săvârșită cu scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material injust, spre deosebire de art. 553 C. pen. anterior însă și în cazul acestuia

³⁰ V. Dongoroz, Gh. Dăringă et al, *Noul Cod penal...*, op. cit., p. 140.

³¹ Legea 146/1996 pentru modificarea Codului penal și a Codului de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 289/1996.

³² O. Pop, op. cit., p. 5.

³³ Sabin Duicu, *Modificarea Codului penal și a Codului de procedură penală prin Legile nr. 140 și nr. 141/1996*, Revista Dreptul nr. 7/1997, p. 50.

³⁴ Sergiu Bogdan, *Drept penal. Partea specială*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 269.

³⁵ I. Ionescu-Dolj în C. G. Rătescu et al, *Codul penal „Regele Carol al II-lea” adnotat*, op. cit., vol. III, p. 595.

interpretarea din doctrină³⁶ a fost în sensul că fapta trebuie să fie săvârșită în scopul menționat mai sus.

Odată cu noul sistem economic adoptat de România după 1989, săvârșirea infracțiunii de înșelăciune în convenții, precum și forma de înșelăciune prin emiterea de cecuri fără acoperire, a căpătat o amploare deosebită, în paralel cu dezvoltarea economiei de piață în țara noastră și a intensificării raporturilor juridice specifice, făptuitorii profitând, după caz, de lacunele legislației în materie sau de buna-credință care trebuie să guverneze convențiile civile, respectiv desfășurarea tranzacțiilor dintre comercianți, în condițiile în care celeritatea cu care se desfășoară raporturile comerciale nu permite, de regulă, verificarea solvabilității partenerilor contractuali, și inducând astfel în eroare persoanele vătămate, prejudiciindu-le și obținând foloase materiale injuste³⁷.

Din aceste motive, în anul 1996, legiuitorul a inclus în art. 215, alin. (4) care sancționează emiterea unui cec pentru valorificarea căruia nu există provizia sau acoperirea necesară, retragerea acestei provizii după emitere, ori interdicția dată trasului de a plăti cecul înainte de expirarea termenului de prezentare în scopul arătat în art. 215 alin. (1), adică în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material injust, și dacă s-a pricinuit o pagubă posesorului cecului

4. Reglementarea infracțiunii de înșelăciune în Legea 301/2004 (abrogată)

Din anul 2001 s-a trecut la elaborarea unui nou Cod penal, adoptat de către Parlament prin Legea nr. 301/2004 privind Codul penal, care a avut în vedere modelul francez, însă s-au strecurat multe lacune și necorelări, imposibil de aplicat în practică, ceea ce a dus la mai multe amânări pentru momentul stabilit pentru intrarea în vigoare. Mai mult, noul Cod penal, adoptat prin Legea nr. 286/ 25 iunie 2009³⁸ a abrogat dispozițiile Legii nr. 301/2004.

Fără a insista asupra acestor dispoziții, considerăm necesar să menționăm modul de reglementare al infracțiunii de înșelăciune din acest cod, fiind util pentru a contura o viziune generală asupra acesteia.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Georgiana Tudor, *Înșelăciunea în convenții. Practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. IV.

³⁸ Publicată în M. Of. nr. 510/ 24 iunie 2009.

În art. 260 alin. (1) din Legea nr. 301/2004 s-a prevăzut că infracțiunea de înșelăciune 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, iar art. 260 alin. (2) s-a prevăzut forma agravă a infracțiunii de înșelăciune care exista atunci când înșelăciunea a fost săvârșită prin folosirea de nume sau calități mincinoase ori de alte mijloace frauduloase.

Ca forme speciale de înșelăciune³⁹, Legea nr. 301/2004 a reglementat: *înșelăciunea în convenții* în art. 260 alin. (3), care consta în inducerea sau menținerea în eroare a unei persoane, 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; *înșelăciunea cu cecuri* în art. 260 alin. (4), care consta în emiterea unui cec sau a unui alt instrument de plată asupra unei instituții de credit sau unei persoane, știind că pentru valorificarea lui nu există provizia sau acoperirea necesară sau nu va exista până la termenul convenit între părți, 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 sau a altui instrument de plată, noutatea fiind dată de faptul că infracțiunea poate avea ca obiect material nu numai cecul ci și alte instrumente de plată, soluție care nu se regăsește nici în Codul penal actual și nici în Noul Cod penal; *înșelăciunea la licitații* în art. 260 alin. (5), care consta în folosirea de mijloace frauduloase pentru a îndepărta de la licitație publică o persoană sau de a limita licitațiile ori numărul participanților; *exploatarea persoanelor vulnerabile* în art. 260 alin. (6), care consta în exploatarea necunoașterii sau a lipsei de experiență a unui minor sau a stării de slăbiciune a persoanelor vulnerabile datorită vârstei, bolii sau stării de graviditate, pentru a le determina să încheie acte prejudiciabile pentru acestea; *înșelăciunea privind emigrarea* în art. 260 alin. (7), care consta în inducerea sau menținerea în eroare cu privire la condițiile de trai din țara de emigrare, săvârșită în condițiile alin. (1), în scopul de a determina o persoană să emigreze.

³⁹ Pentru o prezentare pe larg a acestor forme, a se vedea Horia Diaconescu, *Drept penal. Partea specială*, Vol. I, Editura All Beck, București, 2005, p. 415-422; Vasile Dobrinioiu, *Drept penal. Partea specială*, Vol. I, Editura Lumina Lex, București, 2004, pp. 350-358.

O altă formă agravată a infracțiunii de înșelăciune a fost prevăzută de art. 260 alin. (8), existentă în cazul în care înșelăciunea care a avut consecințe deosebit de grave.

Dacă mijlocul fraudulos folosit pentru săvârșirea înșelăciunii constituie prin el însuși o infracțiune, Legea nr. 301/2004 a prevăzut că se aplică regulile privind concursul de infracțiuni.

5. Modificări aduse Codului penal actual în materia infracțiunii de înșelăciune prin Legea nr. 202 din 25 octombrie 2010

Codul penal actual al României (1968) a fost modificat prin Legea nr. 202 din 25 octombrie 2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor (*Mica Reformă*), iar în legătură cu modificările aduse prin lege în materia infracțiunii de înșelăciune, este necesară menționarea introducerii art. 74¹ în Codul penal. În baza acestui articol, s-a prevăzut că în cazul săvârșirii unor infracțiuni expres stabilite de legiuitor, categorie în care a fost menționată inclusiv infracțiunea de înșelăciune⁴⁰, există posibilitatea ca, dacă în cursul urmăririi penale sau al judecății, până la soluționarea cauzei în primă instanță, învinuitul sau inculpatul acoperă integral prejudiciul cauzat, limitele pedepsei prevăzute de lege pentru fapta săvârșită să se reducă la jumătate (alin. 1). Dacă prejudiciul cauzat și recuperat în aceleași condiții este de până la 100.000 euro, în echivalentul monedei naționale, se poate aplica pedeapsa cu amendă. Dacă prejudiciul cauzat și recuperat în aceleași condiții este de până la 50.000 euro, în echivalentul monedei naționale, se aplică o sancțiune administrativă, care se înregistrează în cazierul judiciar (alin. 2). Dispozițiile privind reducerea limitelor pedepsei prevăzute de lege pentru fapta săvârșită la jumătate, cele privind posibilitatea de a aplica pedeapsa cu amendă sau de a se aplica o sancțiune administrativă, care se înregistrează în cazierul judiciar nu se mai aplică dacă făptuitorul a mai săvârșit o infracțiune de același gen, într-un interval de 5 ani de la comiterea faptei, pentru care a beneficiat de aceste dispoziții (alin. 3)⁴¹.

⁴⁰ Alături de infracțiunea de înșelăciune, art. 74¹ se aplică și pentru infracțiunile de gestiune frauduloasă, delapidare, abuz în serviciu contra intereselor persoanelor, abuz în serviciu contra intereselor publice, abuz în serviciu în formă calificată și neglijență în serviciu, prevăzute în cod, ori a unor infracțiuni economice prevăzute în legi speciale, prin care s-a pricinuit o pagubă, fără a exista nicio explicație referitoare la alegerea acestor infracțiuni.

⁴¹ Pentru o analiză detaliată a problemei privind aplicarea art. 74¹ în cazul infracțiunii de înșelăciune a se vedea Mirela Carmen Dobrilă, *Probleme legate de introducerea art. 74 ind.1 în C. pen. și de aplicare în cazul infracțiunii de înșelăciune*, Revista de Drept Penal nr.

Raportat la toate problemele care privesc aplicarea art. 74¹ C. pen., Curtea Constituțională a României a decis că acesta este neconstituțional⁴² pentru mai multe motive, ceea ce înseamnă că aceste dispoziții nu se vor mai aplica nici pentru infracțiunea de înșelăciune, deși rămâne totuși problema legată de consecințele aplicării acestui text pe o durată de timp limitată, adică până la momentul la care au fost declarate neconstituționale.

6. Reglementarea infracțiunii de înșelăciune în Noul Cod penal (Legea nr. 286/17 iulie 2009)

Spre deosebire de Codul penal în vigoare, în Noul Cod penal (Legea nr. 286/ 2009, publicată în Monitorul Oficial nr. 510/24 iulie 2009) infracțiunea de înșelăciune este reglementată într-un capitol separat în cadrul infracțiunilor contra patrimoniului, în Capitolul III intitulat “Infracțiuni contra patrimoniului prin nesocotirea încrederii”, care incriminează acele faptele contra patrimoniului care se săvârșesc prin nesocotirea încrederii deși în mod tradițional această infracțiune face parte din categoria infracțiunilor contra patrimoniului săvârșite prin fraudă, Noul Cod penal neoptând pentru o astfel de clasificare. În acest capitol sunt prevăzute atât unele infracțiuni reglementate de Codul penal în vigoare, adică abuzul de încredere, gestiunea frauduloasă, însușirea bunului găsit și înșelăciunea, precum și alte fapte împotriva patrimoniului ale căror acțiuni ilicite se întemeiază pe nesocotirea încrederii și anume abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor, înșelăciunea privind asigurările, deturnarea licitațiilor publice și exploatarea patrimonială a unei persoane vulnerabile, introducerea acestor reglementări separate privind unele forme speciale de înșelăciune fiind justificată pe ideea că prin intermediul acestora se va realiza o individualizare legală a pedepselor mai riguroasă în raport cu pericolul social diferit al faptelor și o corelare a normelor de incriminare cu realitatea vieții sociale.

2/2011, pp. 111-124; M. C. Dobrilă, *The Offence of Deceit, the Minor Reform (Law no. 202/2010) and the New Criminal Code (Law no. 286/2009)*, Volumul Conferinței Științifice Internaționale 3rd EMUNI Research Souk 2011, *Innovation and Employability- The Universities Challenge, The Euro-Mediterranean Student Research Multi-conference*, 21 March 2011, pp. 1009-1113.

⁴² Decizia Curții Constituționale nr. 573/03.05.2011 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art.74¹ din Codul penal, publicată în M. Of. nr. 363/25.05.2011, text în format electronic disponibil la http://www.ccr.ro/decisions/pdf/ro/2011/D0573_11.pdf (03.06.2011);

Într-o formă inițială a proiectului Noului Cod penal, în capitolul privind infracțiunile contra patrimoniului prin nesocotirea încrederii au fost introduse și infracțiunea de înșelăciune la măsurătoare și infracțiunea de înșelăciune privind calitatea mărfurilor, reglementate în Codul penal în vigoare în Titlul VIII (Infracțiuni la regimul stabilit pentru anumite activități economice), însă ulterior s-a renunțat la menținerea acestor infracțiuni în acest capitol. Înlăturarea reglementărilor distincte cu privire la sancționarea aceste fapte atât din capitolul privind infracțiunile contra patrimoniului prin nesocotirea încrederii, precum și lipsa reglementării acestora într-un alt capitol din titlul privind infracțiunile contra patrimoniului sau dintr-un alt titlu este justificată de faptul că aceste fapte vor fi sancționate ca forme ale infracțiunii de înșelăciune, în baza art. 244 N. C. pen.

Conform art. 244 N.C. pen. infracțiunea de înșelăciune, care a primit o reglementare mai concisă și mai cuprinzătoare în același timp, 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 sau pentru altul un folos patrimonial injust, cu imediata consecință a păgubirii acestei persoane. Spre deosebire de Codul penal în vigoare, în Noul Cod penal s-a renunțat la reglementarea separată a formei speciale de înșelăciune în convenții, care consta în inducerea sau menținerea în eroare a unei persoane cu prilejul încheierii sau executării unui contract, săvârșită în așa fel încât, fără aceasta eroare, cel înșelat nu ar fi încheiat sau executat contractul în condițiile stipulate (art. 215 alin. 3) cât și a formei speciale de înșelăciune prin emiterea de cecuri fără acoperire, care consta în emiterea unui cec asupra unei instituții de credit sau unei persoane, știind ca pentru valorificarea lui nu exista 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 de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material injust, dacă s-a pricinuit o paguba posesorului cecului (art. 215 alin. 4). Considerăm că faptele care intră în prezent atât în conținutul infracțiunii de înșelăciune în convenții, cât și în conținutul infracțiunii de înșelăciune prin emiterea de cecuri fără acoperire vor putea fi sancționate în baza Noului Cod penal ca infracțiune de înșelăciune în conformitate cu art. 244, în măsura în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute de acest articol, lipsa unei reglementări distincte cu privire la aceste forme nefiind de natură a împiedica angajarea răspunderii penale pentru săvârșirea faptelor menționate.

Prin opțiunea legiuitorului de a renunța la reglementarea în mod separat în Noul Cod penal în cadrul art. 244 atât a formei speciale de înșelăciune în convenții (prevăzută în art. 215 alin. (3) C.pen. actual) cât și a înșelăciunii prin emiterea de cecuri fără acoperire (prevăzută în art. 215 alin. (4) C.pen. actual) existente în actuala reglementare, posibil motivată de faptul că o enumerare a unor situații particularizate prin contextul săvârșirii faptei ar duce la riscul omiterii altor situații, la fel de importante, nu arată că aceste forme speciale și-au pierdut din importanță sau actualitate, ci trebuie să avem în vedere faptul că ele vor face obiectul tragerii la răspundere penală în contextul art. 244 N.C.pen., ca infracțiune de înșelăciune, în noua sa redactare⁴³.

Este vorba doar de o aparentă neincriminare a înșelăciunii în convenții sau a înșelăciunii cu file cec deoarece redactorii noului Cod penal au intenționat să simplifice norma de incriminare a înșelăciunii și nu au considerat necesară preluarea acestor alineate însă acestea vor constitui în continuare modalități faptice de săvârșire a infracțiunii de înșelăciune în baza art. 244 alin. (1) sau (2) N.C.pen., nefiind vorba în realitate de o dezincriminare a acestor fapte⁴⁴. Nu putem fi de acord cu opinia susținută în sensul că înșelăciunea în convenții sau înșelăciunea cu file cec nu mai sunt incriminate (*abolitio criminis*)⁴⁵ deși se arată în continuare în mod corect că o astfel de dezincriminare nu răspunde realității faptice.

Este discutabil dacă soluția adoptată cu privire la reglementarea infracțiunii de înșelăciune din Noul Cod penal este cea mai întemeiată⁴⁶. În acest sens, există propuneri întemeiate ca faptele de emitere a cecurilor fără

⁴³ Mirela Carmen Dobrilă, *Modificări aduse de noul Cod penal în cazul infracțiunii de înșelăciune*, în Volumul Conferinței cu participare internațională, cu tema: „*Noua legislație penală: Tradiție, Recodificare, Reformă, Progres Juridic*”, 26 octombrie 2012, organizată de Academia Română – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Asociația Română de Științe Penale, p. 161.

⁴⁴ C. Duvac, *Înșelăciunea în Noul Cod penal*, în Volumul Sesiunii de comunicări științifice „Justiție, Stat de drept și Cultură juridică”, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 800; În același sens V. Cioclei, *op. cit.*, p. 135-136; P. Dungan, T. Medeanu, V. Pașca, *Manual de drept penal. Partea specială*, Vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 351; M. A. Hotca, *Noul Cod penal și Codul penal anterior. Aspecte diferențiale și tranzitorii*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 236; N. M. Vlădoiu, *Curs de drept penal. Partea specială*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 229.

⁴⁵ Gh. Ivan, *Drept penal. Partea specială. Cu referiri la Noul Cod penal (Legea nr. 286/2009)*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 314.

⁴⁶ M. C. Dobrilă, *Modificări ...*, *op. cit.*, p. 163.

acoperire sau de retragere a disponibilului din cont de către emitentul cecului cu scopul de a păgubi pe altul să rămână în sfera ilicitului penal și să fie sancționate cu o pedeapsă severă, cu motivarea dată de pericolozitatea ridicată a acestor fapte care pot determina dezechilibre în planul relațiilor economice cu efecte negative asupra patrimoniului persoanelor implicate care sunt lipsite de soluția constrângerii penale pentru executarea corectă obligațiilor asumate⁴⁷.

Spre deosebire de Codul penal în vigoare, în Noul Cod penal este menținută ca formă agravată doar înșelăciunea săvârșită prin folosirea de nume sau calități mincinoase ori de alte mijloace frauduloase (art. 244 alin. 2), renunțându-se la forma agravată a infracțiunii din art. 215 alin. 5 din Codul penal în vigoare, referitoare la cazul în care fapta de înșelăciune care a avut consecințe deosebit de grave. În art. 244 alin. (2) N. C. pen. s-a menținut soluția din Codul penal în vigoare în sensul că dacă mijlocul fraudulos constituie prin el însuși o infracțiune, se aplică regulile privind concursul de infracțiuni.

Considerăm întemeiată opinia în sensul că este discutabilă această soluție din Noul Cod penal de înlăturare din conținutul agravat al infracțiunii de înșelăciune a situației în care prin aceasta s-au produs consecințe deosebit de grave, mai ales că pragul valoric a fost mărit de la 200.000 lei la 2.000.000 lei⁴⁸. Se consideră că în cazul comiterii unor înșelăciuni care produc consecințe deosebit de grave urmează a se aplica, după caz, prevederile art. 244 alin. (1) sau (2) N.C.pen.⁴⁹

Ca element de noutate sub aspect procesual, în Noul Cod penal în cazul infracțiunii de înșelăciune s-a prevăzut că împăcarea părților înlătură răspunderea penală, aspect pe care îl regăsim și în cazul înșelăciunii privind asigurările.

Sub aspect sancționator, înșelăciunea în forma tip prevăzută de art. 244 N.C.pen. se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani, spre deosebire de închisoare de la 6 luni la 12 ani conform C. pen. actual, iar înșelăciunea în forma agravată prevăzută de art. 244 alin. (2) C. pen. se pedepsește cu

⁴⁷ Consiliul Superior al Magistraturii, *Raportul privind starea justiției 2010*, p. 118, text în format electronic disponibil la http://emap.csm1909.ro/Documente.aspx?path=emap_docs/200704Documente/1154000000337868.pdf (20.11.2011).

⁴⁸ C. Duvac, *Înșelăciunea în Noul Cod penal*, Revista Dreptul nr. 1/2012, p. 105.

⁴⁹ M. A. Hotca, *op. cit.*, p. 236.

închisoare de la unu la 5 ani, comparativ cu actuala reglementare unde se pedepsește cu închisoare de la 3 la 15 ani.

Cu privire la infracțiunile contra patrimoniului, s-a susținut că acesta este „exemplul cel mai nefericit de escaladare necontrolată a pedepselor în actualul Cod penal”⁵⁰ însă Noul Cod penal aduce sancțiunile pentru acestea în limite normale.

Totuși, considerăm întemeiat punctul de vedere susținut în sensul că reducerea limitelor de pedeapsă la limitele existente în Codul penal de la 1868 anterior apariției Legii nr. 140/1996 nu va contribui la reducerea numărului faptelor de înșelăciune iar limitele stabilite de legiuitor nu permit o justă individualizare a repreziunii penale în raport de consecințele deosebit de grave care se pot produce în urma săvârșirii acestei infracțiuni⁵¹.

Propunem reconfigurarea normei de incriminare a faptelor de înșelăciune din N.C.pen., în sensul reintroducerii atât a formei agravate a înșelăciunii care produce consecințe deosebit de grave, cât și a înșelăciunii în convenții și a înșelăciunii prin emitere de cecuri fără acoperire, cu mențiunea că în lipsa unei reglementări exprese a acestor două varietate speciale, interpretarea în sensul că vor constitui în continuare modalități faptice ale infracțiunii de înșelăciune s-ar putea dovedi insuficientă și va da loc la discuții cu privire la aplicarea în practică⁵².

Concluzii. Protecția patrimoniului împotriva faptelor de înșelăciune implică o analiză a evoluției istorice a preocupărilor privind reglementarea infracțiunii de înșelăciune deoarece la baza tragerii la răspundere penală pentru această infracțiune, precum și la baza modificărilor care urmează să fie aduse reglementărilor actuale stau soluțiile folosite anterior în legislația noastră penală și experiența acumulată de-a lungul timpului în aplicarea acestora. Cunoașterea și analiza reglementărilor anterioare cu privire la infracțiunea de înșelăciune și a modului în care au răspuns necesităților privind funcționarea efectivă permite obținerea unor rezultate pozitive generate de îmbinarea dintre soluțiile care răspund cerințelor actuale de reglementare și sancționare și experiența rezultată din soluțiile legislative și practice anterioare.

⁵⁰ V. Cioclei, *Drept penal. Partea specială. Infracțiuni contra patrimoniului*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 8.

⁵¹ C. Duvac, *Înșelăciunea ...*, Revista Dreptul ..., *op. cit.*, p. 132.

⁵² M. C. Dobrilă, *Modificări...*, *op. cit.*, p. 166-167.

AMPLOAREA FENOMENULUI DE
CONSTITUȚIONALIZARE A DREPTULUI PENAL ÎN SPAȚIUL
EUROPEAN ȘI SPAȚIUL INTERNAȚIONAL

ANDRA IFTIMIEI*

Résumé

L'importance de la constitutionnalisation du droit pénal, comme phénomène juridique, est mise en évidence par l'ampleur du processus manifestée à la fois dans l'espace européen et international.

Mot-clé: *constitutionnalisation, droit pénal, espace européen, espace international.*

Cuvinte-cheie: *constituționalizare, drept penal, spațiu european, spațiu internațional.*

Recunoașterea caracterului suprem al Constituției, garantat prin instrumentele justiției constituționale, a condus la o optică inovatoare asupra importanței dreptului constituțional în economia ordinii juridice. Dorința de întoarcere spre concentrarea de tipul nucleului constituțional a ordinii juridice a transformat constituționalizarea dintr-un proiect iluzoriu într-unul realizabil. Proiectul utopic era perceput ca o nouă dorință a constituționaliștilor de a epata și a fost primit cu reticență de lumea juridică, însă dezvoltarea progresivă a jurisprudenței constituționale a convins. Reticiența în receptarea noului fenomen a fost alimentată și de confuzia inițială creată în jurul noțiunii de constituționalizare, care adesea a fost percepută ca având atributele unui constituționalism modern.

Dincolo de manifestările fenomenului de constituționalizare în toate ramurile de drept (drept civil, drept administrativ, dreptul muncii etc.), amploarea acestui proces în sfera dreptului penal se reflectă atât în planul european (a), cât și în sferă internațională (b), exemplificarea

* Asist. univ. drd., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

acestuia fiind de natură a sublinia importanța subiectului în dezvoltarea contemporană a dreptului penal.

a. Spațiul european

De la primele probleme ridicate în privința influenței legilor fundamentale asupra dreptului penal, concretizate în întrebări precum ”drept penal constituțional sau drept constituțional penal?”¹, și până la cristalizarea conceptului de constituționalizare², fenomenul a acaparat treptat mai multe sisteme juridice.

Constituționalizarea dreptului penal s-a dezvoltat pe întregul spațiu european, nu doar în Franța și în România, exemplificarea întinderii fenomenului fiind importantă în scopul înțelegerii acestuia.

Exemplificarea manifestării fenomenului de constituționalizare a dreptului penal poate începe cu exemplul elocvent al dreptului spaniol, unde procesul de constituționalizare a dreptului în general s-a produs foarte rapid, chiar de la promulgarea Constituției din 1978³. Mișcarea de bază a constituționalizării dreptului în Spania a constat într-o intensă activitate normativă cu scopul de a pune în conformitate ordinea juridică moștenită de la regimul anterior cu principiile democratice din noua Constituție⁴. La baza constituționalizării dreptului penal și nu numai au stat chestiunile de neconstituționalitate, dar și recursul *amparo*⁵. Manifestările procesului de constituționa-

¹ A. Haquet, *Droit pénal constitutionnel ou droit constitutionnel pénal ?* în *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Giquel*, ed. Montchrestien, Paris, 2008, pp. 233-243.

² I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *Quelques considérations sur la constitutionnalisation du droit roumain* în *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, ed. Economica, Paris, 2001, pp. 406-417; B. Bouloc, *La constitutionnalisation du droit en matière pénale* în *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, ed. Dalloz, Paris, 2008, pp. 444-457.

³ P. Bon, *La constitutionnalisation du droit espagnol* în *Revue française de droit constitutionnel*, nr. 5/1991, p. 35.

⁴ *Idem*, p. 41.

⁵ *Ibidem*, p. 54.

lizare a dreptului din Spania sunt identificate, *mutatis mutandis*, și în dreptul portughez⁶.

Cronicle de drept constituțional penal⁷ au contribuit la sedimentarea ideii de constituționalizare a dreptului penal, având rolul de a aduce în discuție deciziile instanțelor constituționale în materie penală. O deosebită atenție a fost acordată deciziilor Curții constituționale federale (*Bundesverfassungsgericht*) în materie penală, exemple în acest sens fiind controlul măsurilor de percheziție⁸, libertatea de exprimare și incitarea la ură contra minorităților⁹, incriminarea relațiilor incestuoase dintre frați și surori¹⁰. În Germania, tema raporturilor dintre Constituție și dreptul penal, în înțelesul său larg ce cuprinde chiar și procesul penal, a favorizat o dublă abordare: fie plecând de la examinarea Constituției și a dispozițiilor sale care au incidență asupra dreptului penal, fie prin centrarea analizei asupra regulilor de drept penal și identificarea domeniilor în care acestea suportă influența dreptului constituțional¹¹.

Constituționalizarea dreptului penal german s-a construit pe influența dreptului constituțional, consolidată imediat după intrarea în vigoare a Legii fundamentale germane în 1949, și mai ales după

⁶ *Ibidem*, p. 36.

⁷ V. Bück, *Chronique de droit constitutionnel pénal comparé* în *Revue des science criminelle et de droit pénal comparé*, nr. 3/2002, pp. 672-680; M. Vogliotti, *Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau ?* în *Revue des science criminelle et de droit pénal comparé*, nr. 3/2002, pp. 721-743; V. Bück, *Chronique de droit constitutionnel pénal* în *Revue des science criminelle et de droit pénal comparé*, nr. 3/2003, pp. 602-617; V. Bück, *Chronique de droit constitutionnel pénal* în *Revue des science criminelle et de droit pénal comparé*, nr. 1/2004, pp. 158-164; B. de Lamy, *Chronique de droit pénal constitutionnel* în *Revue des science criminelle et de droit pénal comparé*, nr. 1/2008, pp. 121-140; B. de Lamy, *Chronique de droit pénal constitutionnel* în *Revue des science criminelle et de droit pénal comparé*, nr. 1/2009.

⁸ D. Capitani, *Droit constitutionnel pénal allemand* în *Revue des science criminelle et de droit pénal comparé*, nr. 1/2003, pp. 184-186.

⁹ J. Lelieur, C. Saas, Th. Weigend, *Chronique de droit pénal constitutionnel allemand* în *Revue des science criminelle et de droit pénal comparé*, nr. 3/2009.

¹⁰ *Idem*, pp. 676-680.

¹¹ K. Amelung, *Constitution et procès pénal en Allemagne* în *Revue des science criminelle et de droit pénal comparé*, nr. 3/1994, p. 459.

crearea Tribunalului constituțional federal în 1951¹². În Germania, garanțiile constituționale vizează o noțiune vastă de pedeapsă și de drept penal, fiind incluse aici toate sancțiunile statale ce urmăresc un scop represiv¹³. Influența sporită a dreptului constituțional se reflectă cu precădere asupra politicii penale, a sancțiunilor și a principiilor de bază din partea generală (principiul legalității etc.)¹⁴, în vreme ce în partea specială legiuitorul păstrează o putere de apreciere largă, mai ales în ceea ce privește incriminarea anumitor comportamente.

Contururile constituționale ale dreptului penal italian sunt configurate de implicarea activă a Curții Constituționale care, pe o parte a îmbogățit principiile penale clasice cu noi valențe, iar pe de altă parte a valorizat norme constituționale care nu erau consacrate în mod expres materiei dreptului penal¹⁵. Aproximarea constituțională a dreptului penal a scos în evidență, în Italia, o serie de "victorii negative" pentru legiuitorul penal¹⁶. Cu alte cuvinte, fundamentul constituțional al ilicitului penal a găsit în Constituție o hartă a limitelor intervenției penale, dar nu mai mult de a deduce indicații fără echivoc și irevocabile cu privire la conținutul diferitelor opțiuni incriminatorii.

b. Spațiul internațional

Despre constituționalizare s-a vorbit nu doar în spațiul european, ci chiar și în spațiul internațional, fiind de un real ajutor o analiză a constituționalizării dincolo de spațiul european, pentru sublinierea importanței studiului pe această temă.

¹² K. Tiedemann, *La constitutionnalisation de la "matière pénale" en Allemagne* în *Revue des science criminelles et de droit pénal comparé*, nr. 1/1994, p. 1.

¹³ *Ibidem*, p. 10.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ E. Dolcini, G. Marinucci, *La Constitution et le droit pénal en Italie. Structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques* în *Revue des science criminelles et de droit pénal comparé*, nr. 2/1996, p. 317.

¹⁶ ***, *L'evoluzione della "Costituzione penale" e l'impatto delle Carte (e delle Corti) sovranazionali*, articol consultat pe site-ul Curții Constituționale italiene, la data de 16 august 2013.

Sublinierea unor aspecte din procesul de constituționalizare a dreptului penal în sfera dreptului internațional conduce la conturarea unei imagini de ansamblu și la stabilirea unor puncte-cheie necesare oricărui studiu de drept comparat. Dreptul penal camerunez este, în acest sens, subiectul procesului de constituționalizare. Reforma constituțională din 18 ianuarie 1996 a condus la ”o reală modernizare”¹⁷ a dreptului penal camerunez, concretizată în dispoziții ce reafirmau libertățile, necesitatea unei legi pentru pedepsire, principiul neretroactivității, prezumția de nevinovăție, instituirea unui control mai vast de constituționalitate¹⁸. În dreptul penal camerunez, o deosebită importanță în considerarea procesului de constituționalizare, o are calitatea regulii penale, care trebuie să fie clară și precisă, în caz contrar instituindu-se tirania¹⁹. Claritatea regulii penale nu reprezintă altceva decât o consecință a valorii constituționale conferită principiului legalității, în condițiile în care dreptul camerunez se află sub influența dreptului francez. Influența aceasta se reflectă fie prin inserarea unor garanții constituționale ce interzic pedepse precum tortura și anumite tratamente inumane, crude sau degradante²⁰, fie prin dezincriminarea unor fapte în scopul lărgirii spațiului de manifestare și de exercitare a unor libertăți²¹.

Dimensiunea internațională a constituționalizării dreptului în general și a dreptului penal în special este reflectată și prin intermediul dreptului canadian, unde Carta constituțională din 1982 a imprimat o nouă orientare dreptului penal canadian. Noua structură constituțională impune două direcții²²: analizarea regulilor de drept penal în funcție de principiile care vizează fondul dreptului și constituționa-

¹⁷ S. Yawaga, *Réflexion sur la constitutionnalisation de certains aspects du droit pénal camerounais de fond*, Revue de sciences criminelles, nr. 2/2001, p. 353.

¹⁸ *Idem*, p. 353.

¹⁹ *Ibidem*, p. 357.

²⁰ *Ibidem*, p. 363.

²¹ *Ibidem*, p. 366.

²² A. Jodouin, *La transformation de la théorie du droit pénal canadien*, articol consultat pe site-ul <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/151/dtr/dtr7.pdf>, la data de 24 august 2013.

lizarea regulilor de procedură penală, prin forțarea instanțelor la o examinare atentă a finalității regulilor procedurale. În acest sens, Carta constituțională a constituționalizat un anumit număr de libertăți (precum libertatea de exprimare, libertatea religioasă, libertatea de asociere), care fac adesea obiectul unor restricții ale dreptului penal²³.

În China, constituționalizarea dreptului penal se manifestă prin înscrierea în Constituția din 1982 a numeroase drepturi și libertăți fundamentale, astfel că a fost perfecționată o legislație care să garanteze toate aceste drepturi²⁴: dreptul la viață, libertatea individuală și demnitatea individuală etc.

Dimensiunea internațională a constituționalizării a cuprins nu doar dreptul ca disciplină, ci chiar un sistem juridic, aici fiind cazul Shari'a²⁵. Constituționalizarea dreptului islamic se manifestă prin introducerea în textul constituțional, chiar în debutul acestuia, a așa-numitei "repugnancy clause"²⁶ (clauză de incompatibilitate). Mai concret, este vorba despre un articol care prevede că *shari'a* devine izvor al legiferării. La nivelul punerii în practică și pe baza jurisprudenței Curții Constituționale egiptene, *shari'a* se adresează judecătorului și legiuitorului; cel dintâi este obligat să emită decizii atât în materie penală, cât și în domeniile dreptului civil sau administrativ, în conformitate cu izvoarele care compun *shari'a*, adică Sunna profetului Mohamed și Coranul. Legiuitorul trebuie să respecte

²³ Libertatea religioasă a fost invocată deja pentru a declara neconstituționale legile arhaice care obligau la respectarea zilei de duminică.

²⁴ M. Delmas-Marty, *La construction d'un État de droit en Chine dans le contexte de la mondialisation*, articol consultat pe site-ul

http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/La_construction_un_Etat_de_droit_en_Chine_dans_le_contexte_de_la_mondialisation_-_Chapitre_15_-_Delmas-Mar.pdf, la data de 24 august 2013.

²⁵ Legea islamică sau *shari'a* reprezintă un sistem judiciar complex bazat în principal pe Coran, (Coranul stabilește principii de bază pentru comportamentul uman, dar nu cuprinde un cod judiciar propriu-zis), învățăturile profetului Mahomed cât și din interpretări ulterioare ale acestor învățături – informația este preluată de pe site-ul <http://www.islam-abc.ro/sharia.aspx>, consultat la data de 28 august 2013.

²⁶ P. Longo, *Hans Kelsen a Tunisi. Il dibattito sulla costituzionalizzazione della Shari'a*, articol consultat pe site-ul <http://www.geopolitica-rivista.org/17257/hans-kelsen-a-tunis-il-dibattito-sulla-costituzionalizzazione-della-sharia.pdf>, la data de 20 august 2013.

normele derivate în procesul de elaborare a noilor acte normative. Constituționalizarea *sharia* este văzută ca un factor de transformare a statului de drept într-un kalifat, formă de organizare statală în care dreptul penal capătă noi valențe, precum: pedepsirea hoților prin tăierea mâinilor, uciderea cu pietre a adulterinilor.

ASPECTE DE NOUȚATE ȘI REFLECȚII PRIVIND RESPECTAREA DEMNIȚĂȚII PERSOANEI UMANE ÎN MEDIUL PENITENCIAR

IZABELA BRATILOVEANU*

Rezumat

Acest studiu este centrat pe o analiză a hotărârilor pronunțate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului împotriva statului român, care au vizat mai ales nerespectarea exigențelor convenționale în privința protecției demnității și a sănătății deținuților. Între acestea, un loc aparte îl ocupă hotărârea pronunțată recent în cauza Iacov Stanciu împotriva României.

Cuvinte cheie: demnitatea umană; jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului; interzicerea torturii și a pedepselor sau tratamentelor inumane sau degradante; forța obligatorie și executarea hotărârilor.

1. Considerații generale privind dreptul la condiții de detenție conforme cu demnitatea umană

Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale elaborată de Consiliul Europei și semnată la 4 noiembrie 1950 nu cuprinde o dispoziție expresă referitoare la respectarea demnității persoanei umane în domeniul penitenciar, referința la acest concept în privința executării pedepselor privative de libertate reprezentând o creație jurisprudențială a Curții Europene a Drepturilor Omului. Demnitatea persoanei umane, trimițând la ideea că nimeni nu poate fi exclus din comunitatea umană și că omul nu trebuie tratat ca un obiect în mâinile puterii publice, este considerată în prezent un veritabil principiu director în cadrul tratamentului aplicabil persoanelor deținute¹, care se înscrie într-un cadru mai larg, cel al umanizării privării de libertate.

* Drd., Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea din Craiova, Craiova, România.

Correspondență: Bratiloveanu Izabela, Craiova, Str. Horia nr. 8, Bl. E2, sc. 2, ap.2, e-mail: bratiloveanuisabela@yahoo.com

¹ Pentru mai multe detalii, a se vedea M. Larralde, *Placement sous ecrou et dignité de la personne*, Séance inaugurale du séminaire de recherche „Enfermements, Justice et Libertés”, Sorbona, 15 septembrie 2009.

Este de remarcat că în Convenția americană a drepturilor omului, în art. 5 (2) se menționează că „Nimeni nu poate fi supus torturii, nici pedepselor sau tratamentelor crude, inumane sau degradante” și că „orice persoană privată de libertate va fi tratată cu respectul datorat demnității inerente persoanei umane”. Ansamblul de principii pentru protejarea tuturor persoanelor supuse unei forme oarecare de detenție sau încarcerare, adoptat la 9 decembrie 1988, prevede ca prim principiu tratarea oricărei persoane supuse unei forme de încarcerare sau de detenție „cu umanitate și respect față de demnitatea persoanei umane”. În Recomandarea nr. R (87) 3 referitoare la Regulile europene pentru penitenciare adoptată de Comitetul Miniștrilor Consiliului Europei la 12 februarie 1987 se prevede ca principiu de bază că „privarea de libertate se face în condiții morale și materiale care să asigure respectul necesar față de demnitatea umană și care să fie în conformitate cu aceste reguli”². De asemenea, în Recomandarea Comitetului de Miniștri ai statelor membre ale Consiliului Europei referitoare la regulile penitenciare europene REC 2006 (2) adoptată la 11 ianuarie 2006, se menționează încă din Preambul că toate persoanele private de libertate vor fi tratate cu respectarea drepturilor omului. Același document prevede în articolul 18 (1) referitor la spațiile de detenție că acestea trebuie să respecte demnitatea umană și intimitatea și să întrunească standardele minime sanitare și de igienă, ținându-se cont de condițiile climatice. În penitenciar, conform articolului 49, trebuie menținută ordinea „prin respectarea cerințelor de securitate, siguranță și disciplină, și asigurarea unor condiții de viață care să respecte demnitatea umană a deținuților, prin oferirea unui program complet de activități”. În ce privește perchezițiile și controalele, art. 54 (3) dispune: „Personalul trebuie să fie instruit să întreprindă aceste măsuri într-o manieră care să detecteze și să prevină orice tentativă de evadare sau de contrabandă, respectând în același timp demnitatea și obiectele personale ale deținuților”. Nu în ultimul rând, se arată în art. 72 (1) că penitenciarele vor fi gestionate în context etic, care recunoaște obligația „de a trata deținuții cu omenia și respectul cuvenit oricărei ființe umane”³.

² Recomandarea nr. R (87) 3 referitoare la Regulile europene pentru penitenciare adoptată de Comitetul Miniștrilor Consiliului Europei la 12 februarie 1987.

³ Recomandarea Comitetului de Miniștri ai statelor membre referitoare la Regulile Penitenciare Europene, Rec (2006) 2 de la 11 ianuarie 2006, pe <http://www.anp-just.ro/>

În ce privește dreptul intern, legea nr. 275/2006⁴ privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal cuprinde dispoziții referitoare la respectarea demnității umane în mediul carceral. În conformitate cu articolul 3 din acest act normativ, pedepsele se execută în condiții care să asigure respectarea demnității umane. Potrivit articolului 4 este interzisă și se sancționează potrivit legii penale supunerea oricărei persoane la tortură, tratamente inumane sau degradante ori la alte rele tratamente. Respectarea demnității umane și a vieții private este un principiu fundamental al procesului penal consacrat de Noul Cod de Procedură penală, în articolul 11.

În ceea ce privește neconformitatea condițiilor materiale de detenție cu dispozițiile convenționale, Curtea Europeană a dezvoltat o bogată jurisprudență împotriva României. Problema centrală cu care se confruntă statul român constă în asigurarea unor condiții materiale de detenție care să respecte exigențele europene, în contextul în care se înregistrează o tendință de creștere a populației carcerale, de la 28.244 de deținuți în anul 2010 la 31.774 în prezent. Detenția obișnuită nu intră sub incidența articolului 3, deoarece măsurile privative de libertate sunt însoțite de obicei de suferințe și umilire. Însă, Curtea a decis conform unei jurisprudențe uniforme că privarea unei persoane de libertate nu determină pierderea de către deținut a drepturilor garantate prin Convenție⁵. Articolul 3 impune statelor o obligație pozitivă de a asigura că orice prizonier este deținut în condiții care sunt compatibile cu respectarea demnității umane, că modalitățile de executare ale pedepsei nu supun persoana în cauză unei suferințe sau unei încercări de o intensitate ce depășește nivelul inevitabil de suferință inerent detenției și că, ținând seama de cerințele practice ale detenției, sănătatea și confortul prizonierului sunt asigurate în mod corespunzător.

Instanța europeană face un examen in concreto al condițiilor de detenție, luându-se în considerare atât efectele cumulate ale acestora cât și

⁴ Legea nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal publicată în Monitorul Oficial nr. 627 din 20 iulie 2006, modificată și completată prin Legea nr. 83/2010 publicată în Monitorul Oficial nr. 329 din 19 mai 2010.

⁵ A se vedea, cu titlu exemplificativ C.E.D.O., cauza Păvălache contra României, cere nr. 38746/03, hotărâre din 18 octombrie 2011, &87.

afirmațiile specifice ale reclamantului⁶. Aspectul principal al analizei vizează problema supraaglomerării, stabilindu-se mai întâi dacă spațiul vital acordat persoanei private de libertate se situează sub limita inferioară a ceea ce instanța de contencios european a drepturilor omului apreciază ca fiind acceptabil potrivit practicii dezvoltate în materie⁷. Printre factorii luați în considerare amintim gradul de ocupare, dimensiunea celulei și dacă deținutului i se pune la dispoziție un pat.⁸ În general, guvernul român a oferit date doar în ceea ce privește rata de ocupare a paturilor disponibile și nu suprafața care revine unui deținut.

Curtea a decis în sensul violării articolului 3 când spațiul personal acordat unui deținut este mai mic de 3 m.p., acest fapt fiind apreciat ca suficient, prin el însuși, pentru a concluziona că suprapopularea din închisoare a atins acest prag⁹. Apoi, sunt analizate condițiile de igienă¹⁰, precum accesul la lumină naturală, aerisirea, ventilația, lipsa păturilor, lipsa curățeniei, prezența unor paraziți, apa nepotabilă, calitatea proastă a hranei, proasta igienă în bucătărie, lipsa oricărei intimități în viața de zi cu zi a prizonierilor.

Un factor important în soluția pronunțată îl constituie perioada de timp în care o persoană a fost deținută în condițiile denunțate¹¹ și dacă

⁶ În acest sens C.E.D.O., cauza *Dougoz contra Greciei*, cerere nr. 40907/98, pct. 46, 2001-II.

⁷ A se vedea, de exemplu hotărârea de condamnare pronunțată în cauza *Dimakos contra României*, cerere nr. 10675/03, hotărâre din 6 iulie 2010.

⁸ Sub acest aspect, C.P.T. a subliniat cu insistență preocuparea sa pentru lipsa paturilor considerată ca reprezentând o problemă cronică la scară națională. Legea 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, publicată în Monitorul Oficial nr. 627 din 20 iulie 2006 prevede în art. 33 (3) că fiecărei persoane condamnate i se pune la dispoziție un pat.

⁹ A se vedea în acest sens C.E.D.O., cauza *Păvălache contra României*, cerere nr. 38746/03, hotărâre din 18 octombrie 2011, &94; în speță, Curtea a reținut că petentul a dispus doar de 1,82 m.p. până la 2,55 m.p. de spațiu personal la Penitenciarul Jilava și de 2,1 m.p. la Penitenciarul Rahova, C.E.D.O., cauza *Kantyreva contra Rusiei*, cerere nr. 37213/02, hotărâre din 21 iunie 2007, &50-51, C.E.D.O., cauza *Andreï Frolov contra Rusiei*, cerere nr. 205/02, hotărâre din 29 martie 2007, & 47-49.

¹⁰ În legătură cu acest aspect, a se vedea și C.E.D.O., cauza *Măciucă contra României*, cerere nr. 25763/03, hotărâre din 26 mai 2009, C.E.D.O., cauza *Marian Stoicescu contra României*, cerere nr. 12.934/02, hotărâre din 16 iulie 2009, &24, C.E.D.O., cauza *Marcu contra României*, cerere nr. 43079/02, hotărâre din 26 octombrie 2010.

¹¹ C.E.D.O., cauza *Micu contra României*, cerere nr. 29883/06, hotărâre din 8 februarie 2011, publicată în M.Of. nr. 651/2011, &83, C.E.D.O., cauza *Florea contra României*, cerere

deținutul are un pat individual. Instanța europeană mai poate lua în considerare și alți factori cum ar fi, lipsa aproape totală a activităților în afara celulelor și privarea deținuților de hrană în timpul transportului de la penitenciar la instanțele de judecată sau între penitenciare¹². În analiza unei astfel de cereri, Curtea refuză să ia în considerare argumentele referitoare la situația economică dificilă a statului pârât.

Câteva principii fundamentale privind monitorizarea și tratamentul medical al persoanelor private de libertate reieșite din practica evolutivă a Curții, permit judecătorului european să verifice îndeplinirea de către statul român a obligației pozitive impuse de articolul 3 din Convenție.

Grila de analiză utilizată de instanța de contencios european a drepturilor omului pentru a stabili dacă un tratament aplicat unei persoane bolnave private de libertate are gravitatea necesară pentru a fi contrar articolului 3 vizează trei aspecte: condițiile generale de detenție, calitatea îngrijirilor medicale acordate și necesitatea menținerii arestării sau detenției¹³.

Mai întâi, Curtea afirmă tranșant că articolul 3 nu poate fi interpretat ca stabilind o obligație generală de a elibera un deținut din motive de sănătate sau de a-l interna într-un spital civil pentru a-i permite obținerea unui tip anume de tratament medical¹⁴. Totuși, menținerea în detenție trebuie să fie compatibilă cu situația fiecărui deținut, în această privință instanța europeană făcând un examen în concret, iar soluția este aleasă în funcție de circumstanțele fiecărei cauze. Ca atare, sănătatea unei persoane private de libertate, face parte dintre factorii care trebuiesc luați în calcul în ce privește modalitățile de executare a pedepsei și mai ales referitor la menținerea în detenție.

Mai trebuie menționat că, din jurisprudența Curții asupra acestui punct, rezultă importanța acordată eficienței unui dispozitivului procedural instituit de state în materia cererilor de punere în libertate pe motive medicale. Reiese din jurisprudența relevantă a Curții că interdicția generală enunțată în articolul 3 le impune statelor obligația să se asigure că

nr. 37186/03, hotărâre din 14 septembrie 2010, &51, C.E.D.O., cauza Alver contra Estoniei, cerere nr. 64812/01, hotărâre din 8 noiembrie 2005.

¹² A se vedea C.E.D.O., cauza Artimenco contra României, cerere nr. 12535/04, hotărâre din 30 iunie 2009, &36.

¹³ C.E.D.O., cauza Sadak contra Turcia, hotărâre din 8 aprilie 2004.

¹⁴ C.E.D.O., cauza Kudla contra Poloniei, precit., & 92-94.

modalitățile de executare a unei măsuri privative de libertate nu supun persoana în cauză unei tristeți sau unei încercări care depășește nivelul inevitabil de suferință inerent detenției. Deci, adaptarea condițiilor de detenție la starea de sănătate a reclamantului și accesul la îngrijiri medicale adecvate sunt determinante pentru soluționarea cererii¹⁵.

De asemenea, măsurile dispuse de autoritățile penitenciare față de un deținut, cum ar fi plasarea în izolare celulară și imobilizarea părții în cauză, în lipsa unui examen medical care să determine dacă starea psihică a prizonierului este compatibilă cu aceste măsuri și cu viața în detenție, este considerată ca ridicând o problemă distinctă în ceea ce privește obligațiile statelor în baza articolului 3.

În ce privește calitatea îngrijirilor medicale acordate, în viziunea Curții, protecția sănătății nu se limitează la lupta contra simptomelor, ci ține de o strategie terapeutică globală¹⁶ care să conducă la vindecarea pacientului sau la prevenirea agravării bolii. Ca atare, un deținut bolnav trebuie monitorizat, ceea ce presupune efectuarea de examene specializate în urma cărora medicii să poată elabora și adapta schema de tratament pentru a corespunde situației particulare a fiecărui pacient.

Numai faptul că un prizonier a avut acces la un medic și i s-a prescris un anumit tratament, nu duce neapărat la concluzia că i-a fost asigurată asistența medicală în mod adecvat, ci trebuiesc făcute înregistrări detaliate privind starea sa de sănătate, diagnosticul și îngrijirea trebuie să fie promptă și corectă.

De asemenea, pe lângă obligația pozitivă de a păstra sănătatea și bunăstarea unui deținut, în special prin acordarea de îngrijiri medicale necesare, Curtea a mai reținut că articolul 3 impune statelor obligația pozitivă de a pune în aplicare metode eficiente de prevenire și de depistare a bolilor contagioase în închisoare.

Instanța europeană ia întotdeauna în considerare atitudinea reclamantului, în special refuzul de a i se aplica schema de tratament

¹⁵ Fl. Massias, *La protection de la santé et de la dignité du détenu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, C.R.D.F., nr. 3, 2004, p.27. A se vedea, cu titlu de exemplu, cauzele C.E.D.O., cauza Price contra R.U., cerere nr. 33394/96, &30, C.E.D.O., cauza Gennadi Naoumenko contra Ucrainei, cerere nr. 42023/98, hotărâre din 10 februarie 2004, &112.

¹⁶ C.E.D.O., cauza Hummatov contra Azerbaidjan, 29 noiembrie 2007.

completă și adaptată stării sale de sănătate. În fine, autoritățile penitenciare trebuie să asigure condiții adecvate pentru ca tratamentul să fie implementat.

2.Considerații privind hotărârea pronunțată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauza Iacov Stanciu contra României

Hotărârea pronunțată în 24 iulie 2012 în cauza Iacov Stanciu contra României a ridicat aceeași problemă, a condițiilor de detenție foarte proaste din penitenciarele românești. În speță, reclamantul a fost condamnat la o pedeapsă de 12 ani și șase luni închisoare, pe care a ispășit-o în șapte centre de detenție, în perioada ianuarie 2002- mai 2011. Speța este una des întâlnită: reclamantul s-a plâns de încălcarea aspectului material al articolului 3 din Convenție în patru stabilimente penitenciare datorită supraaglomerării, instalațiilor sanitare insalubre, prezenței paraziților, hranei de proastă calitate, lipsei de apă caldă și rece, lipsei de activități desfășurate în aer liber și de faptul că datorită condițiilor insalubre a dezvoltat o serie de boli (edentație parțială, neuralgie occipitală, parodontită cronică, deviație de sept nazal, rinită cronică, ulcer duodenal, hepatită cronică, migrenă cronică și dischinezie biliară) care au devenit cronice deoarece nu a primit un tratament corespunzător. Monitorizarea stării sale de sănătate nu s-a făcut deoarece lipsea un registru care să înregistreze evoluția stării sale medicale și nu a fost concepută nici o strategie terapeutică pentru vindecare sau pentru a preveni înrăutățirea situației sale.

Curtea a reținut că spațiul acordat deținutului în penitenciarele în care a fost încarcerat a fost, cu excepția unor situații ocazionale, mai mic de 3 m.p. și că pentru perioade lungi de timp a trebuia să împartă patul cu un alt deținut. Acest lucru ridică în sine o problemă din perspectiva art. 3 din Convenția europeană. În plus, situația reclamantului a fost agravată de cele 38 de transferuri efectuate până în anul 2011.

Hotărârea este importantă dat fiind faptul că judecătorul european, pornind de la constatarea că este vorba despre o problemă recurentă¹⁷ și că este sesizată cu încă 80 de cereri asemănătoare, a ales să se pronunțe în

¹⁷ Curtea de la Strasbourg a constatat în repetate rânduri încălcarea articolului 3 pentru condiții de detenție sub standardele europene în materie în stabilimente penitenciare precum București-Jilava, București-Rahova, Giurgiu, Ploiești, Gherla, Aiud, Mărgineni, Timișoara, Botoșani, Târgu-Ocna, Mândrești, Poarta-Albă, Târgșor, Baia-Mare, Craiova, Galați.

temeiul articolului 46 din textul convențional (forța obligatorie și executarea hotărârilor). În cazul în care instanța europeană constată o încălcare, statul pârât este obligat să plătească reclamantului sumele acordate cu titlu de reparație echitabilă, dar și să aleagă, sub supravegherea Comitetului de Miniștri, măsuri generale sau individuale pe care să le includă în ordinea sa internă pentru a pune capăt violării constatate de judecătorul european și pentru a anula, pe cât posibil, consecințele acestor condamnări. Acest lucru presupune că un stat are libertatea de a alege mijloacele pentru a-și îndeplini obligațiile ce rezultă din art. 46, dar Curtea poate să indice, spre a evita apariția a numeroase cazuri similare și decizii de condamnare, ce măsuri ar putea să fie luate de către statul în cauză.

Din acest punct de vedere, Curtea a apreciat eforturile făcute de autoritățile naționale, inclusiv prin măsuri legislative¹⁸ pentru îmbunătățirea situației din mediul carceral, însă a atras atenția sunt necesare eforturi consistente, pe termen lung și trebuie pus în aplicare un sistem adecvat și efectiv de căi de atac interne, pentru ca astfel de situații contrare art. 3 să fie rezolvate de către autoritățile naționale. Soluția propusă de instanța de la Strasbourg este aceea de a se porni de la prezumția că aceste condiții substandard de detenție determină prejudicii nepatrimoniale, iar acordarea de despăgubiri pentru repararea lor trebuie să se facă luându-se în considerare cazurile similare în care s-a pronunțat Curtea. Instanțele naționale ar trebuie să ofere motive serioase și convingătoare în cazul în care decid să acorde despăgubiri într-un quantum semnificativ mai mic sau nici o despăgubire.

Concluzie

Demnitatea persoanei umane trebuie respectată și în mediul penitenciar, iar justiția nu trebuie să se oprească la porțile închisorii. Fiind sesizată cu un volum extrem de mare de cereri îndreptate împotriva statului

¹⁸ Conform afirmațiilor Guvernului, au fost luate măsuri pentru a rezolva problema supraaglomerării, și anume: în anul 2010, s-au luat măsuri pentru a îmbunătăți spațiul minim acordat fiecărui deținut; în anul 2002, a fost adoptată o lege privind amnistia; în anul 2003, s-au abolit pedepsele cu închisoarea pentru infracțiuni minore și schimbări privind arestarea preventivă; în 1998 și 2007, s-au luat măsuri legale pentru a spori cantitatea de produse de igienă acordate fiecărui deținut; în anul 1997, a fost instituit un comitet însărcinat cu supravegherea condițiilor de detenție; s-au luat măsuri de ameliorare a calității apei în 2002 și 2004 iar în 1999 s-au luat măsuri pentru ameliorarea sistemului de încălzire în penitenciare.

român sub aspectul conformității condițiilor de detenție cu exigențele art. 3 din textul convențional, Curtea Europeană s-a pronunțat recent în cauza Iacov Stanciu împotriva României, oferind recomandări pentru a reduce numărul cererilor similare. Se propune crearea unui sistem adecvat de căi de atac interne și acordarea de despăgubiri de către instanțele naționale la nivelul celor prevăzute de Curte în cauze asemănătoare, dacă se constată condiții de detenție neconforme standardelor în materie. În sensul celor arătate mai sus, statul român trebuie să ia măsuri mult mai ferme și cu efecte vizibile pentru a îmbunătăți condițiile din penitenciare, în felul acesta evitându-se pronunțarea unei hotărâri pilot împotriva României.

Bibliografie:

M. Larralde, *Placement sous ecrou et dignité de la personne*, Séance inaugurale du séminaire de recherche „Enfermements, Justice et Libertés”, Sorbona, 15 septembrie 2009;

Fl. Massias, *La protection de la santé et de la dignité du détenu par la jurisprudence de la Coue européenne des droits de l’homme*, C.R.D.F., nr. 3, 2004;

Legea nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal publicată în Monitorul Oficial nr. 627 din 20 iulie 2006;

Legea nr. 83/2010 privind modificarea și completarea legii nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, publicată în Monitorul Oficial nr. 329 din 19 mai 2010;

www.anp-just.ro/

www.echr.coe.int/

www.coe.ro/

**ROLUL CURȚII CONSTITUȚIONALE ÎN ASIGURAREA BUNEI
GUVERNANȚE PRIN PRISMA JURISPRUDENȚEI SALE ÎN
MATERIE ELECTORALĂ**

**THE ROLE OF ROMANIAN CONSTITUTIONAL COURT IN
ENSURING GOOD GOVERNANCE THROUGH ITS CASE LAW
REGARDING ELECTORAL MATTERS**

RAMONA DELIA POPESCU*

Rezumat:

Principiul constituțional al respectării constituției, a supremației sale și a legilor este obligatoriu pentru toate subiectele de drept. Controlul de constituționalitate, ca garanție a supremației reprezintă o sancțiune pentru toate autoritățile publice care încalcă acest principiu în edictarea normelor juridice, deciziile pronunțate de Curtea Constituțională fiind obligatorii și producând efecte erga omnes numai pentru viitor. Instanța de justiție constituțională trebuie să constituie un factor de echilibru în societate, garant al supremației constituției și al drepturilor și libertăților cetățenilor, precum și al separației puterilor în stat. În jurisprudența sa în materie electorală, Curtea, făcând trimitere la recomandările Comisiei de la Veneția, are o poziție inconsecventă cu privire la problema constituționalității modificării legislației electorale cu mai puțin de 1 an înainte de alegeri, aducând ca argument principiul securității juridice. Analiza jurisprudenței în materia referendumului a reliefat noi abordări cu privire la efectele referendumului consultativ, precum și interpretări eronate cu privire la majoritate și cvorum.

Cuvinte-cheie: *alegeri, referendum, cvorum, majoritate, previzibilitate, principiul securității raporturilor juridice, garanții ale supremației constituției*

Key words: *elections, referendum, quorum, majority, previsibility, principle of legal security, guarantees of the supremacy of constitution*

* Lector universitar doctor Facultatea de Drept, Universitatea din București.

Lecturer PhD, Faculty of Law, University of Bucharest. ramona23ro@yahoo.com

1. Controlul constituționalității legilor, garanție a supremației Constituției

Adoptarea constituției, ca lege fundamentală într-un stat, reprezintă expresia voinței guvernanților exprimată la un moment dat, însă ea este determinată de un ansamblu de factori economici, politici, sociali, juridici care se manifestă într-o societate dată. Astfel, afirmația lui Hegel "fiecare popor își are constituția care i se potrivește și care i se cuvine" capătă din ce în ce mai multă însemnătate în zilele noastre.

Constituția se bucură de forță juridică supremă, fiind situată în vârful piramidei lui Kelsen. Supremația Constituției, atât în sens material, cât și în sens formal constituie un principiu constituțional, înscris în art. 1 alin. (5) din Constituția României, potrivit căruia în România, respectarea constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie. Acest principiu constituțional trebuie respectat de către toate subiectele de drept, atât în dreptul public, cât și în dreptul privat, având în vedere poziția supraordonată a constituției față de restul izvoarelor de drept în sistemul de drept român și calitatea sa de izvor de drept în toate ramurile de drept.

Ca o consecință a supremației constituției, toate actele normative emise de autoritățile publice trebuie să fie în conformitate cu prevederile constituționale și în limitele stabilite de acestea. Este așa-numitul principiu al concordanței întregului drept cu Constituția, care presupune, totodată, și că modificarea reglementărilor constituționale atrage după sine modificarea corespunzătoare a celorlalte norme juridice inferioare constituției.

Necesitatea de a asigura concordanța între reglementările subsecvente constituției și prevederile constituționale a determinat apariția unor garanții ale supremației sale, cea mai răspândită și eficientă fiind controlul constituționalității legilor. Aceste garanții trebuie să presupună un sistem de sancțiuni aplicabile în cazul în care constituția este încălcată.¹ Controlul de constituționalitate reprezintă o sancțiune pentru autoritățile publice care încalcă principiul supremației Constituției în edictarea normelor juridice, deciziile pronunțate de Curtea Constituțională fiind obligatorii și producând efecte *erga omnes* numai pentru viitor, conform art. 147 din Constituție.

¹ I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1, ed. a doisprezecea, Editura All Beck, București, 2005, pp. 69.

Ideea apariției controlului de constituționalitate s-a manifestat în Statele Unite ale Americii în celebra cauză *Marbury vs. Madison* din anul 1803, sub forma controlului judecătoresc realizat de către instanțele obișnuite, extinzându-se ulterior și în alte state.

În România, sub imperiul noii Constituții din anul 1991 a fost introdus controlul de constituționalitate² a legilor exercitat de un organ jurisdicțional, specializat și independent, Curtea Constituțională, fiind preluate regulile modelului european de constituționalitate.³ Motivele pentru care legiuitorul constituant din 1991 a optat pentru modelul european țin de avantajele și dezavantajele celor două modele, de rațiuni istorice, teoretice, instituționale și politice.⁴ Cele două modele de control al constituționalității (american și european) nu sunt opuse, ci diferite, după Cel de-al Doilea Război Mondial, răspândindu-se modelul austro-kelsenian, devenit ulterior modelul european.

Sediul materiei în materia controlului constituționalității legilor se găsește în dispozițiile art. 142-147 din Constituția României și în Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale.⁵

² Inițial în 1911-1912, odată cu celebra Afacere a tramvaielor din București, Tribunalul Ilfov și Înalta Curte de Casație și Justiție și-au arogat dreptul de a verifica constituționalitatea legilor, ajungând la concluzii similare cu cele ale judecătorilor americani. Ulterior, Constituția din 1923 a consacrat numai dreptul Curții de Casație și Justiție în secții unite de a verifica, pe cale de excepție, legile din punctul de vedere al constituționalității lor, fiind eliminate instanțele inferioare de la acest control. Acest tip de control producea efecte doar la cazul judecat, fiind menținut în România până în anul 1947. În perioada Constituțiilor din 1948, 1952 nu este prevăzut niciun tip de control de constituționalitate pentru ca sub imperiul Constituției din anul 1965 să fie introdus controlul politic al constituționalității legilor, control realizat de Marea Adunare Națională. Acest tip de control va fi menținut până în decembrie 1989.

³ Pentru caracteristicile modelului european de constituționalitate, precum și cele ale modelului american a se vedea I. Muraru, E.S.Tănăsescu, *op. cit.*, pp. 80, I. Deleanu, Instituții și proceduri constituționale, în dreptul român și în dreptul comparat, Editura C.H.Beck, București, 2006, pp. 239-241; T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice*, tratat elementar, vol. I, Lumina Lex, București, 1998, pp. 301-302; B. Selejan-Gușan, *Drept constituțional și instituții politice*, ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2008, pp. 62-67; D.C. Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1, Teoria generală, C.H.Beck, București, 2007, pp. 647-670.

⁴ Pentru analiza acestor avantaje și dezavantaje și rațiuni a se vedea pe larg. I. Deleanu, *op.cit.*, pp. 235-238.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 807/2010.

2. Rolul Curții Constituționale

Curtea Constituțională reprezintă o autoritate politico-jurisdicțională, fiind unica autoritate de jurisdicție constituțională din România. Ea este independentă față de orice altă autoritate publică și se supune numai Constituției și legii sale de organizare și funcționare. Potrivit art. 142 alin. (1) din Constituție, Curtea este garantul supremației Constituției. În exercitarea atribuțiilor care îi revin, este singura în drept să hotărască asupra competenței sale, iar aceasta nu poate fi contestată de nicio autoritate publică, potrivit art. 3 din Legea nr. 47/1992. Curtea nu poate să legifereze în locul autorităților publice care au această competență constituțională (Parlamentul, respectiv Guvernul), ea constituind potrivit celor spuse de Kelsen, un legiuitor negativ; în același sens, Curtea nu se poate pronunța asupra omisiunilor legislative, putând însă, potrivit unei decizii recente, să constate că prin excluderea unei anumite reglementări se pot încălca prevederile constituționale.⁶

Curtea este o autoritate politică, având în vedere modalitatea de desemnare a celor 9 judecători⁷. Prin urmare, toți judecătorii sunt desemnați de către autorități publice reprezentative, alese prin vot de către corpul electoral. Chiar dacă sunt desemnați de către autorități politice, în exercitarea atribuțiilor prevăzute de Constituție, judecătorii sunt independenți și sunt inamovibili pe toată durata mandatului, potrivit art. 145 din Constituție. Astfel, judecătorii nu pot fi revocați din exercitarea mandatului de către autoritățile publice care i-au numit. Exercițiul mandatului de judecător începe după depunerea, în mod individual a jurământului de credință, în fața Președintelui României și a președinților celor două Camere ale Parlamentului.

Curtea este și o autoritate jurisdicțională ținând seama de principiile de organizare și funcționare (independența și inamovibilitatea judecătorilor săi), precum și de competențele sale și modul de exercitare a acestora.

⁶ A se vedea în acest sens Decizia nr. 503/2010 în care Curtea a stabilit că din modul în care este redactată norma juridică rezultă că la alegerile parlamentare parțiale candidații independenți nu pot participa, fiindu-le încălcat dreptul acestora de a fi aleși prevăzut de art. 37 din Constituție.

⁷ Trei sunt desemnați de Președintele României, trei de Camera Deputaților și trei de Senat. A se vedea pentru etapele procedurale de numire a judecătorilor Curții Constituționale Ș. Deaconu, Instituții politice, Editura C.H.Beck, București, 2012.

Având în vedere statutul constituțional și legal al acestei autorități publice fundamentale prevăzute de titlul V din Constituție, considerăm că instanța de justiție constituțională ar trebui să constituie un factor de echilibru în viața constituțională a unui stat. Apariția controlului de constituționalitate a fost cauzată tocmai de existența unor contradicții sociale în raporturile dintre forțele sociale, între grupurile care formează guvernanții (majoritatea) și opoziție. Astfel, funcția controlului de constituționalitate este tocmai de a asigura, de a garanta principiul separației și echilibrului puterilor în stat și de a proteja drepturile și libertățile fundamentale ale omului.

În opinia noastră, Curtea trebuie să contribuie la consolidarea coeziunii societății politice, ”prin însumarea formelor de manifestare a tuturor segmentelor ei sub semnul Binelui Comun, constituit ca reper axiologic cardinal în legea fundamentală⁸”, în acest fel crescând și prestigiul constituției.

Însă, în ultima perioadă, Curtea Constituțională din România prin deciziile sale nu a mai constituit un factor de echilibru în societatea românească, situându-se, în funcție de conjunctură, de o parte și de alta a eșichierului politic, fapt ce a determinat decredibilizarea acestei instituții, și, în consecință, indirect știrbirea prestigiului constituției. Drept urmare, forțele politice aflate la guvernare la un anumit moment istoric, au criticat sau au laudat activitatea Curții în funcție de propriile interese, autoritățile publice încălcând prin activitatea normativă prevederile constituționale. În consecință, din perspectiva acestor forțe valoarea juridică a Constituției a scăzut din ce în ce mai mult, deși aceasta a continuat să reprezinte legea fundamentală a statului, Curtea Constituțională nereușind de-a lungul timpului să își păstreze neutralitatea politică și să prezerve supremația Constituției.

În aceste momente de criză instituțională, trebuie să ne amintim că legea fundamentală, Constituția, reprezintă actul normativ cu forță juridică supremă care se aplică pentru toate subiectele de drept în mod uniform, neexistând o constituție care să fie specifică unei anumite guvernări sau unui anumit partid politic. Constituția în vigoare a unui stat la un anumit moment dat ar trebui să fie respectată și aplicată de către toate autoritățile statului, în mod necondiționat. În astfel de momente, ar trebui să revină Curții Constituționale obligația de a apăra Constituția, valorile și principiile

⁸ I. Deleanu, *op. cit.*, p. 242.

fundamentale care rezultă din aceasta, fără să țină cont de configurația politică existentă, de majoritatea sau opoziția parlamentară. În aceste condiții se justifică cele spuse de Maurice Duverger⁹ cu privire la rolul instanței de jurisdicție constituțională, controlul constituționalității legilor existând în interesul cetățenilor pentru a-i ocroti împotriva abuzurilor legislativului, precum și în interesul puterilor publice, pentru a menține între ele separația funcțiilor stabilită de Constituție.

3. Jurisprudența Curții în materie electorală

În cele ce urmează vom realiza o radiografie și o analiză critică a jurisprudenței Curții Constituționale în materie electorală, analizând cele mai importante decizii ale sale privind legislația electorală pentru alegerile parlamentare precum și referendumul.

3.1. Jurisprudența cu privire la legislația electorală pentru alegerile parlamentare

În contextul marilor schimbări economico-politico-sociale petrecute în România în ultima perioadă merită analizată poziția exprimată prin intermediul deciziilor sale de Curtea Constituțională în materia electorală. Cu atât mai interesantă este poziția adoptată cu cât anul 2012 este an electoral și atât majoritatea, cât și opoziția parlamentară încearcă cu toate forțele să obțină cât mai multe voturi, transformate ulterior în mandate pentru a deține puterea.

Astfel, atât fosta majoritate cât și actuala majoritate parlamentară au încercat modificarea legislației electorale în an electoral obligând Curtea Constituțională să intervină și să fie garantul supremației Constituției, pronunțându-se în cadrul controlului anterior de constituționalitate. De altfel, jurisprudența în materie electorală este bogată, Curtea fiind chemată, de-a lungul timpului, să se pronunțe cu privire la constituționalitatea legilor electorale, atât pe calea controlului anterior, cât și pe cale controlului posterior. Dată fiind tema abordată, ne rezumăm a analiza doar o parte a acestei jurisprudențe, reliefând rolul Curții în asigurarea bunei guvernante în societate, jurisprudență care tratează următoarele probleme: constituționalitatea modificării legislației electorale cu mai puțin de 1 an înainte de

⁹ M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, vol. II, Paris, 1975, p. 323.

alegeri¹⁰; delimitarea colegiilor uninominale¹¹; pronunțarea asupra omisiunilor legislative¹².

3.1.1. Constituționalitatea modificării legislației electorale cu mai puțin de 1 an înainte de alegeri

În ceea ce privește această chestiune au fost pronunțate mai multe decizii ale Curții, invocându-se în considerentele acestora inclusiv reglementări internaționale. Cel mai utilizat document internațional a fost Codul bunelor practici în materie electorală elaborat de Comisia pentru Democrație prin Drept, cunoscută sub numele de Comisia de la Veneția, organism care funcționează în cadrul Consiliului Europei.¹³

Într-o primă decizie¹⁴, Curtea a constatat că dispozițiile Codului bunelor practici în materie electorală nu are un caracter obligatoriu asupra statelor membre ale Uniunii Europene. De altfel, Codul nu impune sancțiuni în eventualitatea în care un stat eșuează în implementarea prevederilor sale. Așadar, statele își pot manifesta opțiunea liberă în materie electorală, având în vedere, desigur, respectarea drepturilor fundamentale ale omului, în general, și a dreptului de a fi ales și de a alege, în special¹⁵. În consecință, la pronunțarea deciziei de constituționalitate nu s-a ținut cont de aceste prevederi internaționale.

Pe de altă parte, în Decizia nr. 51/2012, Curtea Constituțională a statuat, în contextul obiecției de neconstituționalitate vizând legea referitoare la comasarea alegerilor parlamentare și a celor locale, că legea criticată, modificând cu mai puțin de un an înaintea alegerilor procedura de desfășurare a acestora, se abate de la principiile stabilității și securității normelor juridice. O asemenea modificare legislativă intempestivă poate fi de natură să creeze dificultăți suplimentare autorităților însărcinate cu

¹⁰ Decizia nr. 503/2010, Decizia nr. 51/2012, Decizia nr. 682/2012.

¹¹ Decizia nr. 305/2008, Decizia nr. 1248/2008.

¹² Decizia nr. 503/2010.

¹³ Comisia de la Veneția în Liniile Directoare ale Codului de bună conduită în materie electorală, adoptat la 18-19 octombrie 2002, la cea de-a 52-a sesiune.

¹⁴ Decizia nr. 53/2010.

¹⁵ În acest sens prin Hotărârea din 2 martie 1987, pronunțată în Cauza *Mathieu-Mohin and Clerfayt împotriva Belgiei*, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a arătat că "Statele au o marjă largă de apreciere în alegerea sistemului electoral și a condițiilor de aplicare a acestuia. Condițiile nu vor limita drepturile în discuție atât de mult încât să afecteze esența acestora și să le glosească de conținut (...)".

aplicarea sa, sub aspectul adaptării la procedura nou instituită și sub aspectul operațiunilor de ordin tehnic pe care aceasta le presupune.

Curtea a constatat că domeniul electoral este de esență regimului politic democratic, caracterul democratic al statului rezultând atât din prevederile art. 1 din Constituție, cât și din documentele internaționale (Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale). Curtea a reținut că, potrivit art. 2 din Constituție, suveranitatea națională aparține poporului, care o exercită prin organele sale reprezentative, constituite prin alegeri libere, periodice și corecte. Dreptul la alegeri libere impune respectarea unor exigențe, între care și aceea a stabilității normelor juridice în domeniul electoral. Într-un plan mai larg, stabilitatea acestor norme constituie o expresie a principiului securității juridice, instituit, implicit, de art. 1 alin. (5) din Constituție, principiu care exprimă în esență faptul că cetățenii trebuie protejați contra unui pericol care vine chiar din partea dreptului, contra unei insecurități pe care a creat-o dreptul sau pe care acesta riscă s-o creeze, impunând ca legea să fie accesibilă și previzibilă.

Într-o bogată jurisprudență¹⁶, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat importanța asigurării accesibilității și previzibilității legii, inclusiv sub aspectul stabilității acesteia, instituind și o serie de repere pe care legiuitorul trebuie să le aibă în vedere pentru asigurarea acestor exigențe.

Codul bunelor practici în materie electorală - Linii directoare și Raport explicativ accentuează mai ales "stabilitatea unor reguli specifice ale dreptului electoral, în special cele care reglementează sistemul electoral propriu-zis, componența comisiilor electorale și constituirea teritorială a circumscripțiilor". În același document se mai statuează că "ar fi necesar a se evita, nu atât modificarea sistemelor de scrutin - ele pot fi întotdeauna îmbunătățite - ci modificarea lor frecventă sau cu puțin timp (cel puțin un an) înainte de alegeri. Chiar în absența unei intenții de manipulare, modificările vor fi dictate de interesele iminente ale partidului politic". În acest caz, Curtea a ținut cont de recomandările Comisiei de la Veneția și a constatat că modificare legislației electorale cu mai puțin de 1 an înainte de alegeri este neconstituțională, fiind încălcat principiul securității juridice.

¹⁶ Cauze precum Sunday Times contra Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, 1979, Rekvenyi contra Ungariei, 1999, Rotaru împotriva României, 2000, Damman împotriva Elveției, 2005.

Într-o ultimă decizie¹⁷ Curtea a statuat că așa numita Lege a uninominalului încalcă principiul securității juridice, consacrat implicit de art.1 alin.(5) din Constituție, întrucât modifică legislația electorală în anul în care au loc alegeri, cu mai puțin de 6 luni înainte de organizarea acestora, iar această modificare are consecințe negative asupra bunei desfășurări a procesului electoral și a exercitării dreptului la vot. Este invocat Codul Comisiei de la Veneția, act în care se arată faptul că stabilitatea dreptului este un element important al credibilității procesului electoral, iar modificarea frecventă a normelor și caracterul lor complex pot dezorienta alegătorul. Cu privire la forța juridică a dispozițiilor Codului bunelor practici, Curtea a reținut că, ”într-adevăr acest act nu are un caracter obligatoriu, însă recomandările sale constituie coordonate ale unui scrutin democratic, în raport cu care statele - care se caracterizează ca aparținând acestui tip de regim – își pot manifesta opțiunea liberă în materie electorală, cu respectarea drepturilor fundamentale ale omului, în general, și a dreptului de a fi ales și de a alege, în special”.

Curtea a constatat că și legislația electorală actuală a fost modificată cu mai puțin de un an înainte de alegeri. Spre deosebire însă de situațiile în care a avut a examina prevederi ale acestei legislații, situații când nu a fost sesizată cu critici în acest sens, în această ultimă cauză Curtea a fost sesizată și trebuie să se pronunțe cu privire la modificarea intempestivă a legislației electorale din perspectiva consecințelor pe care aceasta le produce – la fel ca în precedentul soluționat prin Decizia nr.51/2012 -, precum și cu privire la nerespectarea dispozițiilor art.147 alin.(4) din Constituție, care consacră caracterul general obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale.

Precizăm, totodată că și în anii electorali 2004¹⁸, 2008¹⁹ modificarea legislației electorale s-a realizat tot cu mai puțin de 1 an înainte de alegeri, chiar cu aproximativ 2 luni înaintea alegerilor, dar, deși Curtea a fost sesizată să realizeze controlul de constituționalitate, sesizarea nu a vizat momentul realizării modificării legislației. Nici Curtea, în cadrul motivării

¹⁷ Decizia nr. 682/2012.

¹⁸ Legea nr. 373/2004 din 29 septembrie 2004, în condițiile în care alegerile parlamentare au fost pe 28 noiembrie 2004. Legea nr. 67/2004 din 29 martie 2004, în condițiile în care alegerile locale au fost pe 6 iunie 2004.

¹⁹ Legea nr. 35/2008 din 13 martie 2008, care a fost modificată prin OUG nr. 66/2008 la 2 luni de la adoptare și prin OUG nr. 97/2008 la 5 luni de la adoptare, în condițiile în care alegerile parlamentare au fost pe 30 noiembrie 2008, iar cele locale pe 1 iunie 2008.

deciziilor sale, nu a invocat, din oficiu, încălcarea Codului bunelor practici, care era adoptat încă din anul 2002, pentru a declara legislația electorală din acei ani neconstituțională pentru încălcarea principiului stabilității normelor juridice. Astfel, în cadrul aceluiași regim constituțional, recomandările Comisiei de la Veneția au fost nesocotite în momente diferite de timp dar Curtea a abordat două atitudini diferite față de aceste reglementări: într-o primă fază nu le-a invocat, din oficiu, ca temei pentru a constata neconstituționalitatea legislației electorale pe motiv că a fost adoptată cu mai puțin de 1 an înainte de alegeri²⁰, pe când în anul 2012, în două decizii aceste recomandări au fost invocate pentru a constata neconstituționalitatea legislației electorale.

Astfel, de-a lungul timpului, instabilitatea legislativă în materie electorală, determinată de modificarea acestei legislații, cu precădere, în anii electorali, s-a relevat a fi nu doar un factor de incertitudine juridică, ci și o cauză a deficiențelor acestei legislații, constatate cu prilejul aplicării sale. De aceea Curtea a constatat și a subliniat în repetate rânduri necesitatea fundamentării actului de legiferare, precum și a realizării unui demers legislativ complex în materie electorală - a unei reexaminări „*de ansamblu*” a Legii nr.35/2008.

Jurisprudența inconsecventă a Curții Constituționale exprimată în materie electorală, cu privire la aceeași chestiune de drept este de natură să ridice semne de întrebare cu privire la rolul acesteia în asigurarea bunei guvernări și garantarea supremației Constituției.

3.1.2. Delimitarea colegiilor uninominale

Curtea Constituțională în două dintre deciziile²¹ sale a constatat că delimitarea colegiilor uninominale nu este decât o operațiune tehnică la a cărei realizare participă o comisie parlamentară, ale cărei opțiuni vor fi

²⁰ Într-o decizie recentă (Decizia nr. 682/2012), Curtea motivează că, anterior, în cadrul controlului de constituționalitate a legislației electorale nu a fost invocată neconstituționalitatea acesteia pentru încălcarea art. 1 alin. (5) din care derivă principiul securității juridice. Apreciem că aceasta nu reprezintă o motivare justificată, întrucât în numeroase cazuri Curtea, din oficiu, a invocat încălcarea unor dispoziții constituționale care nu au fost invocate în cererea de sesizare. A se vedea, spre exemplificare, o decizie recentă, Decizia nr. 736/2012, în care, deși nu a fost invocat în sesizare, în motivarea deciziei Curtea invocă art. 73 alin. (3) lit. d) din Constituție.

²¹ Decizia nr. 305/2008, Decizia nr. 1248/2008 precitate.

reglementate printr-o hotărâre a Guvernului. Ca atare, delimitarea colegiilor electorale nu poate fi confundată cu sistemul electoral, ale cărui elemente sunt stabilite prin lege.

Aceste decizii sunt criticabile, în opinia noastră soluția urmând să fie de neconstituționalitate a dispozițiilor referitoare la modul de delimitare a colegiilor uninominale, întrucât este încălcat principiul egalității votului prin instituirea unor procedee și tehnici de limitare sau deturnare a acestei egalități, tehnici care au avut drept scop crearea de circumscripții electorale inegale ca număr de locuitori. Or, caracterul egal al votului este consacrat de textul constituțional (art. 16, 37 și 62 alin. (1)), stabilirea și delimitarea colegiilor uninominale nefiind doar o simplă operațiune tehnică, ci reprezentând o componentă importantă a procesului electoral cu directă influență asupra drepturilor electorale.

Pronunțarea asupra omisiunilor legislative

În Decizia nr. 503/2010, Curtea a constatat că omisiunea de a reglementa dreptul de a fi ales al candidaților independenți la alegerile parlamentare parțiale în articolul referitor la competitorii electorali care se pot prezenta la aceste alegeri²² determină neconstituționalitatea acestuia deoarece anulează *ab initio*, prin nereglementare dreptul de a fi ales al oricărui cetățean român care, îndeplinind cerințele constituționale și legale în materie, ar dori să participe la alegerile parlamentare parțiale în calitate de candidat independent. Chiar dacă îmbracă forma unei omisiuni legislative, viciul de neconstituționalitate sesizat nu poate fi ignorat, deoarece o atare omisiune este cea care generează, *eo ipso*, încălcarea dreptului constituțional de a fi ales. Or, este rolul Curții Constituționale, în calitate de garant al supremației Constituției să verifice conformitatea întregului drept cu legea fundamentală, inclusiv în cazul omisiunii de reglementare.

Ni se pare exagerată această motivare care depășește chiar atribuțiile Curții, situând-o pe o poziție intermediară între inițiativa legislativă și legiuitorul pozitiv. Potrivit Constituției, Curtea nu are competența de a se

²² Art. 48 alin. (17) din Legea nr. 35/2008 prevede: "La alegerile partiale pot participa numai partidele politice si organizatiile cetatenilor apartinand minoritatilor nationale care la alegerile generale au indeplinit pragul electoral prevazut de prezentul titlu, individual sau intr-o alianta politica ori electorala. Alegerile partiale se desfasoara intr-un singur tur, cel mai bine clasat candidat urmand a fi declarat castigator."

pronunța asupra omisiunilor²³ legislative, ci doar asupra actelor precizate la art. 146 din Constituție, în acest caz soluția posibilă fiind cea a respingerii excepției ca inadmisibilă. Dacă într-adevăr s-ar dori să se pronunțe în situația omisiunilor legislative, ar trebui modificată legea de organizare a Curții (în care să se prevadă, în conformitate cu art. 146 lit. k din Constituție o altă atribuție a curții) sau cel mai bine ar fi ca în textul constituțional să se prevadă și acest tip de control, la o nouă revizuire.²⁴

3.2. Jurisprudența cu privire la legislația referendumului

Legea referendumului²⁵ este una dintre cele mai vechi legi în materie electorală, alegerea reprezentanților prin vot și referendumul constituind, în egală măsură, cele mai importante mijloace de realizare a democrației participative (semi-directe). Fiind cea mai veche lege în materie electorală în vigoare ea nu a mai fost adaptată noilor realități din societatea românească, făcând trimitere la legislația electorală adoptată de România la începutul anilor '90 și fiind, în opinia mea, una dintre cele mai defectuoase legi, necorelările legislative putând da naștere la interpretări diferite și confuze, determinând incertitudine, imprevizibilitate legislativă.²⁶

Legislația referendumului a fost supusă de-a lungul timpului controlului de constituționalitate exercitat de Curtea Constituțională, fiind pronunțate decizii cu privire la următoarele chestiuni: stabilirea problemelor asupra cărora se poate iniția un referendum consultativ de către președintele României este prerogativa exclusivă a acestuia²⁷; stabilirea majorității simple

²³ În același sens al netemeinicii sesizării de neconstituționalitate pe o critică de omisiune legislativă sau pe corelarea legislativă a se vedea A. Varga, Constituționalitatea procesului legislativ, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 243.

²⁴ De exemplu, în sistemul german, obiectul controlului îl poate constitui și omisiunea legislativă, dacă legiuitorul a fost obligat expres prin Constituție să edicteze norma într-un anumit termen stabilit; în sistemul portughez, recursul abstract prin Provedor de Justica poate avea ca obiect și omisiunea de a edicta norme. Curtea Constituțională a României a evocat necesitatea unor reglementări și în alte decizii cum ar fi: Decizia nr. 19/1993, publicată în M. Of. nr. 105 din 11 mai 1993; Decizia nr. 38/1993, publicată în M. Of. nr. 176 din 26 iulie 1993; Decizia nr. 66/2008 publicată în M. Of. nr. 142 din 25 februarie 2008.

²⁵ Legea nr. 3/2000 a referendumului, publicată în M. Of. nr. 84/2000, cu modificările și completările ulterioare.

²⁶ Imprevizibilitatea legislativă a fost criticată de Curtea Constituțională numeroase decizii ale sale: Decizia nr. 189/2006. Decizia nr. 903/2010, Decizia nr. 1/2012, Decizia nr. 26/2012, Decizia nr. 494/2012, Decizia nr. 615/2012, Decizia nr. 736/2012.

²⁷ Decizia nr. 567/2006.

ca majoritate necesară pentru adoptarea hotărârilor Parlamentului referitoare la referendumul prevăzut de art. 90 din constituție²⁸; existența unui raport rezonabil de proporționalitate între interesul general privind organizarea referendumului și respectarea libertății religioase a unui cult religios²⁹; inexistența vreunei interdicții cu privire la stabilirea datei referendumului³⁰; stabilirea majorității necesare pentru ca referendumul național să producă efecte juridice³¹; efectele referendumului consultativ prevăzut de art. 90 din Constituție³².

Dintre aceste chestiuni merită analizată soluționarea de către Curtea Constituțională a problemei majorității necesare în cazul referendumului decizional organizat pentru demiterea Președintelui României în temeiul art. 95³³ din Constituție. Două momente sunt importante în acest caz, decizii determinate de contextul celor două situații în care s-a realizat suspendarea Președintelui României în anul 2007 și în anul 2012. Din analiza deciziilor Curții Constituționale pronunțate cu privire la această chestiune se constată adoptarea de către Curte a unor soluții criticabile sub anumite aspecte.

3.2.1. Majoritatea necesară pentru ca referendumul să producă efecte juridice

Astfel, prin deciziile³⁴ din anul 2007, după ce a stabilit că demiterea prin referendum a Președintelui României nu are semnificația unei competiții electorale, ci reprezintă o sancțiune pentru săvârșirea unor fapte grave prin care Președintele României încalcă prevederile Constituției, Curtea a precizat că demiterea președintelui indiferent de turul de scrutin în care a

²⁸ Decizia nr. 392/2007.

²⁹ Decizia nr. 845/2009.

³⁰ Decizia nr. 1218/2008.

³¹ Decizia nr. 147/2007, Decizia nr. 355/2007, Decizia nr. 420/2007, Decizia nr. 731/2012.

³² Decizia nr. 682/2012.

³³ (1) În cazul săvârșirii unor fapte grave prin care încalcă prevederile Constituției, Președintele României poate fi suspendat din funcție de Camera Deputaților și de Senat, în ședință comună, cu votul majorității deputaților și senatorilor, după consultarea Curții Constituționale. Președintele poate da Parlamentului explicații cu privire la faptele ce i se impută. (2) Propunerea de suspendare din funcție poate fi inițiată de cel puțin o treime din numărul deputaților și senatorilor și se aduce, neîntârziat, la cunoștință Președintelui. (3) Dacă propunerea de suspendare din funcție este aprobată, în cel mult 30 de zile se organizează un referendum pentru demiterea Președintelui.

³⁴ Decizia nr. 147/2007, Decizia nr. 420/2007.

fost ales se poate face cu aceeași majoritate, majoritate stabilită de legiuitorul ordinar³⁵, întrucât statutul juridic al Președintelui României este identic indiferent dacă a fost ales în primul sau în al doilea tur de scrutin.

Potrivit prevederilor constituționale, în cazul săvârșirii unor fapte grave prin care se încalcă prevederile Constituției, Președintele României - oricine ar fi acesta și oricum ar fi devenit șef al statului - poate fi suspendat din funcție de Camera Deputaților și de Senat, în ședință comună, cu votul majorității deputaților și senatorilor. În consecință, Curtea a considerat că stabilirea prin lege³⁶ a unor rezultate diferite ale referendumului pentru demiterea Președintelui României în funcție de numărul scrutinului în care acesta a fost ales este contrară dispozițiilor constituționale ale art. 81 alin.(2).

În aceleași decizii, Curtea a statuat că majoritatea absolută prevăzută de legiuitorul ordinar trebuie să fie aplicată indiferent de scrutinul în care a fost ales, dar a concluzionat la final că nu exclude posibilitatea ca legiuitorul să opteze pentru o majoritate de voturi relativă pentru demiterea Președintelui României în toate cele trei situații. Raționamentul Curții este perfect valabil, legiuitorul constituant neimpunând o majoritate necesară pentru demiterea Președintelui României, aceasta fiind opțiunea legiuitorului obișnuit.

Însă, în Decizia nr. 420/2007 Curtea realizează o eroare majoră confundând două noțiuni esențiale total diferite: cvorumul³⁷ și majoritatea³⁸, statuând că în condițiile noii reglementări³⁹ privitoare la demiterea

³⁵ Potrivit art. 73 alin. 3 lit. d) din Constituție, prin lege organică se reglementează organizarea și desfășurarea referendumului. Legea organică adoptată de Parlament este Legea nr. 3/2000.

³⁶ Art. 10 din legea de modificare a Legii nr. 3/2000 prevedea că: (1) Demiterea Președintelui României este aprobată dacă a întrunit majoritatea voturilor cetățenilor înscrși în listele electorale, în cazul în care Președintele României a fost ales în condițiile prevăzute la art.81 alin.(2) din Constituția României, republicată. (2) În cazul în care Președintele României a fost ales în condițiile prevăzute la art.81 alin.(3) din Constituția României, republicată, demiterea acestuia este aprobată dacă a întrunit majoritatea voturilor valabil exprimate pe întreaga țară de către cetățenii prezenți.

³⁷ Reprezintă numărul minim de persoane care trebuie să participe, astfel încât o anumită măsură să poate fi luată, reprezintă de fapt o condiție de validitate.

³⁸ Reprezintă numărul de persoane care votează într-un anumit sens, astfel încât să se producă efecte juridice.

³⁹ Textul art. 10 avea următorul conținut: Prin derogare de la art.5 alin.(2), demiterea Președintelui României este aprobată dacă a întrunit majoritatea voturilor valabil exprimate, la nivelul țării, ale cetățenilor care au participat la referendum. În opinia noastră, această

Președintelui României, valabilitatea referendumului nu mai este condiționată de participarea majorității persoanelor înscrise pe listele electorale. În mod corect, în finalul deciziei Curtea statuează că referendumul organizat pentru demiterea Președintelui României reprezintă un act unic de manifestare a voinței populare, care nu poate fi repetat în cadrul aceleiași proceduri, indiferent de rezultatul său.

Într-o decizie recentă⁴⁰, Curtea Constituțională a exprimat o opinie contrară, constatând că rezultatul referendumului depinde de îndeplinirea cumulativă a două condiții: una referitoare la numărul minim de cetățeni care trebuie să participe la referendum pentru ca acesta să fie valabil (50%+1 din alegătorii înscrși în listele electorale) și una privitoare la numărul de voturi valabil exprimate, care determină rezultatul referendumului (50%+1 din prezenți). Aceste condiții sunt detaliate în art.5 alin.(2) și, respectiv, art.10 din Legea nr.3/2000. Aceasta este o soluție, cel puțin surprinzătoare a Curții, întrucât legea⁴¹ asupra căreia a fost chemată să se pronunțe nu cuprindea nicio referire la modificarea cvorumului prevăzut de art. 5.

În opinia noastră, această soluție, criticabilă, întrucât a făcut trimitere indirect la un alt act normativ care nu a fost supus controlului său de

exceptare nu produce niciun efect juridic, întrucât cele două texte reglementează două chestiuni diferite: art. 5 reglementează cvorumul, iar art. 10 reglementează majoritatea necesară la referendum. În același sens este și opinia concurentă la Decizia nr. 420/2007: Considerăm că această precizare este inutilă și inefficientă, întrucât, în realitate, noul text de lege nu conține nici o derogare, art.5 alin.(2) și art.10 reglementând chestiuni diferite. Art.5 alin.(2) stabilește condiția de valabilitate a oricărui referendum, respectiv ca la acesta să participe „cel puțin jumătate plus unul din numărul persoanelor înscrise în listele electorale”. Noul text al art.10 nu conține nici o dispoziție cu privire la condițiile de valabilitate, în mod special, ale referendumului organizat pentru demiterea Președintelui României, ci vizează doar rezultatul referendumului precizând că „demiterea Președintelui României este aprobată dacă a întrunit majoritatea voturilor valabil exprimate, la nivelul țării, ale cetățenilor care au participat la referendum.”

⁴⁰ Decizia nr. 731/2012 precitată.

⁴¹ Legea pentru modificarea art. 10 din Legea nr. 3/2000, devenită Legea 131/2012, publicată în M. Of. nr. 489/2012, care în prezent are următoarea formă: „Demiterea Președintelui României este aprobată dacă, în urma desfășurării referendumului, propunerea a întrunit majoritatea voturilor valabil exprimate.” Trebuie menționat că paralel cu această lege, Guvernul a adoptat OUG nr. 41/2012, în care s-a prevăzut printre altele, modificarea art. 10, care avea următoarea formă: „Prin derogare de la art. 5 alin. (2), demiterea Președintelui României este aprobată dacă a întrunit majoritatea voturilor valabil exprimate ale cetățenilor care au participat la referendum.” Ulterior, Legea nr. 153/2012 de aprobare a OUG nr. 41/2012 a abrogat art. 10 în forma prevăzută în OUG nr. 41/2012.

constituționalitate⁴², a reprezentat o atenționare a guvernanților că referendumul organizat pentru suspendarea Președintelui României va fi invalidat dacă nu se întrunește cvorumul necesar prevăzut de art. 5 din Legea nr. 3/2000. Nu înțelegem atitudinea Curții în acest caz, ea încercând a extinde efectele deciziilor sale pronunțate în cadrul controlului de constituționalitate *a priori* asupra unui act normativ în vigoare, dar care nu a fost supus controlului său de constituționalitate și, care în opinia noastră, avea puține șanse să fie supus controlului pe calea excepției de neconstituționalitate⁴³.

Astfel, deși textul asupra căruia a fost chemată să se pronunțe nu aducea în discuție cvorumul necesar pentru validitatea referendumului, Curtea a pronunțat, o decizie în interpretare, în sensul că Legea pentru modificarea art.10 din Legea nr.3/2000 este constituțională, în măsura în care asigură participarea la referendum a cel puțin jumătate plus unul din numărul persoanelor înscrise în listele electorale permanente. Cel mult această decizie poate fi justificată într-un sens mai larg, în sensul asigurării Binelui Comun cu semnificația dată de profesorul Deleanu, așa cum am menționat mai sus.

3.2.2. Efectele referendumului consultativ

Potrivit doctrinei⁴⁴, după criteriul efectelor produse, referendumul poate fi decizional și consultativ. Referendumul consultativ este acela care nu produce efecte juridice obligatorii, el neputând determina cu titlu de obligație juridică, nicio conduită din partea inițiatorului procedurii și a celorlalte subiecte de drept.

Comisia de la Veneția, în documentul intitulat Linii directoare pentru organizarea referendumului⁴⁵, a reținut că efectele referendumului trebuie să fie expres prevăzute în Constituție sau prin lege, fie că referendumul este consultativ, fie că este decizional. Totodată, se precizează în același

⁴² OUG nr. 41/2012 precitată.

⁴³ Avocatul Poporului poate, în temeiul art. 146 lit. d) din Constituție, în mod direct, să invoce excepția de neconstituționalitate, dar, în condițiile schimbării sale cu o persoană apropiată noii guvernări, era puțin probabil ca el să invoce în mod direct excepția de neconstituționalitate în acest caz.

⁴⁴ I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 141, 146.

⁴⁵ [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)008-rom.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)008-rom.pdf), adoptat la cea de-a 68-a sesiune plenară (13 - 14 octombrie 2007).

document, că este preferabil ca un referendum asupra chestiunilor de principiu sau a altor propuneri formulate generic să aibă caracter consultativ.

Analizând aceste recomandări ale Comisiei de la Veneția, precum și prevederile art. 90 din Constituție⁴⁶, constatăm că referendumul organizat la solicitarea Președintelui României cu privire la probleme de interes național, este un referendum consultativ și facultativ.

Paradoxal, într-o decizie⁴⁷ recentă a sa, Curtea Constituțională apreciază că ceea ce distinge un referendum consultativ de unul decizional nu este, în principal, chestiunea privitoare la respectarea sau nu a voinței populare - această voință nu poate fi ignorată de aleșii poporului, întrucât este o expresie a suveranității naționale -, ci caracterul efectului referendumului (direct sau indirect). Spre deosebire de referendumul decizional, referendumul consultativ produce un efect indirect, în sensul că necesită intervenția altor organe, de cele mai multe ori a celor legislative, pentru a pune în operă voința exprimată de corpul electoral.

În continuare, Curtea precizează că, în această materie principiul loialității constituționale, impune ca autoritățile cu competențe decizionale în domeniile vizate de problematica supusă referendumului (în cazul de față Parlamentul⁴⁸) să ia în considerare, să analizeze și să identifice modalități de punere în practică a voinței exprimate de popor. O altă viziune asupra efectelor referendumului consultativ l-ar reduce pe acesta la un exercițiu pur formal, un simplu sondaj de opinie. În consecință, Curtea constată că reglementarea prin care se tinde la o soluție legislativă care nu respectă voința exprimată de popor la referendumul consultativ prevăzut de art. 90 din Constituție este în contradicție cu prevederile constituționale ale art. 1, 2 și 61.

Nu suntem de acord cu soluția pronunțată de Curtea Constituțională în materie, întrucât referendumul consultativ reprezintă o posibilitate pusă la dispoziția unor organe ale statului pentru a afla opinia poporului cu privire la anumite probleme și nu presupune luarea unei decizii cu caracter obligatoriu, ca în cazul unui referendum decizional. Referendumul consultativ se apropie astfel

⁴⁶ Președintele României, după consultarea Parlamentului, poate cere poporului să-și exprime, prin referendum, voința cu privire la probleme de interes național.

⁴⁷ Decizia nr. 682/2012.

⁴⁸ Discuție în ceea ce privește referendumul consultativ din 22 noiembrie 2009 cu privire la trecerea la un Parlament unicameral și la reducerea numărului de parlamentari la maximum 300 de persoane.

de trăsăturile unui plebiscit⁴⁹. Referendumul prevăzut de art. 90 din Constituție poate constitui o modalitate de manifestare a democrației directe în România, însă nu poate determina efecte juridice obligatorii pentru autoritățile publice. El poate determina, cel mult, obligații morale sau politice pentru autoritățile politice, nerespectarea acestor obligații fiind sancționată electoral cu prilejul alegerilor. Pe de altă parte, constituind doar o consultare a poporului, este posibil ca pe parcursul timpului voința populară să se schimbe, poporul formulând doar un punct de vedere valabil la un anumit moment dat și într-un anumit context. Voința poporului este, de altfel, singura voință a unui subiect de drept care nu poate fi limitată. Cu atât mai mult în cazul unei opinii consultative exprimate de popor, acesta nu este obligat să-și mențină același punct de vedere cu privire la problemă dată. Legitimitatea aparentă a unei decizii luate pe baza unui astfel de referendum consultativ poate fi oricând pusă sub semnul întrebării, poporul putând să-și modifice radical opinia inițială. Pentru aceste considerente, considerăm că prin soluția pronunțată în decizia menționată (contrară efectelor unui referendum consultativ), Curtea eșuează încă o dată în îndeplinirea rolului de factor de echilibru între autoritățile statului, instituind o limită voinței populare, ceea ce contravine rolului său de garant al supremației Constituției.

Pe de altă parte, referirea în decizia Curții la jurisprudența străină nu poate fi reținută, întrucât sistemele de drept diferă, iar soluțiile legislative nu conduc în mod necesar la o soluție compatibilă cu sistemul de drept român.

Din cele de mai sus, rezultă că, deși Curtea este îndrituită potrivit Constituției să sancționeze autoritățile publice care încalcă, prin edictarea normelor juridice, principiul supremației acesteia și al drepturilor și libertăților cetățenilor, instanța de justiție constituțională nu reușește să constituie întotdeauna un factor de echilibru în societate. În jurisprudența sa în materie electorală, Curtea, făcând trimitere la recomandările Comisiei de la Veneția, are o poziție inconsecventă cu privire la problema constituționalității modificării legislației electorale cu mai puțin de 1 an înainte de alegeri, aducând ca argument principiul securității juridice. Analiza jurisprudenței în materia referendumului a reliefat noi abordări cu privire la efectele referendumului consultativ, care, în opinia noastră, exced prevederilor constituționale, precum și interpretări eronate cu privire la noțiunile de majoritate și cvorum.

⁴⁹ I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 146.

CONSTITUANTUL ROMÂN ȘI INTEGRAREA POLITICĂ A
INDIVIDULUI ȘI SOCIETĂȚII*

ROMANIAN CONSTITUTIONAL LEGISLATORS AND POLITICAL
INTEGRATION OF INDIVIDUALS AND SOCIETY

Lect. dr. MARIUS BALAN

Abstract:

This paper examines, according to the conceptual framework of Rudolf Smend's integration theory, the role of successive Romanian Constitutional legislators in the political integration process of individuals and society in the state community. The main assumption of this essay is that the integration approach offers a more appropriate and accurate view in understanding and explaining both achievements and failures in Romanian constitutional history.

Key words: constitutionalism, political integration, parliamentary representation, form of government, constitutional history, secularism

De peste un secol „dreptul viu” a fost opus dreptului statal oficial, abstract: „dreptului din cărți”.¹ La un nivel diferit și pe un fundal ideologic radical schimbat, disputa este continuată în dreptul american între

* Textul de față reproduce comunicarea susținută de mine la Conferința „Sistemul juridic între stabilitate și reformă” (Craiova, 26-27 aprilie 2013), reluând în parte argumentele și concluziile formulate deja în două alte lucrări și anume: comunicarea susținută la 7 martie 2013 în cadrul dezbaterii „Revizuirea Constituției: necesitate, oportunitate, obiective posibile” organizată de Institutul de Cercetări Juridice al Academiei Române, și textul contribuției mele la volumul reunind textele prezentate la Sesiunea de comunicări științifice „Raporturile între puterile statului în sistemul constituțional românesc”, organizată la 11 martie 2013, de Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” din București.

¹ Vezi lucrările profesorului cernăuțean **Eugen Ehrlich** – unul din întemeitorii sociologiei dreptului –, mai ales *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker und Humblot, München 1929 (prima ediție: 1913), receptate de timpuriu în Statele Unite (**Roscoe Pound**, în „Harvard Law Review”, vol. 36 (1922), pp. 129-131). Ehrlich continuă o direcție în gândirea juridică inițiată de **Friedrich Karl von Savigny** și continuată de **Otto von Gierke**,

„textualiști” sau „originaliști” și adepții „Constituției vii”.² În opinia primilor,³ textul Constituției trebuie aplicat conform conținutului propriu-zis al termenilor săi, în accepțiunea pe care aceștia o aveau pentru autorii Constituției, la data adoptării acesteia. Evoluția semnificațiilor și a mentalităților nu trebuie să fie ignorată de dreptul constituțional, însă modificarea trebuie să se producă pe cale legislativă, inclusiv prin revizuirea legii fundamentale. Judecătorii nu sunt abilitați să utilizeze textul legii fundamentale pentru a-și valida propriile opțiuni politice sau ideologice, care pot foarte bine să coincidă cu direcția generală a progresului, să fie susținute de o bună parte a societății sau chiar de majoritatea acesteia, dar care, pentru a deveni lege, și mai ales lege constituțională, trebuie să fie confirmate prin procedurile democratice ale procesului legislativ. Pentru adepții „Constituției vii”, semnificația textului trebuie să evolueze concomitent cu dezvoltarea societății, ținând cont de standardele de decență care jalonează progresul unei societăți în continuă creștere. Adepții acestui curent promovează o interpretare mai flexibilă sau chiar elastică a textului constituțional, în special în privința competențelor autorităților federale în raport cu statele⁴, a drepturilor civile și ale garanțiilor acestora (cu tendința de a transforma garanțiile procesuale în drepturi materiale). Soluțiile școlii „Constituției vii”

² Controversa este în mult mai mare măsură politică decât metodologică. Critica față de „activismul” Curții Supreme a SUA ține cont de predilecția ideologică din acel moment a soluțiilor pronunțate. Astfel, **Robert H. Bork** a criticat activismul „liberal” al Curții Supreme prezidate succesiv de Earl Warren și de Warren Burger în anii 60’ și 70’ (*The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, New York, 1990), pe când **Larry D. Kramer** (care nu poate fi considerat originalist) critică cu argumente similare activismul judiciar din anii 90’ și 2000’ al Curții prezidate de John Rehnquist, pledând chiar pentru un „constituționalism popular” (*The People Themselves: Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004). Vezi și recenzia acestei din urmă lucrări: **Scott D. Gerber** în „*Journal of American History*”, vol. 92 (2006), Issue 4, pp. 1532-33.

³ Cei mai cunoscuți „textualiști” sunt Robert Bork, Antonin Scalia și Clarence Thomas (ultimii doi, judecători la Curtea Supremă).

⁴ O interpretare extensivă este dată în acest sens dispozițiilor art. I, Secțiunea a VIII-a (care enumeră limitativ atribuțiile Congresului) referitoare la „comerțul între state” (mergând de exemplu până la impunerea unor anumite reguli de protecție a muncii sau de salarizare, pe motiv că produsele obținute sunt destinate vânzării în afara statului) precum și celor ale paragrafului final al secțiunii, care abilitază Congresul să adopte toate legile „proprii și necesare” pentru îndeplinirea atribuțiilor menționate în paragrafele precedente.

sunt în general mai populare în lumea academică și în mass media decât în lumea politică.⁵

Una din concluziile ce pot fi deduse din experiența americană este că schimbările politice și sociale fundamentale se produc prin „transformarea Constituției”⁶, inclusiv prin schimbarea practicii instanțelor supreme, atunci când textul legii fundamentale nu oferă soluția sau nu indică măcar direcția. Totodată este iluzoriu să ne imaginăm că putem privi legea fundamentală ca un pergament magic pe care, dacă avem forța și majoritatea politică necesare, ne așternem dorințele sociale și economice, obținând realizarea lor deplină, imediat după validarea acestora prin procedurile stabilite de legile constituționale.⁷ Analiza dezirabilității, a fezabilității și oportunității unor anumite schimbări constituționale ține de factori sociali, politici și economici complecși și greu predictibili. Statul de drept trăiește pe seama unor premise a căror menținere nu o poate garanta.⁸ Modificarea legii fundamentale este un instrument politic redutabil, ocazia de-l utiliza revine rar unui singur partid sau unei singure alianțe politice, iar electoratul, care prin obligativitatea referendumului de aprobare a legii de revizuire este parte în acest proces, leagă de această revizuire așteptări și speranțe care se pot dovedi exagerate.

Constituția este legea fundamentală a statului. În societatea modernă, ea apare de regulă sub forma unui instrument scris și sistematizat, care pe lângă funcțiile sale normative clasice (de instituire și legitimare a puterii de stat, de stabilire a separației puterilor și de garantare a drepturilor

⁵ Printre adepții „Constituției vii” se află fostul Președinte al Curții Supreme americane, Earl Warren și actualii judecători ai aceleiași instanțe Stephen Breyer, David Hackett Souter și Ruth Bader Ginsburg.

⁶ Vezi **Bruce Ackerman**, *We the People*, Vol. 1: *Foundations*; Vol. 2: *Transformations*, ambele la Harvard University Press, 1991 și respectiv 1998.

⁷ Pentru o ironizare sarcastică a ideii că viața politică a unui stat poate fi dedusă (exclusiv) pe baza textului constituțional și a schimbărilor sale succesive, vezi **Bruce Ackerman**, *The Living Constitution*, în „Harvard Law Review”, vol. 120, nr. 7 (2007), pp. 1738-1812, mai ales pp. 1738 și urm.

⁸ Vezi **Ernst Wolfgang Böckenförde**, *The Rise of the State as a Process of Secularisation* în **idem**, *State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, translated from the German by J.A. Underwood, Berg Publishers Limited, New York / Oxford, 1991, pp. 26-46, la pp. 45-46. Observația lui Böckenförde vizează în primul rând statul laic modern, dar este valabilă pentru orice sistem liberal al statului de drept.

fundamentale), îndeplinește și o funcție simbolică,⁹ prin aceea că încorporează valorile esențiale ale societății și se impune ca obiect de cult al religiei civile. Funcția simbolică a legii fundamentale este în strânsă legătură cu forța ei integratoare, cu capacitatea ei de a da sens mai înalt comunității politice ca ordine concretă și de a motiva plauzibil sentimentele de loialitate ale cetățenilor.

Deosebit de relevantă, sub aspectul evidențierii punctelor tari și slabe ale unui stat de drept în condiții de criză și din perspectiva solidității comunității politice, este experiența constituțională a Republicii de la Weimar (1919-1933) – epocă pe cât de nefericită sub aspect politic, pe-atât de fecundă pe planul teoriei constituției. Prima abordare sistematică a dimensiunilor constituționale ale fenomenului integrării politice o întâlnim în lucrările lui Rudolf Smend.¹⁰ El dă o semnificație nouă și neașteptată sentinței lui Ernest Renan „L’existence d’une nation est (...) un plébiscite de tous les jours”.¹¹ Statul este o realitate dinamică. Nu este „o entitate în repaos, care emană manifestări vitale, legi, acte diplomatice, decizii, măsuri administrative. Dimpotrivă, el este prezent în aceste expresii vitale doar în măsura în care acestea sunt manifestări ale unui context de ansamblu, de ordin spiritual.”¹² Statul se autoafirmă continuu, prin alegeri, dezbateri politice și campanii electorale, prin ceremonii publice, sărbători naționale, meciuri ale echipelor naționale, competiții sportive și orice manifestări de masă, în care indivizii își descoperă, redescoperă sau confirmă sentimentul de apartenență la o comunitate de destin, găsesc un sens existenței lor sociale în contextul semantic mai larg al unei comunități politice. Statul realizează permanent integrarea politică a societății.

⁹ Dieter Grimm, *Integration by Constitution*, în „I-CON International Journal of Constitutional Law”, Vol. 3, Nr. 2&3 (2005), p. 193-208.

¹⁰ Pentru o perspectivă de ansamblu asupra varietății și relevanței abordărilor doctrinare (ilustrate de autori precum Carl Schmitt, Hugo Preuss, Heinrich Triepel, Hermann Heller, Hans Kelsen, Erich Kaufmann, etc.) în Republica de la Weimar, a se vedea Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, translated by Belinda Cooper, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 2000. Contribuția lui Stefan Koriath referitoare la Rudolf Smend, la p. 207-248.

¹¹ Ernest Renan, *Qu’est qu’une Nation?*, Calman Lévy, Paris, 1882, la p. 27

¹² Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), în idem, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, ediția a 2-a, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, pp. 126 și urm., la p. 136.

Rolul eminent al legii fundamentale în intensificarea procesului de integrare este cât se poate important dar nu întotdeauna evident. La momentul adoptării unei constituții nu se poate anticipa cu precizie impactul real pe care aceasta îl va avea asupra societății; nu putem ști dacă o lege fundamentală este sau nu „reușită”.¹³ Nu interesează aici în mod special regulile jocului politic, reguli care pot favoriza o anumită categorie de partide (mari sau mici, pe cele cu structuri răspândite pe întreg teritoriul național, sau pe cele preponderent regionale, pe cele conduse de personalități populare sau pe cele cu o echipă omogenă și bine sudată) sau anumite orientări ideologice (conservatoare, liberale ori favorabile redistribuirii resurselor și veniturilor). Important este ca aceste reguli să fie privite atât de actorii politici, cât și de cetățeni, cu un anumit respect cvasireligios, indiferent de câștigătorul momentan al jocului desfășurat în baza lor, iar reputația de loialitate față de principiile pe care le încorporează să valorizeze pe termen mediu și lung mai mult decât beneficiul imediat al câștigării unei runde din competiția politică. Un asemenea respect și o asemenea aură de onorabilitate nu pot fi create automat printr-un act voluntarist al unei majorități parlamentare, fie ea și calificată, sau prin referendum. Încrederea în onorabilitatea competiției politice și a participanților, parteneri și adversari deopotrivă, nu apare decât în urma unui exercițiu îndelungat, a încetățenirii un ei tradiții și a aclimatizării practicii de a decide luând în considerare nu numai impactul imediat ci și a precedentului pe care o decizie îl creează asupra unui șir lung de cazuri similare care s-ar putea ivi în viitor. Constituția – și cu atât mai puțin legea de revizuire – nu pot impune o asemenea atitudine și nu pot constrânge la asemenea practici.

Ceea ce poate face o lege de revizuire a Constituție este să lase loc unei eventuale evoluții benefice în direcția precizată anterior. În cele ce urmează, nu voi examina aspectele concrete legate de reconfigurarea echilibrului puterilor în stat, de raporturile dintre puterile statului, de rolul

¹³ Constituția SUA (1787) și Legea Fundamentală a Republicii Federale Germania (1949) nu au fost considerate de la bun început drept reușite certe. Performanța lor integratoare a fost percepută abia ulterior. A se vedea în acest sens D. Grimm, *op. cit.*, loc. cit. În privința problemelor de interpretare a textului constituțional în primii ani ai federației americane și a insuficienței precizii a textului constituțional în contextul primei crize politice serioase (din 1800), a se vedea Bruce Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy*, The Belknap press of Harvard University Press, 2005, *passim*.

Parlamentului, de competențele Președintelui, ale Guvernului sau ale Curții Constituționale, de eventuala redimensionare sau restructurare a Consiliului Superior al Magistraturii sau de statutul procurorilor, aspecte luate fără îndoială în considerare de alte contribuții la acest volum. Soluțiile la aceste probleme sunt în bună măsură soluții politice de partid și depind de constelația de forțe și interese politice care predomină în Parlament la momentul adoptării legii de revizuire. Mă voi concentra asupra unui aspect doar aparent secundar: valoarea simbolică a legii fundamentale și efectul său integrator.

Cristalizarea treptată a unui „cult al constituției”, formarea unei religii civile¹⁴ având în centrul său legea fundamentală depinde în primul rând de conduita actorilor politici și de orizontul de așteptare al concetățenilor. Totuși procesul respectiv poate fi catalizat de o redactare adecvată a textului constituțional, de impunerea și respectarea unui „stil” al Constituției¹⁵ prin care se transmite într-o formă solemnă un mesaj comun acceptat ca relevant asupra principiilor și valorilor politice fundamentale.

1. O problemă deloc secundară sau pur estetică o constituie afirmarea într-un preambul a atașamentului și fidelității față de anumite tradiții și valori, precum și față de destinul european al României. Preambulul nu trebuie să constituie o profesiune de credință doctrinară, ideologică sau religioasă și nici să rămână un enunț formal, o invocare superficială a unor teze sau principii agreate la momentul redactării sale. Dimpotrivă, rolul său este de a stabili un contur clar al liniilor de forță prin care se desfășoară procesul de integrare politică a indivizilor în societate și în stat și de a oferi instanțelor repere la fel de clare în interpretarea textului constituției, mai ales în cazul recurgerii la interpretarea teleologică. Nu întâmplător, în doctrină s-a argumentat ideea unei valori supra-constituționale a textului

¹⁴ Referința clasică la religia civilă o găsim la Rousseau în *Contractul social*, IV, 8. A se vedea ediția română tradusă de H.H. Stahl, Editura Științifică, București, 1957, la p. 283-284. Pentru actualizarea problematicei, a se vedea Robert N. Bellah, *Civil Religion in America*, în „Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Sciences”, Vol. 96, No. 1 (Winter 1967), p. 1-21.

¹⁵ A se vedea Josef Isensee, *Vom Stil der Verfassung – Eine typologische Untersuchung zu Sprache, Thematik und Sinn des Verfassungsgesetzes*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1999.

preambulului.¹⁶ Un efect colateral al adoptării unui preambul va fi și „asanarea” textului deosebit de prolix din art. 1, alin. (3) al Legii noastre fundamentale.¹⁷

Este recomandabil, cred, ca textul preambulului să conțină sugestia unei „nostrificări” a unui act adoptat de reprezentanții poporului: formularea „Noi poporul român” ar face trimitere vizibil la celebrul „We the people” din preambulul Constituției americane, soluție preluată și de alte constituții, precum cea din 1997 a Republicii Polonia.¹⁸ Formula evocă în mod lapidar atât sursa originară și incontestabilă a puterii constituante, cât și calitatea de simpli reprezentanți, cu mandat limitat atât în timp cât și ca întindere, a deținătorilor momentani ai puterii.

O altă problemă deosebit de dificilă și controversată o reprezintă prezența în preambul a unei *Invocatio Dei*.¹⁹ La prima vedere, o soluție pozitivă ar părea să intre în contradicție cu caracterul secular al unui stat modern, unde instituțiile statale sunt strict separate de cele religioase iar legitimarea politică este statuată în alt limbaj și cu alte argumente decât discursul religios. Chiar și din perspectiva Bisericii și a cultelor religioase, ideea instrumentalizării temelor, formulelor și simbolurilor unei anumite confesiuni, sau eventual comune majorității cultelor, poate stârni îngrijorare. De multe ori în trecut, inclusiv în cel recent, lideri ambițioși ori demagogi au folosit mesaje sau simboluri religioase, recursul la Dumnezeu și la religie ori chiar disponibilitatea față de activism sau colaboraționism a unor ierarhi spirituali pentru a promova o agendă foarte laică, iar în cazul comunismului,

¹⁶ A se vedea Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, ediția a 4-a (prima ediție: 1928), Duncker & Humblot, 1965, p. 24 și urm.

¹⁷ Formularea textului citat este următoarea: „România este stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate.”

¹⁸ A se vedea textul la < http://www.servat.unibe.ch/icl/pl00000_.html >.

¹⁹ O precizare de ordin personal: la dezbateră „Revizuirea Constituției: necesitate, oportunitate, obiective posibile” care a avut loc la Academia Română pe data de 7 martie 2013, am susținut formula unui preambul asemănător, în care nu inclusesem încă *Invocatio Dei*. Diferența dintre cele două versiuni nu se datorează unei schimbări convingerilor sau opiniilor, ci doar împrejurării că argumentația pe care o am în prezent și am expus-o în textul de față nu era încă suficient elaborată. Am preferat să nu abordez o problemă controversată înainte de a avea toate argumentele bine structurate.

una de-a dreptul anticreștină. Temerea față de o utilizare ipocrită a temelor religioase va persista mereu, pe bună dreptate. Ea nu trebuie să ne impună soluția, agreabilă doar laiciștilor obstinați, de a expulza religia din sfera publică, relegând-o într-un spațiu strict delimitat al vieții private. Religia, în toate formele ei valide de manifestare, își are locul ei eminent în viața publică și discursul public trebuie să se adapteze acestei realități. Ar fi absurd să fie altfel. Deferența față de diversitate, care are drept corolar garantarea drepturilor minorităților include – la loc de cinste – respectul față de practicarea în public a cultului religios de către cetățenii aparținând minorităților naționale, etnice, religioase sau lingvistice. Protecția minorităților a apărut în primul rând tocmai ca protecție a dreptului unor persoane, de altă confesiune, de a-și profesa credința în public. Este cât se poate de absurd să afirmi că manifestarea publică a unei credințe este benefică minorității (din moment ce a fost și este protejată cu atâta consecvență), dar pernicioasă pentru majoritate, astfel încât orice manifestare ori simbol religios (majoritar sau minoritar) ar trebui ascuns cu grijă de ochii publicului. Firește, invocarea divinității poate include și elemente specifice ale unei anumite apartenențe confesionale, care pot irita pe membrii altor confesiuni. Găsirea unei formule neutre confesional, dar care să nu implice abandonarea vreunei dogme fundamentale este o problemă de adaptare la realitatea ordinii concrete. În orice caz, găsirea și utilizarea unei asemenea formule este o problemă de adaptare tactică la o situație complexă și nu atinge adevărurile fundamentale ale fiecărei religii în parte. Prin urmare, invocarea generală a lui Dumnezeu nu are cum să ofenseze vreun cult religios anume, și nici pe sceptici, agnostici sau atei, pentru care această invocare este poate inutilă dar nicidecum pernicioasă. O fericită formulă de compromis a fost găsită de constituentul polonez din 2 aprilie 1997, pe care am preluat-o parțial în varianta de preambul propusă mai jos. Textul polonez evocă atât credința religioasă în anumite valori (binele, adevărul, justiția, frumosul), cât și respectul față de acestea manifestat de cei care nu împărtășesc această credință. Soluția aceasta face ca evidențierea diversității²⁰ să pună totodată în lumină elementul de

²⁰ Este greu de înțeles logica celor care justifică ideea de a ostraciza temele și simbolurile religioase din spațiul public, în special din cel politic, prin respectul față de diversitate și de alteritate. Faptul că există o contradicție flagrantă între a clama respectul față de alteritate și a te arăta ofensat de prezența unor simboluri religioase pare să nu fie sesizat de adversarii prezenței acestor simboluri în spațiul public.

legătură, respectul față de valori universale, reunind în aceeași comunitate politică persoane de confesiuni și convingeri diferite. Logica excluziunii, familiară mai degrabă discursului laicist, n-a permis și nu permite o performanță integratoare comparabilă.

Pe baza celor susținute mai sus, consider că se poate lua în considerare următoarea formulă de preambul:

„Noi Poporul român, atât cei care credem în Dumnezeu, ca sursă a binelui, dreptății și adevărului, cât și cei care, neîmpărtășind această credință, respectăm aceleași valori universale, prin reprezentanții noștri reuniți în Adunare Constituantă, conștienți de răspunderea ce ne revine în fața lui Dumnezeu și a oamenilor, de destinul european al României, de valorile statului de drept, ale democrației și solidarității sociale și inter-generaționale, în spiritul respectului față de justiție și de domnia legii și față de tradițiile nobile ale demnității naționale, reafirmate în Revoluția din 1989, ne exercităm puterea noastră constituantă, dând următoarea Constituție.”

2. Eficiența și continuitatea procesului de integrare depind de nivelul de fair play al jocului politic și de credibilitatea clasei politice. Viabilitatea unei democrații reprezentativă depinde de încrederea generală în disponibilitatea și abilitatea reprezentanților de a da expresie intereselor generale ale societății. Deși în paradigma de gândire liberală, ilustrată de celebra „Fabulă a albinelor” a lui Bernard de Mandeville,²¹ binele comun apare ca rezultat a tendinței fiecăruia de a-și urmări propriul interes egoist și ca sumă a viciilor particulare, promovarea ostentativă a interesului politic de grup sau partinic prejudiciază pe termen lung credibilitatea democrației însăși. Interesul vizibil și imediat al reprezentantului națiunii în adunarea legislativă este de a promova acele proiecte de legi care-i asigură în primul rând maximizarea șanselor de a fi reales la viitoarele alegeri parlamentare. Efectele economice și financiare ale unor legi populare adoptate în anii electorali contează mai puțin, dată fiind iminența alegerilor. Un exemplu celebru îl constituie Legea nr. 221/2008 privind aprobarea Ordonanței

²¹ A se vedea B. de Mandeville, *The Fable of the Bees or Private Vices, Public Benefits*, London, Oxford University Press, 1924. În privința climatului politic și spiritual al epocii, a se vedea Paul Hazard, *Criza conștiinței europene – 1680-1715*, Editura Univers, 1980 (ediția originală: 1935), *passim*, în special p. 389 și urm.

Guvernului nr. 15/2008 privind creșterile salariale din anul 2008 ale personalului din învățământ.²² Însăși ordonanța aprobată,²³ adoptată și ea într-un an electoral, stabilise deja sporuri salariale considerabile în beneficiul personalului din învățământ. Impactul asupra unei largi categorii de votanți – profesorii, învățătorii, educatorii și personalul didactic auxiliar – nu era deloc neglijabil. Un calcul electoral elementar arăta că nici nu putea fi vorba ca ordonanța să fie respinsă: ar fi însemnat o sinucidere politică pentru susținătorii acestei idei. O simplă aprobare nu ar fi fost nici ea de folos. Ea implica confirmarea unei măsuri luate de Guvern, ușurându-i misiunea de a se prezenta în campania electorală ca favorabil învățământului și numerosului personal bugetar angajat în domeniul respectiv, fără beneficii vizibile pentru partidele ai căror parlamentari au votat aprobarea ordonanței. Soluția practică putea fi doar aprobarea cu modificări în sensul unor majorări și mai substanțiale decât cele stabilite prin ordonanță. Esențial era însă ca majorările să fie atât de mari, încât creșterea deja acordată prin ordonanță să apară prin comparație ca ne semnificativă. Creșterea stabilită prin lege s-a ridicat chiar și până la 50%, și aceasta pentru circa 300.000 de salariați ai statului. Efortul bugetar era enorm, însă destul de suportabil în intervalul scurt de până la alegeri.²⁴ Ce se va întâmpla după alegeri și cum va reuși noul Guvern să găsească resursele pentru a face față acestor creșteri salariale nu a constituit obiect de interes pentru votanți. Este semnificativ că nu a existat nici un vot contra. Această decizie legislativă frivolă și populistă, în condițiile crizei economice care se profila la orizont, cade în responsabilitatea clasei politice ca întreg. Ea nu este imputabilă guvernanților,²⁵ majorității parlamentare a momentului, unui partid anume sau unui grup de

²² Publicată în Monitorul oficial al României, partea I, nr. 730 din 28 octombrie 2008.

²³ Publicată în Monitorul oficial al României, partea I, nr. 82 din 1 februarie 2008.

²⁴ Alegerile au avut loc la 30 noiembrie 2008, adică la două luni față de momentul votării și la puțin peste o lună raportat la momentul publicării în Monitorul oficial (28 octombrie). Legea a fost adoptată de Camera deputaților în calitate de cameră decizională la 30 septembrie; toți cei 254 de deputați prezenți au votat în favoarea legii de modificare a ordonanței. Vezi dezbaterile – foarte expeditiv – în Monitorul oficial al României, partea a II-a, nr. 90 din 10 octombrie 2008, precum și on-line la

<<http://www.cdep.ro/pls/steno/steno.stenograma?ids=6533&idm=51,02&idl=1>>..

²⁵ Este de remarcat că primul ministru, a criticat ferm adoptarea legii respective, a evocând în tonuri sumbre scena cunoscută a nu mai puțin celebrului film „Titanic”, în care orchestra cânta în timp ce vasul se scufunda. Totuși, inițiativa unor măsuri financiar nesustenabile în prag de criză a venit din partea Guvernului.

partide. În ședința din 30 septembrie 2008, deputații s-au comportat previzibil și rațional, sub aspectul apărării interesului electoral personal și imediat, în dauna binelui general. Un vot contra ar fi însemnat sinucidere electorală, fără ca prin aceasta să salveze situația să măcar să atenueze prejudiciul adus interesului public. A te opune în prag de alegeri unor măsuri populiste înseamnă a face un serviciu inestimabil adversarului care nu are asemenea scrupule și a-ți micșora considerabil șansele unei viitoare realegeri. Prestigiul moral obținut cu prețul unui asemenea sacrificiu va fi insuficient pentru a produce eventuale beneficii la alegerile ulterioare, date fiind memoria scurtă a electoratului și canalizarea discursului public spre dezbateri mediatice și talk-show-uri. O asemenea manifestare de „egoism politic” nu este nici pe departe specifică României. În cele mai multe democrații reprezentative clasa politică trăiește sub presiunea calendarului electoral, fiind constrânsă să ofere rezultate palpabile pe termen scurt, chiar și cu prețul unor costuri economice și financiare enorme pe termen lung. Duritatea cu care criza economică a lovit țări precum Grecia, Spania, Irlanda, Portugalia, Italia sau chiar Franța este explicabilă și prin tentația de a supralicita demagogic ofertele politice nerealiste ale adversarilor și de a ascunde realitățile neconvenabile, întreținând iluzia unui stat al bunăstării generale și perpetue, a unei nelimitate redistribuiri, fără grija performanței economice.

Este de aceea preferabil ca deputații și senatorii să nu fie puși în situația de a opta între beneficiul electoral imediat și interesul general al țării. Fără îndoială că parlamentarii nu vor fi atât de dispuși să voteze măsuri populiste în prag de alegeri, dacă ar ști că de ele vor beneficia alții, colegi de partid sau adversari, dar nu ei înșiși. O pauză între două mandate de parlamentar ar facilita acest lucru. Politicienii pot fi egoiști dar nu absurzi. Nu vor aproba cheltuieli astronomice în scopuri populiste dacă alții vor fi cei ce vor culege roadele. Consider prin urmare că ar fi benefică inserarea unui nou alineat la dispozițiile articolului 61 din Constituție:

„(3) Mandatele de senator și deputat nu pot fi succesive.”

3. O altă chestiune, doar aparent rezolvată, este cea a formei de guvernământ. Conform art. 1, alin. (2) din legea noastră fundamentală, forma de guvernământ a statului român este republica. Constituția a fost aprobată

prin referendum la 8 decembrie 1991.²⁶ La data respectivă s-a susținut că aprobarea prin referendum a Constituției de către popor semnifică implicit și aprobarea formei republicane de guvernământ. Nu există nici un dubiu că atunci, ca și în prezent de altfel, marea majoritate a cetățenilor ar fi votat în favoarea republicii, oricare ar fi fost sentimentele față de persoana regelui Mihai I și față de rolul istoric major al dinastiei de Hohenzollern în istoria României moderne. Problema este alta: actul de naștere al Republicii în România este unul dubios, dacă nu de-a dreptul infamant. Nu există un caz mai evident în istoria țării noastre în care un șef de stat care să se fi bucurat de o popularitate atât de mare să fi fost înlăturat de un grup politic atât de detestat, aflat în mod atât de ostentativ în slujba unei puteri străine și ostile. Actul de la 30 decembrie 1947 (abdicarea Regelui Mihai I) a constituit o surpriză chiar și pentru mulți din partizanii regimului. În literatura juridică au fost puse în discuție atât validitatea actului de abdicare, cât și cea a legii subsecvente prin care se proclama Republica, ba chiar și legitimitatea formei republicane de guvernământ instaurate astfel²⁷. În privința împrejurării că abdicarea Regelui a fost obținută forțat nu există controverse; totuși aproape toate abdicările din cursul istoriei au fost obținute prin constrângere, puțini fiind cei care renunță de bunăvoie la putere. Relevantă din punct de vedere juridic este problema constituționalității actelor imediat ulterioare abdicării. Parlamentul unicameral rezultat în urma fraudării alegerilor din noiembrie 1946 și dominat de comuniști a fost convocat în după-amiaza aceleiași zile. Prin Legea nr. 363/ 1947 se ia act de abdicarea Regelui, se abolește monarhia și se proclamă ca formă de stat (mai corect: de guvernământ), Republica. Totodată, legea abroga Constituția din 1923, încă în vigoare la acea dată.

Este evident de la bun început că dispozițiile Legii nr. 363/1947 erau neconstituționale. Conform constituției în vigoare, abdicarea Regelui ducea la declararea vacanței tronului²⁸, urmând a se aplica dispozițiile

²⁶ La vot au participat 10.948.468 de cetățeni, din care 8.464.624 (77,3%) au votat pentru aprobarea Constituției iar 2.235.005 (20,4%) au votat împotriva. Voturile nule au reprezentat 2,3 %. Datele sunt preluate după G. Vrabie, *Drept constituțional și instituții politice*, Vol. I, Editura Cugetarea, Iași, 1999, p. 371.

²⁷ **Eleodor Focșeneanu**, *Istoria constituțională a României 1959-1991*, ediția a 2-a, revizuită, Editura Humanitas, București, 1998 (prima ediție: 1992), pp. 101-114; **G. Vrabie**, *Dr. const.* I, pp. 144-146.

²⁸ Prevăzută de art. 79 din Constituția din 1923.

constituționale referitoare la succesiune. O lege ordinară nu putea rezolva această problemă și – cu atât mai puțin – nu putea aboli monarhia ori proclama republica. În plus, condițiile în care a fost ținută ședința din 30 decembrie 1947 a Adunării Naționale (aflată în vacanță parlamentară și convocată în sesiune extraordinară imediat după abdicarea Regelui) sunt mai mult decât dubioase. Este greu de crezut că în condițiile precare ale anilor postbelici, în câteva ore au putut fi găsiți, anunțați și aduși în București deputații împrăștiați în toată țara. În afară de cvorum – care în mod aproape sigur nu a fost întrunit – nici celelalte reguli procedurale privind adoptarea legilor nu au fost respectate. Proiectul de lege nu figura pe ordinea de zi, nu fusese dezbătut în comisii, nu a fost prezentată expunerea de motive și nici nu a fost discutat pe articole. Procesele verbale atestă însă faptul că s-a ovaționat de douăzeci de ori²⁹, împrejurare cât se poate de sugestivă și emblematică pentru atmosfera în care se vor ține de acum înainte ședințele adunării reprezentative.

Neconstituționalitatea evidentă a Legii nr. 363 / 1947 are implicații directe asupra legitimității actului de instaurarea a Republicii. Credem că este absolut clar că acțiunii lui Petru Groza și Gheorghe Gheorghiu-Dej, precum și actelor subsecvente le lipsește orice element de legitimitate politică și constituțională. Îndepărtarea Regelui Mihai I a fost percepută de contemporani în mod aproape unanim ca o grea lovitură; în acel moment șeful statului se bucura de o popularitate depășind pe departe pe cea a oricărui alt om politic, iar opinia publică vedea în el singura speranță, atât în privința unei temperări a exceselor guvernanților de atunci, cât și în privința unei eventuale întoarceri la un regim politic democratic. Plecarea Regelui României lăsa țara la discreția comuniștilor și însemna înlăturarea ultimului obstacol în calea exercitării neîngrădite a puterii de către aceștia.

Forma republicană de guvernământ este legitimată prin voința poporului; pentru adepții ei, ea este superioară monarhiei tocmai prin aplicarea consecventă a principiilor democratice, inclusiv, și mai ales, în privința desemnării șefului statului. Or, în cazul actului de la 30 decembrie 1947, chiar voința poporului a fost în modul cel mai grav încălcată. **Republica română este prin urmare grevată de acest certificat de naștere infamant, atestând violarea tocmai a principiilor care în orice**

²⁹ Eleodor Focșeneanu, *Istoria constituțională a României 1959-1991*, ediția a 2-a, revizuită, Editura Humanitas, București, 1998 (prima ediție: 1992), p. 101-114;

republică sunt privite ca primordiale. Din perspectiva principiilor democrației, actul de la 30 decembrie este lipsit de orice legitimitate, reprezentând o denaturare grotescă a spiritului republican. Consider că este absolut necesar, ca la referendumul pentru revizuirea Constituției, poporul să fie chemat să se pronunțe totodată, în mod distinct, asupra formei de guvernământ. Consultarea poporului prin referendum nu va oferi surprize probabil sub aspectul opțiunii pentru monarhie – care trebuie totuși respectată – dar este neapărat necesară pentru a marca solemn momentul în care poporul român, exercitându-și explicit puterea sa constituantă, a decis în mod suveran că forma sa de guvernământ este republica.

Luarea în discuție de către constituantul revizuent a celor trei probleme de mai sus nu oferă firește garanția reușitei noii versiuni a legii fundamentale pe planul procesului de integrare politică în stat a indivizilor și a societății. Abordarea lor oferă totuși șansa ca electoratul să aibă percepția că participarea la competiția politică, chiar și în calitate de simplu votant, implică adeziunea la o comunitate politică ale cărei valori și principii îi sunt familiare și apropiate, la o comunitate de destin.

**PERSPECTIVE ALE REGLEMENTĂRII TEHNICILOR SPECIALE
DE INVESTIGARE UTILIZATE ÎN MATERIA SECURITĂȚII
NAȚIONALE**

**PERSPECTIVES DE LA REGLEMENTATION DES TECHNIQUES
SPECIALES D'INVESTIGATION UTILISEES EN MATIERE DE
SECURITE NATIONALE**

DAN CONSTANTIN MĂȚĂ*

Résumé:

La protection de la sécurité nationale de la Roumanie se réalise par un complexe d'activités qui incluent le recueil, la vérification et la valorisation des informations nécessaires à la prévention et neutralisation de toute action, informations qui puissent devenir des menaces à l'adresse de la sécurité nationale. La législation roumaine visant les techniques spéciales d'investigation utilisées en matière de sécurité nationale est déficitaire depuis deux décennies. Le texte avec relevance immédiate dans ce problème, respectivement l'article 13 de la Loi no. 51/1991 visant la sécurité nationale de la Roumanie, fait l'objet de certaines controverses difficilement à accepter vu l'importance des relations sociales auxquelles il se rapporte.

Un signal encourageant est donné aussi par le fait qu'une fois entré en vigueur le nouveau Code de procédure pénale, on modifie substantiellement aussi les actes normatifs qui réglementent les techniques spéciales d'investigation utilisées en matière de sécurité nationale. Par la Loi no. 255 du 19 juillet 2013 on a modifié et complété la Loi no. 51/1991 par l'institution d'un cadre normatif unitaire et la réglementation d'une procédure rigoureuse qui correspond aux exigences européennes en matière. On réglemente dans un registre supérieur les conditions visant la demande d'autorisation des activités spécifiques, la durée de validité de l'autorisation et les garanties offertes à la personne qui considère que ses droits et libertés fondamentales sont lésés. Même si ni la future réglementation n'est exempte de critiques raisonnables, il est certain que la majorité des déficiences qui grèvent à présent la législation visant la sécurité nationale de la Roumanie ne seront plus d'actualité.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

1. Considerații preliminare

Ocrotirea securității naționale a României se realizează printr-un complex de activități costând în culegerea, verificarea și valorificarea informațiilor necesare prevenirii și contracarării oricăror acțiuni care se pot constitui în amenințări la adresa securității naționale. Din acest motiv, organele de stat cu atribuții în materia securității naționale trebuie să dispună, în mod legal, de posibilitatea efectuării unor procedee investigative în scopul realizării misiunii lor în societate. Pe de altă parte, necesitatea asigurării unui echilibru între nevoia de ocrotire permanentă a securității naționale, ca valoare colectivă majoră, și imperativul respectării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului solicită identificarea în plan legislativ a unor soluții optime.

Legislația românească referitoare la tehnicile speciale de investigare în materia securității naționale este de peste două decenii una deficitară. Dacă în planul Codului de procedură penală reglementarea procedeele probatorii ce pot fi considerate tehnici speciale de investigare corespunde standardelor europene, ca urmare a unui efort continuu de modernizare și eficientizare a procesului penal, nu același lucru se poate spune și despre reglementarea tehnicilor speciale de investigare din acest domeniu special.

Textul cu relevanță imediată în această problemă, respectiv art. 13 din *Legea nr. 51/1991 privind siguranța națională a României*¹, face obiectul unor controverse greu de acceptat pentru importanța relațiilor sociale la care se referă. Deși a fost declarat constituțional printr-o decizie din toamna anului 2006 a Curții Constituționale, el este considerat în mod legitim de către numeroși practicieni și specialiști în domeniu ca fiind modificat sau abrogat prin alte două acte normative. A apărut astfel situația bizară ca procedeele investigative speciale din materia securității naționale să nu-și mai găsească reglementarea în legea cadru, ci în mod subsecvent într-o lege cu un obiect de reglementare apropiat, *Legea nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului*².

Există speranța că influența pozitivă a unor directive și recomandări europene (precum *Recomandarea (2005) 10 a Comitetului de Miniștri al*

¹ Publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 163 din 7 august 1991.

² Publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 1161 din 8 decembrie 2004.

Consiliului Europei referitoare la „tehnicele speciale de investigare” privind infracțiunile grave inclusiv actele de terorism) și adoptarea unui nou pachet legislativ cu privire la securitatea națională a României va aduce rezolvare acestor probleme. Intrarea în vigoare a Noului Cod de procedură penală va avea un impact major prin forța principiilor care se degajă din reglementarea probelor, mijloacelor de probă și a procedurilor probatorii, inclusiv a metodelor speciale de supraveghere sau cercetare.

Un semnal încurajator este dat și de faptul că odată cu intrarea în vigoare a *Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală*³ se modifică în mod substanțial și actele normative care reglementează tehnicile speciale de investigare utilizate în materia securității naționale. Deși ar fi fost mai eficientă adoptarea unui nou pachet legislativ privind securitatea națională, care să înlăture pericolul ambiguității legislative și impresia unei legislații vechi și incoerente, legiuitorul român a realizat totuși un pas decisiv spre instituirea unui cadru normativ unitar care să corespundă exigențelor europene⁴.

Astfel, prin *Legea nr. 255 din 19 iulie 2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale* s-au operat modificări semnificative în cuprinsul actelor normative care reglementează tehnicile speciale de investigare din materia securității naționale. În cuprinsul Titlului II al acestei legi (*Dispoziții privind modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale*) sunt modificate și completate 76 de legi și ordonanțe, printre care și *Legea nr. 51/1991 privind siguranța națională a României* (art. 29), *Legea nr. 14/1992 privind organizarea și funcționarea Serviciului Român de Informații*⁵ (art. 30) și *Legea nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului* (art. 76).

Toate aceste modificări și completări, care vor intra în vigoare la data de 1 februarie 2014, aduc în materia securității naționale mai multe schimbări așteptate. În primul rând, remarcăm adoptarea și de către legea

³ Publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 486 din 15 iulie 2010.

⁴ *Expunere de motive* a Legii pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale

(http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck.proiect?cam=2&idp=13259)

⁵ Publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 33 din 3 martie 1992.

cadru în domeniu a titulaturii de „securitate națională” atât în titlul Legii nr. 51/1991 cât și în tot cuprinsul ei prin înlocuirea sintagmei „siguranță națională”. Se pune în acest fel capăt unei îndelungate anomalii legislative, în condițiile în care Constituția României a cunoscut această înlocuire prin Legea de revizuire nr. 429/2003⁶, iar jurisprudența constituțională⁷ și literatura de specialitate⁸ sunt unanime în aprecierea caracterului complex al noțiunii de „securitate națională” ce include apărarea națională, siguranța națională și ordinea publică.

În al doilea rând, se instituie un cadru normativ unitar prin abrogarea articolelor 21 și 22 din Legea nr. 535/2004 și modificarea art. 20 din aceeași lege în sensul mențiunii aplicării corespunzătoare a procedurii prevăzute în Legea nr. 51/1991 privind solicitarea autorizării efectuării unor activități specifice culegerii de informații de către organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale atunci când sesizează amenințări la adresa securității naționale a României în ceea ce privește infracțiunile menționate în Legea nr. 535/2004.

În al treilea rând, modificările aduse de Legea nr. 255/2013 răspund în mai mare măsură exigențelor jurisprudenței și doctrinei europene cu privire la conținutul procedurii de autorizare a unor activități specifice culegerii de informații care presupun restrângerea unor drepturi sau libertăți fundamentale. Astfel, articolele 13, 14 și 15 din Legea nr. 51/1991 care prevedeau o procedură de autorizare necorespunzătoare și unanim criticată au fost abrogate, iar textul legii a fost completat cu zece noi articole (12¹ – 12²) care prevăd o procedură riguroasă sub aspectul solicitării de autorizare a activităților specifice, a duratei de valabilitate a autorizării și a garanțiilor oferite oricărei persoane care se consideră vătămată în drepturile sau libertățile fundamentale.

⁶ Publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 758 din 29 octombrie 2003.

⁷ Decizia Curții Constituționale nr. 462 din 4 decembrie 2003, publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 63 din 26 ianuarie 2004.

⁸ Constantin Moștofle, *Securitatea și siguranța națională – abordare conceptuală*, în Alexandru-Radu Timofte (coordonator), *Securitate și societate: provocările mileniului trei*, vol. I, *Securitate și siguranță națională, Securitatea la începutul mileniului III*, Editura A.N.I., București, 2004, pp. 162-163; Ion Marin, *Ordinea constituțională și securitatea națională în contextul integrării și globalizării*, Editura SITECH, Craiova 2009, pp. 70-73.

2. Noțiunea de „tehnici speciale de investigare”. Evoluția reglementării în materia securității naționale

Noțiunea de „tehnici speciale de investigare” sau „tehnici speciale de anchetă” reprezintă un element de noutate pentru vocabularul juridic românesc. Ea se găsește în mai multe instrumente juridice internaționale care au fost ratificate și de către România în ultimii ani, precum: *Protocolul adițional nr. 2 la Convenția europeană de asistență judiciară în materie penală*⁹ (ratificat prin Legea nr. 368/2004)¹⁰, *Convenția europeană privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii*¹¹ (ratificată prin Legea nr. 263/2002)¹² și *Convenția penală privind corupția*¹³ (ratificată prin Legea nr. 27/2002)¹⁴.

O importantă contribuție la definirea și identificarea tehnicilor speciale de investigare a fost adusă de *Recomandarea (2005) 10 a*

⁹ Sunt reglementate următoarele tehnici speciale de investigare: supravegherea transfrontalieră (art. 17), livrarea supravegheată (art. 18) și ancheta sub acoperire (art. 19).

¹⁰ Publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 913 din 7 octombrie 2004.

¹¹ Articolul 4 (*Competențe și tehnici speciale de investigare*): „1. Fiecare parte adoptă măsurile legislative și măsurile care se dovedesc necesare pentru a împuternici instanțele sau alte autorități competente să dispună accesul și ridicarea dosarelor bancare, financiare sau comerciale, în scopul de a pune în aplicare măsurile vizate la art. 2 și 3. O parte nu va putea invoca secretul bancar pentru a refuza să dea curs dispozițiilor prezentului articol. 2. Fiecare parte are în vedere adoptarea măsurilor legislative și a celor care se dovedesc necesare pentru a-i permite să folosească tehnici speciale de investigare care să ușureze identificarea și urmărirea produsului, precum și strângerea probelor aferente acestuia. Dintre aceste tehnici pot fi menționate dispozițiile de supraveghere a conturilor bancare, punerea sub observație, interceptarea comunicațiilor, accesul la sisteme informatizate și dispozițiile prin care se solicită punerea la dispoziție a documentelor stabilite”.

¹² Publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 353 din 28 mai 2002.

¹³ Articolul 23 (*Măsuri care vizează facilitarea strângerii de probe și confiscarea produselor*): „1. Fiecare parte adoptă măsurile legislative și alte măsuri, inclusiv cele care permit utilizarea tehnicilor de investigație speciale conform legislației naționale, care se dovedesc necesare pentru strângerea de probe referitoare la infracțiunile stabilite în temeiul art. 2-14 și pentru a-i permite să identifice, să cerceteze, să blocheze și să sechestreze instrumentele și produsele corupției sau bunurile a căror valoare corespunde acestor produse, susceptibile să constituie obiectul măsurilor stabilite la paragraful 3 al art. 19. 2. Fiecare parte adoptă măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a-și abilita tribunalele sau alte autorități competente să ordone comunicarea ori sechestrarea dosarelor bancare, financiare sau comerciale, pentru a pune în practică măsurile menționate la paragraful 1. 3. Secretul bancar nu va constitui un obstacol pentru măsurile definite la paragrafele 1 și 2”.

¹⁴ Publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 65 din 30 ianuarie 2002.

*Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei referitoare la „tehnicile speciale de investigare” privind infracțiunile grave inclusiv actele de terorism*¹⁵. Premisa de la care s-a pornit în elaborarea acestei Recomandări a fost aceea că „tehnicile speciale de investigare sunt numeroase, variate și în continuă evoluție, și că particularitățile lor comune sunt caracterul secret și faptul că aplicarea lor este susceptibilă de a se interfera cu libertățile și drepturile fundamentale”. În mod concret, prin tehnicile speciale de investigare se înțeleg „tehnicile aplicate de autoritățile competente în cadrul anchetelor penale vizând depistarea sau anchetarea unor infracțiuni grave și a unor suspecți în vederea strângerii de informații de așa manieră încât persoanele în cauză să nu aibă cunoștință de acest lucru”¹⁶. Prin expresia „autorități competente” sunt vizate autoritățile judiciare, autoritățile însărcinate cu urmărirea și anchetarea, implicate în utilizarea, solicitarea și supravegherea îndeplinirii tehnicilor speciale de investigare, în conformitate cu legislația națională.

Pe aceste coordonate în literatura juridică de specialitate din România au fost considerate ca fiind tehnici speciale de investigare următoarele: interceptarea și înregistrarea convorbirilor și comunicațiilor; supravegherea video, audio sau prin fotografiere; localizarea sau urmărirea prin GPS sau prin alte mijloace tehnice de supraveghere; obținerea listei apelurilor telefonice efectuate de la un anumit post telefonic; reținerea, predarea sau percheziționarea trimiterilor poștale; conservarea imediată a datelor informatice ori a datelor referitoare la traficul informațional; accesul într-un sistem informatic; reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului sau de rețele publice de comunicații; utilizarea investigatorilor sub acoperire; livrarea supravegheată; percheziția etc¹⁷.

Legislația actuală cu relevanță în materia securității naționale nu folosește în mod expres noțiunile de tehnici speciale de investigare, de tehnici speciale de supraveghere sau cercetare ori de tehnici speciale de anchetă. Sub expresia „**activități în scopul culegerii de informații**” uzitată de art. 20 din Legea nr. 535/2004 identificăm mai multe procedee

¹⁵ Disponibilă pe <https://wcd.coe.int>

¹⁶ Adrian Fanu-Moca, *Nelegalitatea interceptărilor și înregistrărilor audio sau video efectuate în faza actelor premergătoare*, în „Dreptul”, nr. 12/2012, p. 199.

¹⁷ Mihail Udroi, Radu Slăvoiu, Ovidiu Predescu, *Tehnici speciale de investigare în justiția penală*, Editura C.H. Beck, București, 2009, pp. 2-3.

investigative¹⁸ pe care atât legislația europeană cât și doctrina de specialitate le consideră tehnici speciale de investigare: interceptarea și înregistrarea comunicațiilor; căutarea unor informații, documente sau înscrisuri pentru a căror obținere este necesar accesul într-un loc, la un obiect sau deschiderea unui obiect; ridicarea și repunerea la loc a unui obiect sau document, examinarea lui, extragerea informațiilor pe care acestea le conține cât și înregistrarea, copierea sau obținerea de extrase prin orice procedee; instalarea de obiecte, întreținerea și ridicarea acestora din locurile în care au fost depuse.

Se regăsesc în această enumerare aproape toate „actele în scopul culegerii de informații” desfășurate de organele cu atribuții în materia securității naționale în temeiul art. 13 din Legea nr. 51/1991, ce poate fi considerată drept primul act normativ românesc care a reglementat tehnicile speciale de investigare¹⁹. În conformitate cu prevederile acestui articol amenințările la adresa siguranței naționale a României prevăzute la art. 3 din același act normativ „constituie temei legal pentru a se solicita procurorului, în cazuri justificate, cu respectarea prevederilor Codului de procedură penală, autorizarea efectuării unor acte, în scopul culegerii de informații, constând în: interceptarea comunicațiilor, căutarea unor informații, documente sau înscrisuri pentru a căror obținere este necesar accesul într-un loc, la un obiect sau deschiderea unui obiect; ridicarea și repunerea la loc a unui obiect sau document, examinarea lui, extragerea informațiilor pe care acestea le conțin, cât și înregistrarea, copierea sau obținerea de extrase prin

¹⁸ Doru Ioan Cristescu, *Direcții metodologice generale ale investigării infracțiunilor contra securității naționale și de terorism*, în „Revista de Criminologie, de Criminalistică și de Penologie”, nr. 4/2006, p. 165.

¹⁹ Publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 163 din 7 august 1991. Cu privire la conținutul și importanța acestei legi a se vedea: Augustin Ungureanu, Aurel Ciopraga, *Dispoziții penale din legi speciale române, Comentate și adnotate cu jurisprudență și doctrină*, vol. VI, Editura „Lumina Lex”, București, 1996, pp. 111-153; Gheorghe Diaconescu, *Infracțiuni în legi speciale și extrapenale*, Editura ALL, București, 1996, pp. 2-16; Dan Ilarie – Adinel, *Infracțiuni prevăzute în legi speciale și în legi extrapenale*, Arad, 1997, pp. 113-117; Nicolae Conea, Constantin Gheorghe, Eliodor Tanislav, Mihail Conea, *Infracțiuni prevăzute în legi speciale*, Editura SEMNE, București, 2000, pp. 354-362; Constantin Sima, *Infracțiuni prevăzute în legi speciale, Comentate și adnotate*, Editura Lumina Lex, București, 2002, pp. 17-23; Tudorel Toader, *Infracțiunile prevăzute în legi speciale, Reglementare. Doctrină. Decizii ale Curții Constituționale. Jurisprudență*, Ediția a 4-a, revizuită și actualizată, Editura Hamangiu, București, 2011, pp. 55-59.

orice procedee; instalarea de obiecte, întreținerea și ridicarea acestora din locurile în care au fost depuse”.

În doctrină s-au exprimat mai multe opinii cu privire la menținerea valabilității dispozițiilor art. 13 din Legea nr. 51/1991 și după data de 1 ianuarie 2004 când a intrat în vigoare *Legea nr. 281/2003 privind modificarea și completarea Codului de procedură penală și a unor legi speciale*²⁰. Astfel, unii autori au invocat prevederile art. X din Legea nr. 281/2003 și au ajuns la concluzia că procedura din art. 13 din Legea nr. 51/1991 a fost abrogată²¹ sau își păstrează valabilitatea dar trebuie înțeleasă în limitele prevăzute de Codul de procedură penală care prevăd că în materia „interceptării și înregistrării convorbirilor”²², a perchezițiilor, a reținerii și predării corespondenței și a obiectelor trimise de învinuit sau de inculpat ori adresate acestuia”, se aplică dispozițiile în baza cărora autorizarea poate fi dată numai de către judecător²³. În această interpretare s-a arătat că mandatul menționat în art. 13 din Legea nr. 51/1991 este actul procedural prin care se pune în aplicare măsura procesuală a autorizării și este emis de către un judecător al Înaltei Curți de Casație și Justiție. Durata mandatului este, potrivit legii speciale de 6 luni, iar procedura prelungirii acestuia trebuie să respecte aceleași reguli ca și pentru emitere²⁴.

Într-o altă opinie s-a susținut că art. 13 din Legea nr. 51/1991 a fost abrogat implicit prin art. 46 teza finală din *Legea nr. 535/2004 privind*

²⁰ Publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 468 din 1 iulie 2003.

²¹ Nicolae Volonciu, Alina Barbu, *Codul de procedură penală comentat, Art. 62-135. Probele și mijloacele de probă*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 137.

²² În analiza critică a acestui articol s-a atras atenția că deși în text se face referire doar la interceptarea și înregistrarea convorbirilor, el trebuie înțeles că se aplică și în cazul dispunerii de către procuror a interceptării comunicărilor (Angela Hărăstășeanu, *Interceptarea și înregistrarea convorbirilor sau a comunicărilor*, în „Revista de Drept Penal”, nr. 2/2004, p.3).

²³ Dan Lupașcu, *Unele observații privind interceptările și înregistrările audio-video*, în „Dreptul”, nr. 2/2005, pp. 169-171; Camelia Bogdan, *Despre oportunitatea administrării interceptărilor audio și video în procesul penal*, în „Revista de Criminologie, de Criminalistică de Penologie”, nr. 1/2006, p. 118; Mihai Udriou, Ovidiu Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român*, Editura C.H. Beck, București, 2008, pp. 856-857; Mihai Viorel Tudoran, *Teoria și practica interceptărilor și înregistrărilor audio sau video judiciare*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 30.

²⁴ Adrian Petre, Cătălin Grigoraș, *Înregistrările audio și audio-video, mijloacele de probă în procesul penal. Expertiza judiciară a înregistrărilor audio, fotografiilor și înregistrărilor video*, Editura C.H. Beck, București, 2010, pp. 13-14.

*prevenirea și combaterea terorismului*²⁵. Conform acestui text pe data intrării în vigoare a Legii nr. 535/2004, respectiv 11 decembrie 2004, „orice alte dispoziții contrare prezentei legi se abrogă”. Pornindu-se de la dispozițiile art. 21 alin. 8 din Legea nr. 535/2004 care oferă doar judecătorului posibilitatea de a emite mandatul prin care se autorizează efectuarea activităților propuse de către organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale, în condițiile art. 20 din aceeași lege, nu se poate ajunge decât la concluzia că procedura de autorizare a efectuării unor acte în scopul culegerii de informații din art. 13 al Legii nr. 51/1991 a fost abrogată implicit²⁶.

3. Reglementarea actuală a tehnicilor speciale de investigare utilizate în materia securității naționale

Potrivit art. 20 din Legea nr. 535/2004 în situația existenței unor amenințări la adresa securității naționale a României prevăzute la art. 3 din Legea nr. 51/1991²⁷ organele de stat cu atribuții în domeniu pot solicita

²⁵ Mihail Udriou, Radu Slăvoiu, *Tehnici speciale de investigare în domeniul securității naționale*, în „Dreptul” nr. 9/2008, p. 192 nota 24.

²⁶ Radu Slăvoiu, Cătălin Dumitrescu, *Considerații în legătură cu modul de utilizare în procesul penal a rezultatelor activității de informații pentru realizarea securității naționale*, în „Dreptul”, nr. 1/2008, p. 221.

²⁷ În conformitate cu dispozițiile art. 3 din Legea nr. 51/1991 sunt considerate amenințări la adresa siguranței naționale a României următoarele: „a) planurile și acțiunile care vizează suprimarea sau știrbirea suveranității, unității, independenței sau indivizibilității statului român;

b) acțiunile care au scop, direct sau indirect, provocarea de război contra țării sau de război civil, înlesnirea ocupației militare străine, aservirea față de o putere străină ori ajutarea unei puteri sau organizații străine de a săvârși oricare din aceste fapte;

c) trădarea prin ajutarea dușmanului;

d) acțiunile armate sau orice alte acțiuni violente care urmăresc slăbirea puterii de stat;

e) spionajul, transmiterea secretelor de stat unei puteri sau organizații străine ori agenților acestora, procurarea ori deținerea ilegală de documente sau date secrete de stat, în vederea transmiterii lor unei puteri sau organizații străine ori agenților acestora sau în orice alt scop neautorizat de lege, precum și divulgarea secretelor de stat sau neglijența în păstrarea acestora;

f) subminarea, sabotajul sau orice alte acțiuni care au ca scop înlăturarea prin forță a instituțiilor democratice ale statului ori care aduc atingere gravă drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor români sau pot aduce atingere capacității de apărare ori altor asemenea interese ale țării, precum și actele de distrugere, degradare ori aducere în stare de

autorizarea efectuării unor activități în scopul culegerii de informații. Aceste activități, care reprezintă prin scopul și modul lor de realizare tehnici speciale de investigare, sunt în număr de patru: a) interceptarea și înregistrarea comunicațiilor; b) căutarea unor informații, documente sau înscrisuri pentru a căror obținere este necesar accesul într-un loc, la un obiect sau deschiderea unui obiect; c) ridicarea și repunerea la loc a unui obiect sau document, examinarea lui, extragerea informațiilor pe care acestea le conține cât și înregistrarea, copierea sau obținerea de extrase prin orice procedee; d) instalarea de obiecte, întreținerea și ridicarea acestora din locurile în care au fost depuse.

Se poate observa că în afara unei singure excepții (Legea nr. 51/1991 se referă la „interceptarea comunicațiilor” în timp Legea nr. 535/2004 are în vedere „interceptarea și înregistrarea comunicațiilor”) tehnicile speciale de investigare cu relevanță în materia securității naționale sunt identice. Prin urmare, opiniile divergente din doctrină și jurisprudență cu privire la modificarea sau abrogarea art.13 din Legea nr. 51/1991 nu au nici o

neîntrebuințare a structurilor necesare bunei desfășurări a vieții social-economice sau apărării naționale;

g) acțiunile prin care se atentează la viață, integritatea fizică sau sănătatea persoanelor care îndeplinesc funcții importante în stat ori a reprezentanților altor state sau ai organizațiilor internaționale, a căror protecție trebuie asigurată pe timpul șederii în România, potrivit legii, tratatelor și convențiilor încheiate, precum și practicii internaționale;

h) inițierea, organizarea, săvârșirea sau sprijinirea în orice mod a acțiunilor totalitariste sau extremiste de sorginte comunistă, fascistă, legionară sau de orice altă natură, rasiste, antisemite, revizioniste, separatiste care pot pune în pericol sub orice formă unitatea și integritatea teritorială a României, precum și incitarea la fapte ce pot periclita ordinea statului de drept;

i) actele teroriste, precum și inițierea sau sprijinirea în orice mod a oricăror activități al căror scop îl constituie săvârșirea de asemenea fapte;

j) atentate contra colectivității, săvârșite prin orice mijloace;

k) sustragerea de armament, muniții, materii explozive sau radioactive, toxice sau biologice din unitățile autorizate să le dețină, contrabanda cu acestea, producerea, deținerea, înstrăinarea, transportul sau folosirea lor în alte condiții decât cele prevăzute de lege, precum și portul de armament sau muniție, fără drept, dacă prin acestea se pun în pericol siguranța națională;

l) inițierea sau constituirea de organizații sau grupuri ori aderarea sau sprijinirea sub orice formă a acestora, în scopul desfășurării vreuneia din activitățile enumerate la lit. a) - k), precum și desfășurarea în secret de asemenea activități de către organizații sau grupări constituite potrivit legii”.

incidență asupra conținutului activităților solicitate în scopul culegerii de informații ci doar asupra procedurii autorizării acestora.

Din punctul de vedere al naturii juridice, tehnicile speciale de investigare din materia securității naționale au fost apreciate fie în categoria actelor premergătoare urmăririi penale²⁸ fie în categoria actelor și procedurilor administrative ce pot fi valorificate în condiții strict și limitativ prevăzute de lege în procesul penal²⁹. În prima opinie s-a argumentat că majoritatea faptelor calificate la art. 3 din Legea nr. 51/1991 ca amenințări pentru securitatea națională constituie în același timp și infracțiuni. De asemenea, în temeiul art. 224 alin. (2) și (3) Cod proc. pen. lucrătorii operativi din cadrul organelor de stat cu atribuții în domeniul siguranței naționale, anume desemnați în acest scop, pot efectua acte premergătoare în vederea strângerii datelor necesare organelor de urmărire penală pentru începerea urmăririi penale pentru fapte care constituie amenințări la adresa siguranței naționale. Procesul-verbal prin care se constată efectuarea unor acte premergătoare poate constitui mijloc de probă.

În a doua opinie s-a arătat că există și situații în care organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale acționează prin procedee investigative speciale fără a se pune problema unei urmăriri penale. S-a invocat și textul art. 13 din *Legea nr. 14/1992 privind organizarea și funcționarea Serviciului Român de Informații*, modificată și completată, care interzice în mod expres organelor Serviciului Român de Informații să efectueze „acte de cercetare penală”. Nu este exclus însă ca aceste procedee specifice de culegere de informații să poată deveni surse de sesizare a organelor judiciare penale dacă reies din acestea indicii de săvârșire a unor infracțiuni.³⁰

3.1. Interceptarea și înregistrarea comunicațiilor

²⁸ Doru Ioan Cristescu, *Investigarea criminalistică a infracțiunilor contra securității naționale și de terorism*, Editura Solness, Timișoara, 2004, p. 233; Iosif Bararu, *Infracțiunile de terorism, Legislație și procedură penală*, Editura Universul Juridic, București, 2010, pp. 51-59.

²⁹ Mihail Udroi, Radu Slăvoiu, Ovidiu Pedescu, *op. cit.*, p. 73; Adrian Fanu-Moca, *op. cit.*, p. 207.

³⁰ Mihai Viorel Tudoran, *op. cit.*, p. 46.

Sensul literal al noțiunilor de *interceptare* și *înregistrare* este identic aceluia din art. 91¹ alin. (1) Cod proc. pen., dar prin scopul urmărit procedeul investigativ din art. 20 al Legii nr. 535/2004 nu se confundă cu procedeele probatorii reglementate în Secțiunea V¹ a Codului de procedură penală³¹. O deosebire importantă se remarcă în faptul că dacă textul din legea procesual penală are în vedere „convorbirile sau comunicările efectuate prin telefon ori prin alt mijloc electronic de comunicare”, legea specială folosește noțiunea de *comunicații*. Ultimul termen are o sferă de aplicare mult mai largă, astfel încât prin această tehnică specială de investigare se are în vedere nu doar convorbirile și comunicările telefonice și pe cele de tip electronic, dar și cele purtate în mediul ambiental sau efectuate prin intermediul serviciilor poștale³².

O altă particularitate a procedeului investigativ din Legea nr. 535/2004 este acela al imposibilității organului de stat cu atribuții în domeniul securității naționale de a solicita autorizarea înregistrării unor imagini în scopul culegerii de informații. Spre comparație, în procedura generală, procurorul poate efectua cu autorizarea motivată a judecătorului și înregistrări de imagini în temeiul art. 91⁵ Cod proc. pen. Pe de altă parte este greu de acceptat că în activitatea de culegere de informații organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale nu folosesc și înregistrările de imagini pentru a se lămuri asupra unei situații de fapt. De altminteri, art. 9 din Legea nr. 14/1992 menționează expres că „în vederea stabilirii existenței amenințărilor la adresa securității naționale, cadre anume desemnate din Serviciul Român de Informații pot efectua, cu respectarea legii, verificări prin: solicitarea și obținerea de obiecte, înscrisuri sau relații oficiale de la instituții publice; consultarea de specialiști ori experți; primirea de sesizări sau note de relații; *fixarea unor momente operative prin fotografiere, filmare ori prin alte mijloace tehnice*”.

Concluzia rezonabilă care s-a degajat în doctrină cu privire la această chestiune este aceea că Legea nr. 535/2004 nu a conferit organelor de stat cu atribuții în domeniul securității naționale posibilitatea de a efectua înregistrări de imagini dacă acestea sunt intruzive în viața intimă a persoanei. Nimic nu se opune însă ca serviciile de informații să procedeze la operațiuni

³¹ Radu Slăvoiu, Cătălin Dumitrescu, *op. cit.*, p. 229.

³² Mihail Udroi, Radu Slăvoiu, *op. cit.*, p. 192; Doru Ioan Cristescu, *Direcții metodologice generale ale investigării infracțiunilor contra securității naționale și de terorism...*, p. 162.

de filmare sau fotografiere a unei persoane ce derulează activități în spațiul public, în cazul în care există o suspiciune rezonabilă cu privire la implicarea acesteia în operațiuni de natură a leza securitatea națională, fără a fi necesară respectarea unei proceduri de autorizare³³.

3.2. Căutarea unor informații, documente sau înscrisuri pentru a căror obținere este necesar accesul într-un loc, la un obiect sau deschiderea unui obiect

Din formularea acestei tehnici speciale de investigare se poate observa că art. 20 din Legea nr. 535/2004 are în vedere două activități: căutarea de informații, documente sau înscrisuri și, respectiv, accesul într-un loc, la un obiect sau deschiderea unui obiect. Opțiunea legiuitorului a fost criticată ca fiind inadecvată în condițiile în care scopul primordial al oricărui procedeu investigativ special îl reprezintă căutarea unor informații, inclusiv în ceea ce privește accesul într-un anumit loc³⁴. S-a recomandat ca fiind mai potrivită utilizarea expresiei „accesul într-un loc, la un obiect sau deschiderea unui obiect”³⁵.

Din punct de vedere terminologic, accesul reprezintă activitatea de pătrundere în anumite spații private, iar prin deschiderea unui obiect se înțelege desfacerea lui. Locul în care se autorizează accesul organelor de stat cu atribuții în domeniul securității naționale ține, în mod necesar, de sfera vieții private a individului. S-a subliniat însă faptul că orientările jurisprudenței europene în materie ne obligă la o interpretare extensivă a noțiunii de „loc” care trebuie să cuprindă nu doar domiciliul unei persoane, ci și reședința secundară a individului ori spațiul în care persoana își desfășoară activitatea sa profesională (sediul societății, cabinet de avocat, biroul agenției etc.)³⁶.

Obiectele pentru care se autorizează accesul sau deschiderea intră, de asemenea, în sfera vieții private a suspectului de fapte ce constituie amenințări la adresa securității naționale și pot fi înscrisuri, C.D.-uri., hard-

³³ Mihail Udroi, Radu Slăvoiu, *op. cit.*, pp. 197-198; Dumitru Zamfir, *Respectarea drepturilor omului în activitatea serviciilor de informații*, Editura RAO, București, 2007, p. 157; Mihai Viorel Tudoran, *op. cit.*, p. 109.

³⁴ Doru Ioan Cristescu, *Investigarea criminalistică a infracțiunilor contra securității naționale și de terorism...*, p. 30.

³⁵ Mihail Udroi, Radu Slăvoiu, Ovidiu Pedescu, *op. cit.*, p. 31.

³⁶ *Ibidem*.

disk-uri (ce pot stoca informații clasificate secret de stat), agende telefonice ori terminale telefonice mobile (ce pot furniza informații asupra identității unor agenți ai unor puteri străine aflați în legătură cu suspectul), autovehicule (în care pot fi ascunse documente clasificate ori arme ce urmează a fi utilizate pentru a atenta la viața, integritatea fizică sau sănătatea persoanelor ce îndeplinesc funcții importante în stat), arme, muniții, substanțe explozive (apte a fi folosite la comiterea unor acte teroriste), substanțe radioactive, toxice sau biologice (ce pot face obiectul unor operațiuni de contrabandă care pot pune în pericol securitatea națională) etc.³⁷

Accesul într-un loc sau la un obiect prevăzut de art. 20 din Legea 535/2004 nu poate fi asimilat percheziției reglementată de Codul de procedură penală, deoarece aceasta este un procedeu probatoriu folosit în cadrul procesului penal în vederea căutării și ridicării mijloacelor de probă și nu poate fi dispusă decât după începerea urmăririi penale în prezența persoanei la care se efectuează, iar în lipsa acesteia în prezența unui reprezentant, a unui membru de familie sau a unui vecin având capacitate de exercițiu, fiind totodată necesară și prezența unor martori asistenți. În schimb, procedeul investigativ special este o activitate specifică pentru realizarea securității naționale ce are ca scop culegerea de informații, nu este un act de urmărire penală și se desfășoară în secret³⁸.

3.3. Ridicarea și repunerea la loc a unui obiect sau document, examinarea lui, extragerea informațiilor pe care acestea le conține cât și înregistrarea, copierea sau obținerea de extrase prin orice procedee

Reglementarea separată a acestei tehnici speciale de investigare a fost criticată pe motivul că ea este o măsură cu un caracter complementar celei a accesului într-un loc și la un obiect și interceptării comunicărilor³⁹. Din acest motiv, de *lege ferenda* s-a propus simplificarea celor două procedee investigative speciale în „accesul într-un loc” și, respectiv, „ridicarea și repunerea la loc a unui obiect sau document, examinarea lui, extragerea

³⁷ Doru Ioan Cristescu, *op. cit.*, p. 204.

³⁸ Mihail Udrioiu, Radu Slăvoiu, *op. cit.*, pp. 199-200.

³⁹ Mihai Viorel Tudoran, *op. cit.*, p. 183.

informațiilor pe care acestea le conține, cât și înregistrării, copierii sau obținerii de extrase prin orice procedee”⁴⁰.

Prin chiar finalitatea sa măsura presupune ca intervenția organelor de stat cu atribuții în domeniul securității naționale în sfera intimă a suspectului să fie urmată de o reșezare a situației în cadrul existent anterior acestei intervenții. La această interpretare determină folosirea expresiilor „repunerea la loc” și „examinarea” unui document precum și „extragerea” informațiilor pe care le conține acesta.

În situația în care echipa de investigație dispune de timp suficient și de mijloace adecvate se poate proceda la examinarea obiectului sau a documentului la fața locului. De cele mai multe ori în spațiul în care s-a realizat pătrunderea se realizează copierea și obținerea de extrase de pe documente, urmând ca examinarea lor să se realizeze ulterior în condiții de siguranță și eficiență⁴¹. Atunci când se cunosc intențiile făptuitorului cu privire la un anumit obiect sau document se poate înlocui obiectul sau documentul purtător de informații clasificate cu altele care prezintă formal acest caracter, informațiile fiind nereale⁴².

În doctrină au fost semnalate două ipoteze pentru situația în care, cu prilejul examinării obiectelor sau documentelor, organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale descoperă bunuri a căror deținere este interzisă de lege. Astfel, dacă obiectele identificate atestă pregătirea unei infracțiuni contra securității naționale, a unui atentat sau act terorist ori a unor tentative sau acte preparatorii la asemenea infracțiuni, lucrătorii serviciilor de informații (în ipoteza dată cadrele Serviciului Român de Informații) sunt în măsură, ca în temeiul art. 12 din Legea nr. 14/1992, să ridice respectivele obiecte și să îl rețină pe făptuitor, predându-l de îndată organelor judiciare competente împreună cu actul de constatare și corpurile delictelor. În situația în care bunurile descoperite atestă săvârșirea unei alte infracțiuni, lucrătorii serviciilor de informații nu pot lua măsuri legale de ridicare a respectivelor obiecte ci trebuie să sesizeze de îndată parchetul competent⁴³.

⁴⁰ Mihail Udriou, Radu Slăvoiu, Ovidiu Pedescu, *op. cit.*, p. 47-48.

⁴¹ *Ibidem*, p. 49-50.

⁴² Doru Ioan Cristescu, *Elemente de tactică criminalistică la organizarea surprinderii în flagrant a infracțiunilor contra securității naționale și de terorism*, în „Revista de Criminologie, de Criminalistică și de Penologie”, nr. 4/2006, p. 181.

⁴³ Mihail Udriou, Radu Slăvoiu, *op. cit.*, pp. 201-202.

3.4. Instalarea de obiecte, întreținerea și ridicarea acestora din locurile în care au fost depuse

Această măsură are un caracter complementar celei privitoare la interceptarea comunicațiilor și vizează în special cazul interceptărilor de comunicații purtate în mediul ambiental. Din punct de vedere tehnic, presupune utilizarea unei aparaturi specifice care trebuie instalată și disimulată în diferite obiecte, întreținută periodic și, ulterior, ridicată la expirarea perioadei de valabilitate a autorizării de interceptare a comunicațiilor. În temeiul art. 17 lit. g) din *Legea nr. 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate*⁴⁴, modificată și completată, mijloacele, metodele, tehnica și echipamentul de lucru folosite de autoritățile publice care desfășoară activitate de informații intră în categoria informațiilor secrete de stat.

Datorită caracterului complementar al acestui procedeu investigativ special, este necesară solicitarea autorizării atât a măsurii interceptării comunicațiilor cât și al accesului într-un loc în situația în care acest din urmă element face parte din sfera vieții intime a suspectului. În situația în care instalarea de obiecte, întreținerea și ridicarea acestora de către serviciile de informații are loc într-un spațiu public, organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale trebuie să solicite doar autorizarea interceptării comunicațiilor și a accesului într-un loc⁴⁵.

În locurile unde există montate dispozitive de supraveghere electronică de către o instituție sau propriile organisme de supraveghere, pază și control (aeroporturi, magazine, bănci etc.) se va putea urmări acțiunea și prin aceste mijloace, cu acordul posesorilor, urmând ca la terminarea operațiunii materialele filmate să fie ridicate pentru a profita cercetărilor⁴⁶.

3.5. Procedura autorizării tehnicilor speciale de investigare din domeniul securității naționale

Legea nr. 535/2004 prezintă în articolele 21 și 22 procedura care trebuie urmată pentru realizarea tehnicilor speciale de investigare din materia

⁴⁴ Publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 248 din 12 aprilie 2002.

⁴⁵ Mihail Udroi, Radu Slăvoiu, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁶ Doru Ioan Cristescu, *op. cit.*, p. 183.

securității naționale. În situația în care sesizează prezența unor amenințări la adresa securității naționale a României organele de stat cu atribuții în acest domeniu propun procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție să solicite autorizarea efectuării procedurilor investigative speciale prevăzute la art. 20 din Legea nr. 535/2004.

Propunerea se formulează în scris și trebuie să cuprindă următoarele: datele sau indiciile temeinice din care să rezulte existența unei amenințări la adresa securității naționale pentru a cărei descoperire, prevenire sau contracarare se impune emiterea autorizării; categoriile de activități pentru a căror efectuare este necesară autorizarea; identitatea persoanei ale cărei comunicații trebuie interceptate, dacă este cunoscută, sau a persoanei care deține informațiile, documentele ori obiectele ce trebuie obținute; descrierea generală, dacă și când este posibil, a locului unde urmează a fi efectuate activitățile autorizate; durata de valabilitate a autorizării.

Un procuror anume desemnat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție trebuie să examineze această propunere sub aspectul temeiniciei și legalității. Dacă găsește propunerea neîntemeiată procurorul o respinge prin rezoluție motivată pe care o comunică de îndată organului care a formulat-o. Considerăm ca fiind o imperfecțiune a legii faptul că nu s-a impus un termen procurorului competent pentru examinarea propunerii, chiar în situația în care propunerea este neîntemeiată, deoarece întreaga procedură trebuie să se caracterizeze prin celeritate.

În situația în care propunerea este apreciată ca întemeiată în termen de 24 de ore de la înregistrarea cererii, procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție sau înlocuitorul de drept al acestuia trebuie să solicite în scris președintelui Înaltei Curți de Casație și Justiție autorizarea activităților propuse. În solicitarea scrisă a procurorului general trebuie să se regăsească aceleași elemente ca în propunerea scrisă formulată de organele de stat cu atribuții în materia securității naționale.

Art. 21 alin. (6) din Legea nr. 535/2004 menționează că solicitarea este examinată în camera de consiliu de judecători anume desemnați de președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție, care o admit sau o resping motivat, prin încheiere. Observăm că folosirea la plural a noțiunii de „judecători” este inadecvată și poate da loc în practică la interpretări. De asemenea, lipsa unui termen în care judecătorul competent trebuie să

soluționeze cererea în camera de consiliu este greu de înțeles având în vedere caracteristicile generale ale acestei proceduri.

În cazul în care solicitarea este respinsă aceasta se restituie procurorului, împreună cu un exemplar al încheierii. În situația în care solicitarea este justificată o dată cu încheierea de admitere judecătorul emite mandatul prin care se autorizează efectuarea activităților propuse.

În mod surprinzător, art. 21 alin. (9) din Legea nr. 535/2004 prevede că mandatul se înmânează reprezentantului anume desemnat al organului care a propus autorizarea deși, în mod logic, mandatul ar fi trebuit înmănat celui care a sesizat instanța, respectiv procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție⁴⁷. Mandatul trebuie să cuprindă următoarele elemente: categoriile de comunicații care pot fi interceptate; categoriile de informații, documente sau obiecte care pot fi obținute; datele de identitate ale persoanei ale cărei comunicații trebuie interceptate sau care se află în posesia datelor, informațiilor ori obiectelor ce trebuie obținute, dacă sunt cunoscute; descrierea generală a locului în care urmează a fi executat mandatul; organul împuternicit cu executarea; durata de valabilitatea mandatului.

Durata de valabilitate a mandatului nu poate depăși 6 luni. În cazuri întemeiate se poate prelungi, la cerere, durata mandatului după aceeași procedură, fiecare prelungire neputând depăși 3 luni. Solicitarea, emiterea și punerea în aplicare a mandatului trebuie să aibă în vedere respectarea prevederilor *Legii nr. 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate*⁴⁸. Faptul că nici Legea nr. 535/2004, la fel ca și Legea nr. 51/1991, nu prevede o durată maximă în care se pot efectua activități autorizate în scopul culegerii de informații față de aceeași persoană a fost criticat în doctrină⁴⁹ ca fiind de natură să deschidă calea unor condamnări la C.E.D.O pe temeiul încălcării dispozițiilor art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului⁵⁰.

În situații deosebite care impun înlăturarea unor pericole iminente pentru securitatea națională, art. 21 din Legea nr. 535/2004 permite

⁴⁷ Mihai Viorel Tudoran, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁸ Dumitru Zamfir, *op. cit.*, p. 282; Mihai Adrian Hotca, Maxim Dobrinou, *Infracțiuni prevăzute în legi speciale, Comentarii și explicații*, vol. I, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 92.

⁴⁹ Adrian Fanu-Moca, *op. cit.*, pp. 206-207.

⁵⁰ Pentru alte aspecte referitoare la problema legalității mijloacelor de probă obținute în această procedură a se vedea Radu Slăvoiu, Cătălin Dumitrescu, *op. cit.*, pp. 232-236.

organelor de stat cu atribuții în domeniu să efectueze aceste activități specifice fără autorizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție. Este necesar ca în acest caz solicitarea să fie înaintată de îndată ce este posibil, dar nu mai târziu de 48 de ore. Dacă judecătorul apreciază că nu se mai impune continuarea activităților deja începute dispune de îndată încetarea lor.

În ansamblul său, procedura instituită de art. 21 și 22 din Legea nr. 535/2004 este net superioară celei din art. 13 și 15 ale Legii nr. 51/1991. Numeroase deficiențe au fost însă sesizate, motiv pentru care este un fapt pozitiv că odată cu noua procedură stabilită prin completarea Legii nr. 51/1991 s-au instituit garanții suplimentare în scopul racordării legislației românești din domeniul securității naționale la exigențele europene.

4. Elemente de noutate în reglementarea tehnicilor speciale de investigare utilizate în materia securității naționale

În conformitate cu reglementarea care va intra în vigoare la data de 1 februarie 2014 organele cu atribuții în domeniul securității naționale pot să efectueze activități specifice culegerii de informații care presupun restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți fundamentale cu respectarea unor prevederi mai stricte. Activitățile specifice nu pot fi dispuse decât în situația în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele trei condiții: nu există alte posibilități ori sunt posibilități limitate pentru cunoașterea, prevenirea sau contracararea riscurilor ori amenințărilor la adresa securității naționale; sunt necesare și proporționale, date fiind circumstanțele situației concrete; a fost obținută autorizația prevăzută de lege (art. 12² alin. 1).

Spre deosebire de actuala reglementare care prevede doar patru activități specifice culegerii de informații ce reprezintă tehnici speciale de investigare, în viitoarea formă a Legii nr. 51/1991 sunt reglementate șapte tehnici speciale de investigare (art. 12² alin. 2). Astfel, în conformitate cu dispozițiile art. 12² alin. 2 sunt prevăzute următoarele activități specifice: a) interceptarea și înregistrarea comunicațiilor electronice, efectuate sub orice formă; b) căutarea unor informații, documente sau înscrisuri pentru a căror obținere este necesar accesul într-un loc, la un obiect ori deschiderea unui obiect; c) ridicarea și repunerea la loc a unui obiect sau document, examinarea lui, extragerea informațiilor pe care acesta le conține, precum și înregistrarea, copierea sau obținerea unor extrase prin orice procedee; d) instalarea de obiecte, întreținerea și ridicarea acestora din locurile în care au

fost depuse, supravegherea prin fotografiere, filmare sau prin alte mijloace tehnice ori constatări personale, efectuate sistematic în locuri publice sau efectuate în orice mod în locuri private; e) localizarea, urmărirea și obținerea de informații prin GPS sau prin alte mijloace tehnice de supraveghere; f) interceptarea trimiterilor poștale, ridicarea și repunerea la loc a acestora, examinarea lor, extragerea informațiilor pe care acestea le conțin, precum și înregistrarea, copierea sau obținerea de extrase prin orice procedee; g) obținerea de informații privind tranzacțiile financiare sau datele financiare ale unei persoane, în condițiile legii.

Menționarea acestor activități era preconizată în literatura de specialitate⁵¹ și corespunde noii viziuni a legiuitorului român asupra conținutului tehnicilor speciale de investigare atât în materia securității naționale cât și în procedura comună⁵². Restrângerea sferei comunicațiilor care pot fi interceptate sau înregistrate doar la cele „electronice” nu poate fi interpretată ca fiind o diminuare a posibilităților organelor cu atribuții în domeniul securității naționale de a intercepta comunicațiile prin intermediul serviciilor poștale, deoarece acestea beneficiază de o prevedere expresă. În plus, observăm menționarea expresă și în materia securității naționale a activității de supraveghere prin fotografiere și filmare în locuri publice sau private. În cazul locurilor publice este necesar ca activitatea de supraveghere să fie efectuată în mod „sistematic”, restul activităților care nu întrunesc această caracteristică putând fi efectuate de serviciile de informații fără

⁵¹ Mihai Viorel Tudoran, *op. cit.*, p. 340.

⁵² În această ultimă dimensiune, art. 138 alin. (1) din Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, modificată și completată prin Legea nr. 255/2013, menționează 10 metode speciale de supraveghere și cercetare: interceptarea comunicațiilor ori a oricărui tip de comunicare la distanță; accesul la un sistem informatic; supravegherea video, audio sau prin fotografiere; localizarea sau urmărirea prin mijloace tehnice; obținerea datelor privind tranzacțiile financiare ale unei persoane; reținerea, predarea sau percheziționarea trimiterilor poștale; utilizarea investigatorilor sub acoperire și a colaboratorilor; participarea autorizată la anumite activități; livrarea supravegheată; obținerea datelor generate sau prelucrate de către furnizorii de rețele publice de comunicații electronice ori furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului, altele decât conținutul comunicațiilor, reținute de către aceștia în temeiul legii speciale privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de rețele publice de comunicații electronice și de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului.

autorizare judiciară, în baza art. 9 din *Legea nr. 14/1992 privind organizarea și funcționarea Serviciului Român de Informații*⁵³.

În privința procedurii de autorizare se remarcă un interes sporit în reglementarea unor condiții riguroase determinate de situația specială a restrângerii exercițiului unor drepturi sau libertăți fundamentale ale omului. Astfel, propunerea de autorizare va trebui să cuprindă elementele obligatorii⁵⁴ prevăzute de art. 12³ din *Legea nr. 51/1991* și să fie înaintată procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție. Spre deosebire de actuala reglementare a Legii nr. 535/2004, viitoarea procedură impune procurorului competent examinarea propunerii sub aspectul legalității și temeiniciei de îndată sau în maxim 24 de ore de la înregistrare.

În materia examinării solicitării de autorizare formulată de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție sau de înlocuitorul acestuia, observăm că s-a renunțat la expresia nedeterminată de „judecători” care era de natură să creeze interpretări diferite. În viitoarea reglementare se menționează expres că solicitarea este examinată în camera de consiliu de „unul din judecătorii anume desemnați de președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție” (art. 12³ alin. 6). Remarcăm și alte două elemente care dau un avantaj de superioritate noii proceduri: obligarea judecătorului de a examina solicitarea „de urgență” și, respectiv, posibilitatea suplimentării de îndată, în scris, a solicitării atunci când aceasta nu prezintă suficiente informații. În actuala reglementare, în baza prevederilor art. 21 alin. (6) din *Legea nr. 535/2004* judecătorul poate doar admite sau respinge motivat solicitarea prin încheiere.

Interesul legiuitorului în a stabili o procedură strictă se observă și din precizarea exactă a conținutului încheierii pe care o dispune judecătorul. În conformitate cu dispozițiile art. 12⁵ din *Legea nr. 51/1991* încheierea va trebui să cuprindă următoarele elemente: a) denumirea instanței, data, ora și

⁵³ *Legea nr. 255/2013* a modificat și art. 9 al *Legii nr. 14/1992*. În viitoarea reglementare serviciile de informații pot efectua verificări prin „fixarea unor momente operative prin fotografiere, filmare ori prin alte mijloace tehnice sau constatări personale, cu privire la activitățile publice desfășurate în locuri publice, dacă nu este efectuată sistematic”.

⁵⁴ Cu titlu de noutate se solicită în acest aspect și următoarele mențiuni: numele și funcția persoanei care formulează propunerea; data și locul emiterii propunerii; motivația pentru care se impun activitățile specifice; dacă este necesară încuviințarea pătrunderii în spații private pentru desfășurarea de activități specifice.

locul emiterii; b) date și informații din care să rezulte existența unei amenințări la adresa securității naționale, prin prezentarea faptelor și circumstanțelor care justifică măsura; c) activitățile specifice autorizate; d) identitatea persoanei care este afectată de activitățile specifice, prin restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale, dacă aceasta este cunoscută; e) organele care efectuează activitățile autorizate; f) persoanele fizice sau juridice care au obligația de a acorda sprijin la executarea activităților autorizate; g) precizarea locului sau a localităților în care se vor desfășura activitățile autorizate, dacă acestea sunt cunoscute; h) durata de valabilitate a autorizației.

Mandatul emis de judecător trebuie să cuprindă cea mai mare parte a elementelor încheierii. Observăm că în viitoarea reglementare s-a renunțat la precizarea că „mandatul se înmânează reprezentantului anume desemnat al organului care a propus autorizarea”, aspect favorabil având în vedere că mandatul nu poate fi înmănat decât celui care a făcut solicitarea autorizării activităților specifice, respectiv procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție sau înlocuitorului de drept al acestuia.

Una din criticile consistente ale actualei reglementări o reprezintă neprecizarea duratei maxime a autorizării. Simpla mențiune că durata inițială a mandatului nu poate depăși 6 luni, precum și posibilitatea prelungirii cu noi perioade de maxim 3 luni, fără stabilirea unei durate maxime a autorizării a fost considerată ca fiind insuficientă și periculoasă sub aspectul generării premiselor unor practici abuzive. Prin urmare, apare ca un element esențial al viitoarei reglementări faptul că durata maximă a autorizărilor cu privire la aceleași date și informații din care să rezulte existența unei amenințări la adresa securității naționale este de doi ani (art. 12⁵ alin. 4).

Și în viitoarea formă a Legii nr. 51/1991 se prevede posibilitatea ca într-o situație deosebită („atunci când întârzierea obținerii autorizării ar prejudicia grav finalitatea activităților specifice necesare” în formularea art. 12⁷) efectuarea activităților specifice să poate fi realizată fără autorizarea judecătorului. Deși în ambele reglementări durata maximă a perioadei în care pot fi efectuate aceste activități este identică (48 ore), diferența este sensibilă sub aspectul libertății de acțiune a organelor cu atribuții în domeniul securității naționale. Astfel, dacă în baza art. 22 alin. (1) din Legea nr. 535/2004 organele de stat specializate pot efectua respectivele activități fără nici o autorizare, în viitoarea reglementare este necesară autorizarea

procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție sau a înlocuitorului de drept al acestuia.

Printre numeroasele critici ale instanței europene față de procedura de autorizare a interceptărilor convorbirilor telefonice în temeiul art. 13 din Legea nr. 51/1991 a fost și aceea a lipsei unor garanții referitoare la distrugerea înregistrărilor⁵⁵. Drept consecință, în viitoarea formă a Legii nr. 51/1991 art. 12⁷ alin. (3) prevede că în situația în care judecătorul apreciază că nu se mai impune continuarea activităților autorizate de procuror poate dispune încetarea de îndată a acestora și distrugerea materialelor obținute în termen de maximum 7 zile. O copie a procesului-verbal privind distrugerea se transmite judecătorului.

Pentru prima dată în materia securității naționale se prevede și obligația conducătorului organului de stat cu atribuții în domeniu de a notifica persoana ale cărei drepturi sau libertăți au fost afectate prin activitățile autorizate atunci când datele și informațiile rezultate din aceste activități nu sunt suficiente pentru sesizarea organelor de urmărire penală și nici nu justifică desfășurarea în continuare de activități de informații cu privire la acea persoană. Deși prevederea este importantă, trebuie remarcat că în practică această notificare va fi aproape inexistentă datorită caracterului general și ambiguu al situațiilor prevăzute de art. 12⁹ în care se exclude notificarea: a) ar conduce la periclitatea îndeplinirii atribuțiilor de serviciu ale organelor de stat cu atribuții în domeniul securității naționale prin dezvăluirea unor surse ale acestora, inclusiv ale serviciilor de securitate și informații ale altor state; b) ar putea afecta apărarea securității naționale; c) ar putea aduce atingere drepturilor și libertăților unor terțe persoane; d) ar putea duce la deconspirarea metodelor și mijloacelor, inclusiv a tehnicilor speciale de investigare concrete, utilizate în cazul respectiv de organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale.

Un alt element major de noutate al Legii nr. 51/1991 îl reprezintă posibilitatea persoanelor care se consideră vătămate în drepturile sau libertățile lor fundamentale ca urmare a activităților specifice culegerii de informații să se poată adresa organelor judiciare. A rămas și în viitoarea reglementare posibilitatea sesizării comisiilor de specialitate ale Parlamen-

⁵⁵ A se vedea *Hotărârea C.E.D.O. din 26 aprilie 2007 în cauza Dumitru Popescu împotriva României* (nr. 2) publicată în „Monitorul oficial al României”, Partea I, nr. 830 din 5 decembrie 2007.

tului, însă accesul la justiție al persoanei care se consideră lezată este prevăzut expres prin varianta sesizării instanțelor judecătorești pentru repararea daunelor materiale sau morale potrivit legii civile sau a organelor judiciare prin formularea de plângeri și căi de atac potrivit Codului de procedură penală.

5. Concluzii

Prin adoptarea Legii nr. 255/2013 s-au creat premisele favorabile ca începând cu data de 1 februarie 2014 legislația românească privitoare la tehnicile speciale de investigare utilizate în materia securității naționale să intre pe altă traiectorie. De la această dată, dispare ambiguitatea legislativă generată de prevederile contradictorii ale Legii nr. 51/1991 și, respectiv, ale Legii nr. 535/2004 și se reglementează o procedură care răspunde mult mai eficient imperativului garantării drepturilor și libertăților fundamentale în mecanismul acțiunilor specifice desfășurate în scopul ocrotirii securității naționale. Deși nici viitoarea reglementare nu este scutită de critici rezonabile, este o certitudine că nu vor mai fi de actualitate majoritatea deficiențelor care grevează în prezent legislația privind securitatea națională a României.

**CONSTANTE ȘI MODIFICĂRI ÎN STRUCTURA CAUZEI
SPECIALE DE NEPEDEPSIRE ÎNTEMEIATĂ PE RELAȚIILE DE
CĂSĂTORIE ORI DE RUDENIE ALE INFRACTORULUI, ÎN
CAZUL INCRIMINĂRII NEDENUNȚĂRII UNOR INFRAȚIUNI
CONTRA SIGURANȚEI STATULUI / SECURITĂȚII NAȚIONALE,
ÎN LUMINA TRANZIȚIEI LEGISLATIVE DE LA CODUL PENAL
DIN 1968 LA NOUL COD PENAL DIN 2009**

[partea a III-a: o analiză a formelor și efectelor erorii de drept]*

MIHAI DUNEA **

Rezumat:

Prezentul articol constituie a treia parte a studiului referitor la impunitatea decurgând din calitatea de soț ori rudă apropiată, respectiv din aceea de membru de familie a infractorului care nu denunță o infracțiune contra siguranței statului, în raport de infractorul care a comis respectiva infracțiune contra siguranței statului, aspect cercetat comparativ în Codul penal român de la 1968 și în noul Cod penal român, din 2009. Primele părți ale acestui articol au fost publicate în numerele precedente al revistei.

* **Nota autorului:** Prezentul articol reprezintă o continuare a articolelor publicate în numerele precedente ale revistei (nr. 1/2012, sub titlul: *Constante și modificări în structura cauzei speciale de nepedepsire întemeiată pe relațiile de căsătorie ori de rudenie ale infractorului, în cazul incriminării nedenumțării unor infracțiuni contra siguranței statului / securității naționale, în lumina tranziției legislative de la Codul penal din 1968 la noul Cod penal din 2009 [partea I: o analiză generală]*; respectiv nr. 2/2012, sub titlul: *Constante și modificări în structura cauzei speciale de nepedepsire întemeiată pe relațiile de căsătorie ori de rudenie ale infractorului, în cazul incriminării nedenumțării unor infracțiuni contra siguranței statului / securității naționale, în lumina tranziției legislative de la Codul penal din 1968 la noul Cod penal din 2009 [partea a II-a: o analiză a formelor și efectelor erorii de fapt]*). Pentru menținerea coerenței expunerii, numerotarea problemelor abordate în această parte a articolului nu este reluată de la început, ci continuă numerotarea din părțile I și II ale articolului. Avertizăm cititorul că pe parcursul prezentului articol vor exista referiri la aspecte tratate în primele părți, care se vor efectua prin indicarea numerotării corespunzătoare locului în care a fost abordată problema la care se efectuează referirea, din partea în cauză. Pentru o perspectivă de ansamblu asupra problematicii abordate în studiul de față, recomandăm parcurgerea acestuia în continuarea consultării primelor două părți!

** Asist. univ. dr. în cadrul Facultății de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

În cadrul de față, autorul a urmărit să surprindă efectele juridice produse de eroarea de drept asupra calității care determină impunitatea în cazul analizat. Au fost luate în vedere atât ipotezele de eroare obișnuită, în sens firesc, cât și acelea de eroare în sens invers, fiind inventariate și argumentate soluțiile cele mai adecvate ale situațiilor astfel conturate.

Cuvinte cheie: *impunitate; nedenunțare; infracțiuni contra siguranței statului; Cod penal român din 1968; nou Cod penal român din 2009; eroare de drept asupra calității.*

Abstract:

This article is the third part of the study on impunity arising – in romanian criminal law – from the quality of spouse or close relative (de lege lata), or from the quality of family member (de lege ferenda), between the offender who does not denounce a crime against state security and the perpetrator of that particular crime, study conducted in a comparative manner with regard on the Romanian Penal Code of 1968 and the new Romanian Penal Code of 2009. The first two parts of this article were published in the previous issues of the journal.

In the present part, the author has sought to capture the legal effects caused by the error of law (error juris) in regard with the personal quality which determines the impunity for the crime subjected to the analysis. As a result, there were taken into account both normal hypotheses of error (error in the natural and normal sense of the term) and “reverse error” (error in a reversed sense), being taken into regard and argued the most appropriate solutions to the delineated situations.

Key words: *impunity; lack of denunciation; crimes against state security; Romanian Penal Code of 1968; new Romanian Penal Code of 2009; law error (error juris) on personal quality.*

[12.] (12.1.) Nu putem încheia studiul început în nr. 1/2012 al Analelor Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, seria Științe Juridice, continuat apoi în nr. 2/2012 al aceleiași publicații, fără a ne îndrepta atenția și asupra potențialelor *implicații pe care le-ar putea prezenta fenomenul erorii de drept* asupra reținerii incidenței cauzei speciale de nepedepsire întemeiată pe calitatea de soț sau rudă apropiată (în C. pen. din 1968), respectiv pe calitatea de membru de familie (în C. pen. din 2009), existentă între nedenunțatorul unei infracțiuni contra siguranței statului (C. pen. 1968) / securității naționale (C. pen. 2009) și subiectul activ al acesteia din urmă. Bineînțeles că abordarea acestei probleme va fi efectuată în conformitate cu o tradițională clasificare a erorii de drept, în eroare de drept

penal și eroare de drept extrapenal¹, cu atât mai mult cu cât în sistemul juridico-penal român corespunzător Codului penal de la 1968 această clasificare este uzual efectuată, fiind general admisă ca sursă a unor efecte juridice distincte.

(12.2.) Astfel, plecând de la reglementarea cuprinsă în art. 51 alin. 4 din C. pen. de la 1968, anume: „necunoașterea sau cunoașterea greșită a legii penale nu înlătură caracterul penal al faptei”, s-a admis în doctrină și practica judiciară o interpretare *per a contrario* a dispoziției, în care s-a accentuat asupra expresiei „lege penală”. Drept urmare, este general admis faptul că o eroare de drept, însă nu penal, ci de un alt specific – așadar o *eroare de drept extrapenal* – nu trebuie să se supună, din punct de vedere al efectelor produse în sfera dreptului penal, interdicției legale (de strictă interpretare) cuprinsă în norma enunțată, astfel încât o asemenea eroare va fi aptă să înlăture caracterul penal al faptei, asemănându-se din acest punct de vedere – al efectelor – cu o eroare de fapt în materie penală. Se admite, ca atare, că în materia dreptului penal fenomenul erorii de drept cunoaște un regim juridic scindat, după cum aceasta se prezintă sub forma unei necunoașteri sau a unei cunoașteri greșite a unei dispoziții aparținând dreptului penal, ori a unei prevederi cuprinsă într-o altă ramură de drept, ceea ce determină un interes crescut al clasificării astfel conturate.²

¹ Apreciem că analiza aspectelor privind eroare de drept extrapenal și efectele sale în materia studiată își găsesc locul într-un cadru mai general referitor la eroarea de drept și nu la aceea de fapt, deși cu aceasta din urmă este, în general, asemănată eroarea asupra unei norme extrapenale, din perspectiva efectelor produse în materia dreptului penal. În sensul acesta putem invoca inclusiv unele luări de poziție din literatura de specialitate: „Împrejurarea că în doctrina penală eroarea asupra normei extrapenale este considerată ca având rolul, valoarea sau semnificația unei erori de fapt ori este asimilată cu eroarea de fapt, producând aceleași efecte sau este considerată echivalentă cu eroarea de fapt nu schimbă caracterul de eroare de drept al erorii asupra normei extrapenale. Atât eroarea asupra normei penale, cât și eroarea asupra normei extrapenale poartă asupra unei reguli juridice, iar nu asupra unei stări, situații sau împrejurări din realitatea de fapt (...)” – Adina Vlășceanu, *Eroarea asupra normei juridice*, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 6.

² În literatura de specialitate s-a arătat faptul că această situație nu este specifică oricărui sistem național de drept, deoarece există state a căror legislație penală se caracterizează printr-o lipsă de relevanță a formei sub care se prezintă fenomenul erorii de drept (erorii asupra normei, erorii asupra interdicției) în cadrul dreptului penal - George Antoniu, *Vinovăția penală*, Editura Academiei Române, București, 1995, p.328 [cu referire la sistemul de drept italian]; Idem, *Eroarea de drept penal*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 2/1994, p. 18; A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 68 [cu referire la legislația franceză]. Oarecum în același sens se

(12.3.) Dat fiind faptul că, în principiu, conform reglementării legii penale generale române din 1968, eroarea de drept extrapenal este recunoscută a produce în materie penală efecte juridice similare celor produse de o eroare de fapt³ propriu-zisă (aspect prevăzut expres în noul Cod penal⁴, din 2009), reiese că toate aprecierile, argumentele și concluziile anterior formulate⁵ în legătură cu influența și efectele erorii de fapt a nedenunțatorului asupra calității de prezență căreia legea condiționează incidența cauzei speciale de impunitate pe care o analizăm în prezentul cadru, urmează a fi valabile – *mutatis mutandis* – și cu privire la eroarea (corespunzătoare) de drept extrapenal a acestuia. Astfel, în materia cercetată, o reprezentare greșită a realității provenind dintr-o eroare de drept extrapenal s-ar putea prezenta sub forma unei greșite cunoașteri a prevederilor din legea civilă referitoare la determinarea gradelor de rudenie, ori la criteriile potrivit cărora se efectuează, în legea civilă, încadrarea anumitor persoane în

pronunță și: Florin Streteanu; *Tratat de drept penal. Partea generală. Vol. I*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 568.

³ G. Antoniu, *op. cit.* - *Vinovăția penală*, p. 318, 327; Idem, *op. cit.* - *Eroarea de drept penal*, R.D.P. nr. 2/1994), p. 13; Idem, *Eroarea de fapt*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 1/1995, p. 23; Vintilă Dongoroz, în: Vintilă Dongoroz (coordonator), Iosif Fodor, Siegfried Kahane, Ion Oancea, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu, Victor Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea generală, vol. I*, ediția a II-a, Ed. Academiei române, Ed. All Beck, București, 2003, p. 377; Gheorghe Dăringă, în: Teodor Vasiliu (coordonator), George Antoniu, Ștefan Daneș, Gheorghe Dăringă, Dumitru Lucinescu, Vasile Papadopol, Doru Pavel, Dumitru Popescu, Virgil Rămureanu, *Codul penal comentat și adnotat. Partea generală*, Ed. Științifică, București, 1972, p. 379; Maria Zolyneak, în: Maria Zolyneak, Maria Ioana Michinici, *Drept penal. Partea generală*, Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 1999, p. 302; Costică Bulai, Bogdan Nicolae Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, p. 2007, p. 280; Constantin Mitrache, în: Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, ediția a VIII-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p.170; Viorel Pașca, în: Matei Basarab (coordonator), Viorel Pașca, Gheorghică Mateuț, Constantin Butiuc, *Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 313.

⁴ Potrivit alin. 4 al art. 30 din Legea nr. 286/2009, „prevederile alin. 1-3 [similare, în liniile esențiale ale conținutului exprimat, cu prevederile alin. 1-3 din art. 51 C. pen. din 1968 – p.n., M.D.] se aplică în mod corespunzător și în cazul necunoașterii unei dispoziții legale extrapenale”.

⁵ În acest sens, a se vedea partea a II-a a articolului, publicată în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*, seria *Științe Juridice*, nr. 2/2012 (lucrarea poate fi consultată și în format electronic, la adresa:

http://laws.uaic.ro/docs/pdf/articole/2012/volII/07_Mihai_Dunea_art_part_II.pdf).

categoriile indicate ca generând impunitatea (spre exemplu, nedenunțatorul nu crede că un copil născut dintr-o relație de adulter a unuia dintre părinții săi, sau dintr-o relație a acestora anterioară căsătoriei din care a rezultat el însuși, ori un copil dintr-o căsătorie anterioară sau ulterioară a unuia dintre părinții săi, în raport de căsătoria în cadrul căruia s-a născut chiar el etc., întrunește, potrivit legii civile, condițiile pentru a fi considerat fratele său, așadar rudă colaterală de gradul al II-lea, apreciat de legea penală drept „rudă apropiată”, noțiune de care este legată nepedepsirea în ipoteza pe care o avem în vedere aici, dar, cu toate acestea, nu denunță infracțiunea contra statului comisă de o asemenea persoană, deși a luat la cunoștință de săvârșirea faptei respective). Nu este improbabilă nici împrejurarea în care agentul ar aprecia eronat că nu mai este, la momentul comiterii faptei, soț al persoanei avute în vedere pentru dobândirea impunității, ca efect al greșitei aprecieri a datei desfacerii căsătoriei (spre exemplu, a fost pronunțată hotărârea de divorț, dar aceasta nu era definitivă la data în considerare a căreia sunt apreciate efectele juridice care ne interesează).

(12.4.) În mod similar, apreciem că există numeroase ipostaze concrete care să evidențieze o eroare inversă asupra calității generatoare a nepedepsirii, datorată greșitei cunoașteri a existenței sau conținutului (sferei de cuprindere și de aplicare) a unei norme extrapenale. Putem imagina, de pildă, situația celui care se consideră prin efectul trecerii timpului și a comuniunii de trai, fiu sau frate al unei alte persoane, în condițiile în care, în lipsa oricărei legături biologice de rudenie (sau, eventual, în prezența unei asemenea legături situată în afara limitelor noțiunii de „rudă apropiată”, în sensul penal al termenului), a fost crescută în fapt (fără formalități de adopție) de către respectiva persoană / de părinții acesteia. Sau, putem considera aici situația persoanei care, dintr-o necunoaștere exactă a legii civile, continuă a se considera soț al alteia, în pofida pronunțării unei hotărâri de divorț definitivă sub aspectul relațiilor de căsătorie (respectiva hotărâre este definitivă în privința capătului de cerere referitor la desfacerea căsătoriei), în condițiile în care procedurile judiciare ce îi implică pe cei doi foști soți nu s-au finalizat complet sub alte aspecte legate de fosta lor căsătorie (există și alte capete de cerere, accesorii – privind, de exemplu, numele ce urmează a fi purtat de foștii soți după desfacerea căsătoriei,

încredințarea minorilor⁶ ce au rezultat din respectiva căsătorie, partajul bunurilor comune dobândite în timpul fostei căsătorii etc. – asupra cărora hotărârea pronunțată nu a dobândit caracter definitiv la momentul nedenunțării).

(12.5.) În toate situațiile în care s-ar reține astfel de cazuri de eroare asupra calității de care legea condiționează impunitatea, fondate pe o eroare de drept extrapenal, vom reține soluțiile corespunzătoare indicate în cadrul analizei privind eroarea de fapt.

Astfel, în ipotezele de *eroare obișnuită* (de drept extrapenal), în materia cercetată, considerăm *incidentă cauza specială de nepedepsire*, atrasă de verificarea obiectivă a calității legal solicitate, cu desconsiderarea faptului că existența acelei calități nu a fost corect reflectată în conștiința agentului la data comiterii infracțiunii; soluția este afirmată indiferent de legislația de referință pentru infracțiunea avută în vedere: Codul penal de la 1968, ori acela din 2009.

În ipotezele de *eroare inversă* (de drept extrapenal), în cazul infracțiunii avute de noi în vedere (și al altor infracțiuni similare: omisive și având atașată o astfel de cauză de nepedepsire) apreciem, de asemenea, prin raportare la *noul Cod penal (din 2009)*, a fi *aplicabilă impunitatea, fără excepții*, prin ignorarea neîntrunirii în realitatea obiectivă a condițiilor legale de acordare a acesteia, în considerarea reprezentării subiective (chiar incorecte) a agentului și a specificului motivațional, decizional, pe care este de presupus (în mod rezonabil) că l-a produs această eroare în psihicul acestuia, cu efect declanșator / amplificator al hotărârii de comitere a conduitei incriminate (practic, în această situație, concordanța la nivel psihic dintre mecanismul decizional care se presupune că l-a animat pe agent și considerentele – valorificante ale unor factori de natură subiectivă – care l-au determinat pe legiuitor să acorde impunitatea, compensează lipsa obiectivă a calităților de întrunirea cărora legea a legat prezumția subiectivă a existenței afectelor în considerarea cărora s-a admis nepedepsirea). În contextul noului Cod penal, pentru rațiuni dezvoltate anterior (în raport de ipoteza erorii inverse de fapt asupra calității determinante a impunității nedenunțatorului

⁶ Sau, potrivit terminologiei utilizate de legiuitorul noului Cod civil (Legea nr. 287/2009, publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009 și republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, în temeiul art. 218 din legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a noului Cod civil), exercitarea autorității părintești asupra minorilor rezultați din căsătorie (art. 397, 398 și 399) și stabilirea locuinței acestora (art. 400).

unei infracțiuni contra securității naționale⁷), va fi indiferent caracterul culpabil sau neculpabil al acestei erori, precum și raportarea acestui criteriu la specificul laturii subiective a infracțiunii (chiar și o eroare culpabilă, existentă în ipoteza săvârșirii din culpă a faptei, va permite acestei cauze de nepedepsire putative să producă efecte juridice identice celor care ar fi fost determinate de existența obiectiv reținută a respectivei cauze de nepedepsire).

(12.6.) Prin raportare la stadiul de reglementare corespunzător activității *Codului penal din 1968*, considerăm, însă, că această din urmă soluție (referitoare la admiterea producerii de efecte de impunitate bazate pe o eroare inversă de drept extrapenal, generatoare a unei cauze de nepedepsire putative) nu se mai menține, *fără rezerve*, decât prin raportare la *fapte incriminate doar ca infracțiuni intenționate (sau praeterintenționate)*, ceea ce nu este cazul (în această legislație) în privința nedenunțării unor infracțiuni contra siguranței statului. În privința unor *fapte incriminate (și) ca infracțiuni din culpă* (așa cum este infracțiunea prevăzută în art. 170 alin. 1 C. pen. de la 1968), impunitatea atrasă de o cauză de nepedepsire putativă, generată de o *eroare inversă* asupra calității determinante a impunității, eroare purtând asupra unei *norme de drept extrapenal*, va fi admisă *numai în măsura în care nu va fi o eroare culpabilă, ci una invincibilă*. În caz contrar, realitatea va prevala, reprezentarea greșită imputabilă a infractorului neputându-i atrage nepedepsirea în contra realității faptice și legale obiective, putând – eventual – să i se valorifice ca circumstanță atenuantă judiciară, ori ca simplu element cu valență atenuantă în cadrul procesului de individualizare judiciară a pedepsei!⁸

⁷ A se vedea analiza întreprinsă anterior (partea a II-a a articolului), la punctul 11.9.

⁸ Pentru o opinie din doctrină care exprimă o idee similară (în materia atenuanțelor, pe care, după cum am mai indicat deja, o putem admite – cel puțin într-o anumită măsură, în problema de față – ca fiind extensibilă și asupra cauzelor de nepedepsire), dar fără a se opera, în raport de reglementarea *Codului penal de la 1968*, distincțiile de soluție propuse de noi, în considerarea caracterului culpabil sau nu al erorii, în relație cu specificul laturii subiective a infracțiunii (admiterea sau excluderea culpei), a se vedea: A. Vlăsceanu, *op. cit.*, p. 143-145. Autoarea arată: „Eroarea asupra normei extrapenale nu se asimilează sub aspectul efectelor cu eroarea de fapt numai atunci când este principală, adică atunci când privește o normă de drept extrapenal de a cărei cunoaștere depinde caracterul penal al faptei, ci și când este secundară și, deci, privește conținutul normei extrapenale la care face referire o variantă agravată a infracțiunii sau care întregeste un element normativ din conținutul acesteia. (...) Norma extrapenală poate completa și o variantă atenuată a infracțiunii sau poate întregi un element

[13.] (13.1.) În ceea ce privește *incidența unei eventuale erori de drept penal în materia supusă analizei*, urmează a distinge, de asemenea, între o *eroare obișnuită* și una *în sens invers*. În primul caz, admitem să aducem problema în sfera studiului⁹, cu toate că în lumina legislației penale

normativ din conținutul acesteia. Dacă făptuitorul, din cauza erorii asupra conținutului unei asemenea norme extrapenale, crede că a acționat în condițiile unei variante atenuate a infracțiunii, va răspunde în raport cu varianta atenuată aflată în reprezentarea sa. De exemplu, atunci când existența variantei atenuate a infracțiunii depinde de calitatea subiectului activ sau pasiv, care nu poate fi concepută decât prin referire la o normă extrapenală, dacă, dintr-o eroare asupra conținutului acestei norme extrapenale, făptuitorul crede că are calitatea care determină incidența variantei atenuate ori că a săvârșit fapta împotriva [sau asupra, în legătură cu – p.n., M.D.] unei persoane având calitatea care determină incidența unei asemenea variante, va răspunde pentru varianta atenuată a infracțiunii, aflată în reprezentarea sa. Soluția ar urma să fie admisă și în raport cu legea penală română, deoarece, dacă făptuitorul răspunde pentru fapta aflată în reprezentarea sa atunci când eroarea poartă asupra circumstanțelor agravante (făptuitorul crede, eronat, că nu a săvârșit fapta în condițiile variantei agravate, ci în condițiile formei de bază a infracțiunii), va răspunde pentru fapta aflată în reprezentarea sa și atunci când eroarea poartă asupra circumstanțelor atenuante (făptuitorul crede, eronat, că a săvârșit fapta în condițiile variantei atenuate, iar nu în condițiile formei de bază a infracțiunii)”.

⁹ Pentru o poziție de excludere a analizei posibilelor efecte produse de eroarea de drept penal asupra unor instituții ale dreptului penal, altele decât acelea de care se leagă însuși caracterul penal al faptei (în speță, era vorba despre efectele erorii în cazul circumstanțelor atenuante legale), cu o motivare, în acest sens, legată de interpretarea uzuală a implicațiilor dispoziției din art. 51 alin. 4 C. pen. de la 1968, a se vedea, de pildă: Daniel Nițu, *Efectele erorii de fapt în cazul circumstanțelor atenuante legale*, în revista *Caiete de Drept Penal*, nr. 1/2006, p. 65.

De asemenea, mult mai explicit formulată (dar pe o fundamentare pe care o considerăm criticabilă, după cum vom arăta în continuare), s-a exprimat în doctrină opinia conform căreia: „Regulile referitoare la eroarea de drept penal nu se aplică, însă, în cazul erorii asupra unei cauze de nepedepsire. Spre deosebire de eroarea asupra normei de incriminare sau asupra cauzei justificative, în cazul erorii asupra unei cauze de nepedepsire, persoana are conștiința că acționează în mod ilegal, dar crede că beneficiază de o cauză de nepedepsire pe care legea penală nu o prevede sau că o cauză de nepedepsire prevăzută de legea penală operează în limite mai extinse. [Trebuie să specificăm, reluând o idee anterior dezvoltată (în cuprinsul expunerii de la punctul 9), că din punctul nostru de vedere – după cum se va reafirma, de altfel, la un moment ulterior al analizei (pe cuprinsul expunerii de la punctul 14) – în această ipoteză este vorba de o eroare inversă de drept penal asupra cauzei de impunitate, iar nu de o eroare în sens normal – p.n., M.D.] În acest caz, neexistând în momentul săvârșirii faptei o eroare asupra caracterului ilegal al acesteia, nu va fi înlăturată vinovăția.” – A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 62. Credem că problema, în forma indicată, este greșit pusă, pentru următoarele motive: desigur că eroarea [inversă, credem noi] de drept, asupra existenței unei cauze de nepedepsire obiectiv inexistente sau ne-incidente în speță (adică acționarea agentului în

autohtone aflate sub semnul codificării de la 1968, majoritatea doctrinei exclude admiterea producerii oricăror efecte determinate de necunoașterea sau cunoașterea greșită a unei norme penale¹⁰. Soluția este întemeiată pe existența prevederii cuprinse în art. 51 alin. 4 C. pen. (din 1968).

(13.2.) Apreciem că există un interes – deopotrivă teoretic, cât și practic – în *abordarea problemei potențialelor efecte pe care le-ar putea produce eroarea de drept penal asupra dispozițiilor cu rol de cauze de*

condițiile unei cauze de impunitate putative), nu ar putea nicidecum să conducă la producerea unui efect juridic constând în înlăturarea vinovăției! Acest lucru este absurd, din moment ce logica împiedică a se admite că fenomenul erorii asupra existenței sau incidenței unei norme juridice (prevederi legale) având un conținut (ipotetic, în reprezentarea eronată a agentului) care să implice producerea de efecte favorabile pentru individ, ar putea vreodată să determine existența unor efecte juridice reale mai largi decât acelea care s-ar produce în ipoteza verificării existenței și incidenței propriu-zise, reale, concrete, efective, a instituției de drept respective (conținute de norma juridică, de prevederea legală cu existență sau incidență imaginară, dacă acestea chiar ar exista și ar fi incidente). În cel mai bun caz, eroarea valorificată în favoarea agentului îi va aduce acestuia beneficii inferioare sau cel mult egale celor produse de instituțiile de drept greșit reprezentate ca existente ori incidente, în ipoteza în care aceste reprezentări ar fi fost adevărate și acele norme s-ar fi aplicat propriu-zis, în mod firesc. Prin eroare nu s-ar putea în nicio împrejurare obține beneficii mai mari decât acelea care ar fi existat dacă reprezentările greșite ale agentului s-ar fi dovedit, de fapt, a fi corecte! Ca atare, în opinia citată, termenii comparației: *cauză* (eroare [inversă] asupra existenței / incidenței normei de nepedepsire) – *efect* (înlăturarea vinovăției, așadar excluderea caracterului penal al faptei, înlăturarea infracțiunii), sunt incorect selectați, fiind incompatibili, situați pe planuri de referință distincte, inclusiv la nivelul ireductibil al raportării la instituțiile fundamentale ale dreptului penal, căci primul ține de pedeapsă, iar al doilea de infracțiune. În mod corect, problema trebuia pusă în următorii termeni: eroarea [inversă] de drept penal, asupra existenței / incidenței normei de nepedepsire (care, desigur, nici nu s-ar putea ridica problema să afecteze vinovăția, așadar nici existența caracterului penal al faptei, care trebuie în prealabil fixată drept infracțiune pentru a ajunge măcar la discuția asupra erorii privind caracterul pedepsibil sau nu al acesteia), va avea aptitudinea de a produce efecte juridice (bineînțelese, în propriul plan de referință, anume efecte dintre acelea pe care le-ar putea produce constatarea existenței obiective, în speță, a cauzei de nepedepsire, dacă aceasta ar fi reală), constând în dobândirea impunității de către infractor, ori nu? Astfel abordată chestiunea potențialelor efecte juridice ale unei erori [inverse] de drept penal, în legătură cu o cauză de impunitate (altfel, spus, chestiunea unei cauze de nepedepsire putative) – în forma pe care urmează a o analiza mai încolo (punctul 14) – se va ajunge la concluzia că fenomenul erorii de drept (inclusiv de drept penal) merită a fi cercetat și în alte domenii decât acela al implicațiilor produse asupra existenței caracterului penal al faptei.

¹⁰ Pentru evidențiere în acest sens, a se vedea, de pildă: G. Antoniu, *op. cit.*, p. 329 ș.u. (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 15 ș.u. (în articolul din R.D.P. nr. 2/1994).

nepedepsire (ori de reducere a pedepsei), prin prisma afirmației potrivit căreia interpretarea obișnuită care se dă art. 51 alin. 4 C. pen. din 1968 este, în mod nejustificat, una extensivă! Avem în vedere, în acest sens, în primul rând, caracterul de normă penală generală prohibitivă a dispoziției indicate, care produce un efect restrictiv asupra sferei cauzelor de excludere a infracțiunii, așadar consecințe în defavoarea acelor destinatari ai legii penale care au exteriorizat conduite tipizate într-o normă de incriminare determinată. O asemenea dispoziție (din ce în ce mai des și mai aspru criticată¹¹ pentru afirmarea obligatorie și inflexibilă, lipsită de nuanțe, a principiului *nemo censetur ignorare legem* în sfera unui drept penal modern tot mai puțin compatibil cu realitățile sociale care au justificat apariția și afirmarea acestui principiu, prin care se oferă forță juridică obligatorie unei prezumții – absolute – de cunoaștere a tuturor dispozițiilor legii penale de către toți destinatarii acesteia, prezumție descrisă ca fiind puternic ruptă de realitate și de dimensiunea propriu-zisă a ceea ce este omeneste posibil și realizabil, în limite rezonabile, mai ales în raport de destinatarii obișnuiți, lipsiți de pregătire juridică, ori de cei provenind dintr-un alt spațiu normativ), trebuie, fără nicio urmă de dubiu, să fie apreciată drept una de strictă interpretare¹². Soluția în acest sens o atingem inclusiv luând în considerare sediul materiei: partea generală a Codului penal de la 1968, Titlul al II-lea („Infracțiunea”), Capitolul V („Cauzele care înlătură caracterul penal al faptei”), aspect în lumina căruia reiese cu evidență că dispoziția în cauză este incidentă exclusiv în materia astfel ordonată (se are în vedere doar interzicerea producerii efectelor acelei erori de drept penal care – dacă ar fi lăsată să opereze – ar conduce la înlăturarea caracterului penal al faptei), ceea ce se impune – de altfel – și din lectura normei vizate, formularea expresă a legiuitorului circumscriind câmpul de aplicare a interdicției din alin. 4 al art. 51 doar la domeniul înlăturării caracterului penal al faptei. Atunci când legea a dorit să transleze mecanismul și efectele produse de

¹¹ În acest sens: Ibidem, p. 329 ș.u. (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 15 ș.u. (în articolul din R.D.P. nr. 2/1994); A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 105-115; V. Pașca, în: M. Basarab (coordonator) și colectiv, *op. cit. (vol. I, partea generală)*, p. 313; Sergiu Bogdan, *Eroarea în dreptul penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 127-138; F. Streteanu, *op. cit.*, p. 584, 585.

¹² Apreciem că se impune, cu puterea evidenței, că în această problemă ne aflăm în fața unuia dintre cele mai indiscutabile domenii de aplicare a unor reguli precum: *poenalia restringenda sunt, ori poenalia sunt strictissimae interpretationis!*

eroare, de la nivelul înlăturării caracterului penal al faptei, referindu-se și la acțiunea acesteia asupra unor simple circumstanțe, s-a asigurat inserarea unei prevederi explicite în acest sens (alin. 2 al art. 51 – text cu aplicare strict limitată la ipoteza erorii de fapt), ceea ce nu se întâmplă și în raport de situația erorii de drept, de unde s-ar putea deduce că interdicția producerii de efecte ca urmare a existenței unei erori de drept penal vizează numai cazurile în care astfel s-ar ajunge la excluderea infracțiunii, nu însă și acelea în care efectul al fi mai restrâns (vizând, spre exemplu, doar înlăturarea caracterului pedepsibil al infracțiunii comise).

Observăm, însă, că nu acesta este cazul în maniera frecventă de interpretare a sensului acestei norme, care pare (tinde) să fie extins (de principiu) în mod nepermis – opinăm noi – și la alte ipoteze decât cele expres și limitativ exprimate în textul legal. Se afirmă, astfel, de regulă, că în dreptul penal român eroarea de drept penal nu produce efecte (se subînțelege¹³: în general, ca standard, indiferent asupra cărei instituții a

¹³ Avem în vedere numeroasele afirmații de acest gen inserate în lucrări de teorie și preluate ca atare în cuprinsul unor documente provenind din practica judiciară, în cuprinsul cărora nu se specifică sfera de cuprindere a afirmației, aceasta nefiind expres circumscrisă problemelor legate de reținerea ori excluderea existenței (în anumite cazuri concrete determinate) a instituției fundamentale a infracțiunii. Parafrazând o cunoscută regulă de interpretare folosită în drept, vom conchide că acolo unde sursa nu distinge nuanțe în exprimarea unei idei, sensul în general transmis va fi că ideea respectivă este prezentată ca fiind valabilă în raport de o multitudine de ipostaze posibile, nelimitându-se validitatea sa într-un sens strict orientat.

Avem în vedere, printre altele, formulări utilizate în următoarele surse: G. Antoniu, *op. cit.*, p. 328 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 13, 14 (în articolul din R.D.P. nr. 2/1994) [autorul face referire la principiul *ignorantia legis non excusat*]; A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 44 (deși autoarea menționează „necunoașterea sau cunoașterea greșită a legii penale nu înlătură caracterul penal al faptei”, concluzionează într-un sens larg: „deci, nu produce efecte”, fără a mai relua referirea strict la domeniul caracterului penal al faptei; apoi, la p. 105, se indică, nedistinct: „În sistemul care are la bază principiul *nemo censetur ignorare legem*, eroarea asupra normei penale nu are relevanță, deoarece cunoașterea legii penale este prezumată, întrucât nimeni nu poate fi presupus sau socotit că o ignoră și nimănui nu-i este permis să nu o cunoască...”); Sergiu Bogdan, *Conștiința ilicitului și efectele ei în materia erorii de drept penal*, în revista *Caiete de Drept Penal*, nr. 1/2006, p. 57; F. Streteanu, *op. cit.*, p. 567 (care reamintește principiul enunțat anterior, sub o formă oarecum diferită: *error iuris non excusat*); V. Pașca, în: M. Basarab (coordonator) și colectiv, *op. cit. (vol. I, partea generală)*, p. 51 (unde se precizează expres: „practic, în dreptul penal, problema erorii este restrânsă numai la eroarea de fapt”); G. Antoniu, în: George Antoniu (coordonator), Costică Bulai, Constantin Duvac, Ioan Griga, Gheorghe Ivan, Constantin Mitrache, Ioan Molnar, Ilie

dreptului penal ar purta respectiva eroare, sau asupra cărui fel de normă a dreptului penal, în condițiile în care dispoziția legală prohibitivă nu se raportează, direct, decât la dimensiunea înlăturării caracterul penal al faptei.¹⁴ Dacă ar fi, așadar, să interpretăm *per a contrario* dispoziția din art. 51 alin. 4 C. pen. de la 1968, însă nu în sensul uzual al acestei interpretări – care, prin accentuarea părții din prevedere referitoare la *legea penală* conduce la aprecierea că erorii de drept extrapenal (necunoașterii sau cunoașterii greșite a legii extrapenale) i se recunoaște aptitudinea de a conduce la înlăturarea caracterului penal al faptei – ci într-un alt sens, accentuând în acest demers o altă parte a dispoziției, anume aceea referitoare la efectul de *înlăturare a caracterului penal al faptei*, ar reieși că deși necunoașterea sau cunoașterea greșită a legii penale nu înlătură caracterul penal al faptei, acesteia i s-ar putea admite alte efecte în materie penală, consecințe legate de alte instituții ale dreptului penal decât aceea fundamentală a infracțiunii! De exemplu, ar putea să apară valid, printr-o asemenea manieră de interpretare *per a contrario* a dispoziției din art. 51 alin. 4 C. pen. din 1968, enunțul: necunoașterea sau cunoașterea greșită a legii penale (poate) produce efecte în materia cauzelor de nepedepsire, (poate) înlătura pedepsibilitatea!¹⁵

Pascu, Viorel Pașca, Ovidiu Predescu: *Explicații preliminare ale noului Cod penal, Vol. I (art. 1-52)*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 169.

¹⁴ Afirmațiile în general largi, necircumstanțiate, efectuate în doctrina penală română cu privire la lipsa (principală) de efecte juridice a erorii de drept penal, ar fi lipsite de posibilitatea formulării oricărei rezerve doar în prezența unei dispoziții legale de tipul aceleia cuprinse în art. 5 din Codul penal italian (de la 1930), care dispune că „nimeni nu poate invoca în favoarea sa ignoranța [necunoașterea] legii penale” (traducerea normei în limba română este preluată din: A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 47, dar și din: S. Bogdan, *op. cit.*, p. 201; de altfel, în aceste surse se indică, totodată, că datorită caracterului prea radical al acestei dispoziții, interpretarea textului în cauză a fost, oricum, obligatoriu restrânsă, ca urmare a pronunțării unei decizii a Curții Constituționale italiene – hotărârea nr. 364/1988 – potrivit căreia s-a stabilit caracterul neconstituțional al prevederii indicate, în măsura în care aceasta nu ar permite producerea de efecte juridice exoneratoare întemeiate pe o eroare de drept penal având caracter invincibil). În formularea din limba italiană, textul este astfel redactat: „Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale”- codul penal italian poate fi consultat, în format electronic, la adresa de internet: http://www.perrupato.it/codici/codice_penale.htm.

¹⁵ Credem că putem interpreta o formulare (oarecum adaptată) din doctrină, într-un sens care să susțină acest demers atipic. Astfel, în contextul unei prezentări a noțiunilor de „eroare esențială și neesențială”, respectiv „eroare principală și eroare secundară”, în argumentarea unei atitudini critice (întemeiate, credem noi) cu privire la tendința de tratare ca noțiuni

(13.3.) Deși la o primă vedere o asemenea afirmație, pusă în legătură cu (și dedusă din) o posibilă interpretare *per a contrario* atipică a normei care conține expres formulată interdicția de invocare a erorii de drept penal ca sursă de efecte juridice cu efect exonerator (asupra existenței infracțiunii) în dreptul penal român aflat sub incidența Codului penal de la 1968, ar putea să apară ca fiind excesiv de temerară, suntem de părere că o modificare a perspectivei, a unghiului de abordare a problemei, conduce implicit la acceptarea validității acestei teze. Astfel, s-ar putea cu temei afirma că în cadrul verificărilor necesare pentru reținerea incidenței cauzei de nepedepsire pe care o studiem aici și pentru acordarea beneficiului său, se poate

sinonime a erorii esențiale și a celei principale – pe de o parte – respectiv a erorii neesențiale și a celei secundare – pe de altă parte – s-a exprimat următoarea afirmație: „În raport cu legea penală română în vigoare [referirea are în vedere Codul penal de la 1968 – p.n., M.D.], cu atât mai mult nu s-ar putea pune semnul egalității între eroarea esențială și cea principală, întrucât în viziunea legiuitorului Codului penal de la 1969 [spre deosebire de modalitatea aleasă de noi pentru a determina o codificare penală, prin raportare la data acesteia, autoarea face referire la legea nr. 15/1968 în considerarea datei sale de intrare în vigoare, iar nu a momentului promulgării, formulă întâlnită adeseori în doctrină; avem unele rezerve față de această manieră de identificare a reglementării, ridicând, cu titlu de exemplu, următoarea problemă: în perioada de *vacatio legis*, cum se va efectua, prin indicarea unei date, referirea la o lege promulgată, dar încă neintrată în vigoare (?); sau: cum s-ar putea efectua, astfel, raportarea la o reglementare aflată într-o situație atât de nefericită precum aceea a vechiului nou Cod penal al României, promulgat prin legea nr. 301/2004, care a fost – în mod complet atipic – abrogat (prin art. 446 alin. 2 din noul nou Cod penal al României, promulgat prin legea nr. 286/2009) anterior intrării sale în vigoare?] eroarea principală asupra normei penale este o eroare neesențială, neproducând efecte asupra răspunderii penale” – A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 80 (subsol). Dintr-o interpretare *per a contrario* a frazei, ar reieși că, limitând aprecierea asupra caracterului neesențial al erorii asupra normei penale (în înțelegerea viziunii legiuitorului penal român de la 1968), doar la eroarea principală asupra acesteia, autoarea ar admite faptul că eroarea secundară asupra normei penale (privind alte aspecte decât caracterul penal al acesteia) ar putea fi o eroare esențială (așadar, una care să fie producătoare de efecte juridice, desigur, raportate la tipul specific de efecte pe care l-ar putea produce respectiva instituție secundară, dacă nu ar fi fost vorba doar despre o eroare). Este, totuși, adevărat, că autoarea restrânge, în expunerea sa (la acest punct), eroarea secundară, doar la o eroare asupra normei care prevede o variantă agravată a infracțiunii, ceea ce credem că este excesiv de restrictiv, noi optând să înțelegem prin acest tip de eroare, orice necunoaștere sau cunoaștere greșită a unui aspect al unei norme penale de care nu este condiționat caracterul penal al unei fapte, deci, inclusiv eroarea asupra unei cauze de impunitate. De altfel, într-o abordare ulterioară a problemei erorii secundare (în legătură cu eroare de drept extrapenal), expunerea aleasă transmite ideea că se admite – totuși – integrarea erorii asupra unei atenuante în cadrul erorii secundare; pentru aceasta, a se vedea: Ibidem, p. 142-145.

ridica măcar problema necesității verificării reflectării în conștiința agentului a existenței normei ce consacră impunitatea în cauză? Chiar presupunând că organului judiciar i s-ar prezenta drept certă, pe bază de probe, lipsa de cunoaștere a normei în cauză de către cel care a comis nedenunțarea, la data acestei săvârșiri, ar fi oare posibilă și admisibilă soluția refuzului valorificării cauzei de nepedepsire în beneficiul infractorului, întemeiată pe un asemenea motiv (eroarea sa asupra existenței sau conținutului ori sferei de cuprindere a dispoziției de impunitate)? Apreciem că nu pot subzista dubii în a evidenția un răspuns în mod evident negativ corespunzător acestor interogații retorice! Nimic din modul de redactare al textului analizat (ori a altor prevederi care s-ar afla în legătură cu el), ori din mecanismele firești de interpretare și aplicare a acestuia în practica judiciară, nu sugerează posibilitatea unei alte soluții, divergente, în această materie.

Astfel stând lucrurile, reprezintă o simplă chestiune de consecvență în a admite că demersul de calificare a problemei abordate din perspectiva instituției erorii justifică afirmarea valorii de adevăr a aprecierii că eroarea asupra unei norme de drept penal produce efecte juridice și în dreptul penal român corespunzător reglementării generale prin Codul penal de la 1968, desigur, nu în ceea ce privește înlăturarea caracterului penal al unei fapte, ci în raport de alte instituții ale dreptului penal, cu efecte mai puțin radicale, precum cauzele de nepedepsire (ori cele de reducere a pedepsei).

(13.4.) Ca atare, pentru a beneficia de efectul pozitiv pe care îl implică asupra persoanei sale cauza de nepedepsire cercetată, infractorul nu trebuie în mod obligatoriu să cunoască existența prevederii legale care o consacră, sau să conștientizeze (în ipoteza în care această cunoaștere există) că norma este incidentă în privința sa.¹⁶ Indiferent dacă agentul verifică această

¹⁶ Într-un sens asemănător, invocăm o poziție adoptată în doctrină cu privire la o chestiune al cărui domeniu de incidență îl putem extinde (cum s-a întâmplat, deja, de câteva ori, pe parcursul acestui studiu) și în materia cercetată, a erorii de drept asupra unei cauze justificative, anume aceea exprimată de: S. Bogdan, *op. cit.*, p. 174. Comentând ipoteza în care „agentul crede în mod eronat că pentru fapta sa nu este aplicabil sau nu există un text exonerator” [ipoteză indicată de autor drept o eroare inversă, indirectă, de drept penal, purtând asupra unei cauze justificative, dar pe care – după cum s-a indicat la un punct anterior (a se vedea dezvoltările de la punctul 9) – noi o apreciem a fi o eroare firească, în sens normal, de drept penal, cu privire la o normă care consacră o asemenea cauză], autorul citat precizează: „Într-o astfel de ipoteză, fapta nefiind prevăzută de legea penală [(sic!) – credem că în cazul existenței unei cauze justificative, fapta comisă rămâne tipică, deci prevăzută de legea penală, dar devine permisă de ordinea de drept; nu apreciem că verificarea neîntrunirii condițiilor unei

cunoaștere sau nu – caz în care se află într-o eroare de drept penal cu privire la o cauză de nepedepsire – impunitatea sa este asigurată! Apreciem că soluția nu este afectată de tipul culpabil ori neculpabil al erorii, impunitatea profitând inclusiv infractorului căruia i se poate imputa o culpă în necunoașterea ori cunoașterea greșită a legii penale, sub aspectul consacării respectivei cauze de nepedepsire (chiar dacă este vina sa că nu a cunoscut incidența unei dispoziții de impunitate, agentul va beneficia de efectele acesteia).

(13.5.) În plus, credem că se prezintă sub forma unui argument logic care susține concluzia astfel atinsă și următorul raționament: legiuitorul penal român căruia îi poate fi atribuită punerea și menținerea în vigoare a Codului penal de la 1968, inclusiv dispoziția cuprinsă în alin. 4 al art. 51 din acest act normativ, prin chiar această prevedere transmite (din diverse rațiuni, asupra cărora se poate polemiza, dar care sub aspectul de față sunt în principiu irelevante) un mesaj, o poziție reprezentativă pentru atitudinea de politică penală care se poate argumenta că este caracteristică acestei legislații. Ideea esențială a acestei atitudini apreciem că poate fi enunțată (fără pericolul unei prea mari greșeli) prin aceea că este, în concret (în mod efectiv), irelevant, indiferent, pentru producerea efectelor juridice specifice ale reglementărilor conținute în normele penale, procesul real, efectiv, de reflectare a existenței și conținutului acestora, precum și a sferei lor de cuprindere, în psihicul agentului.¹⁷ Această irelevanță legală efectivă a

cauze justificative ar constitui un element negativ implicit al conținutului constitutiv al infracțiunii, cuprins tacit de normele de incriminare, astfel încât existența / incidența unei cauze justificative să afecteze și tipicitatea, excluzând reținerea faptei ca infracțiune pe temeiul inexistenței prevederii sale – în condițiile concrete în care a fost săvârșită – în legea penală – p.n., M.D.], nu are nicio semnificație faptul că agentul a cunoscut sau nu această împrejurare. Conduita agentului este *ab initio* exclusă incidenței dreptului penal [în cazul nostru, privind impunitatea, o adaptare ar avea în vedere excluderea *ab initio* a caracterului pedepsibil al faptei – p.n., M.D.], deoarece sarcina incriminării unei fapte [precum și aceea a stabilirii pedepsibilității ori a nepedepsibilității sale – p.n., M.D.] revine statului și nu conștiinței individului”.

¹⁷ Această atitudine este specifică concepției tradiționale asupra problemei necesității existenței unei evaluări etico-juridice a agentului, cu privire la propria sa conduită, ca temei al angajării răspunderii penale pentru aceasta, derivând din aderarea absolută la principiul *nemo censetur ignorare legem*. În acest sens, a se vedea: G. Antoniu, în: G. Antoniu (coordonator) și colectiv, *op. cit. (vol. I, partea generală)*, p. 168, 169. Precizarea autorului în sensul că se impune o separare, la un nivel abstract de referință, a ideii „existenței unei evaluări moral-juridice a faptei, ca element psihic component al intenției”, față de ideea „eficienței, pe planul

modului de prezentare a conștiinței individuale cu privire la suprastructura socială de tip normativ-penal tinde a fi reținută indiferent de conotația pe care alegem să o acordăm poziției exprimate de legiuitor prin afirmarea fără excepții a principiului *nemo censetur ignorare legem*: indiferență propriu-zisă cu privire la fenomenul conștiinței normativ-penale, procesele psihice legate de instituția vinovăției fiind concepute cu ignorarea completă a acestui aspect; sau integrarea *ex lege* în concepția asupra vinovăției a conștiinței normativ-penale individuale, prin prezumarea absolută a existenței nealterate a acesteia, neadmițându-se în nicio situație răsturnarea prezumției și producerea de efecte juridice pe temeiul absenței – chiar neimputabile – a cunoașterii (sau a absenței unei cunoașteri corecte și complete) a normelor penale.¹⁸ Or, dacă pentru legiuitor este irelevantă problema cunoașterii sau necunoașterii legii penale atunci când este vorba de producerea unor efecte juridice negative, defavorabile, asupra unei persoane, în temeiul unor dispoziții legale obiectiv existente¹⁹, este rațional și echitabil să fie irelevantă problema cunoașterii sau necunoașterii legii penale și atunci când este vorba de producerea unor efecte juridice pozitive, favorabile, asupra unei persoane, bineînțeles, în aceleași condiții de existență obiectivă a unor reglementări care să dispună în acest sens!²⁰

dreptului, a inexistenței unei atare evaluări” nu credem că poate infirma afirmația din textul de mai sus, raportată la un plan de referință al realității concrete, pragmatic-eficiente, efective, a dreptului, mesaj care reiese, de altfel, chiar din pătrunderea atentă a substratului informațional al expunerii autorului; a se vedea: Idem, *op. cit.*, p. 330 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 15-16 (în articolul din R.D.P. nr. 2/1994).

¹⁸ Pentru analiza acestor posibile conotații ale opțiunii Codului penal român de la 1968 pentru afirmarea principiului *nemo censetur ignorare legem* în legătură cu normele penale, prin intermediul dispoziției de la art. 51 alin. 4, a se vedea: G. Antoniu, *op. cit.*, p. 328-331 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 14-16 (în articolul din R.D.P. nr. 2/1994).

¹⁹ De exemplu, când se pune problema determinării caracterului penal al faptei incriminate săvârșite, nu poate fi acceptată apărarea bazată pe eroarea de drept penal; sau, reținerea unei agravante – fie ea generală, ori specială – în raport de o infracțiune, nu poate fi împiedicată de invocarea aceleiași erori.

²⁰ Și în literatura de specialitate s-a indicat: „Cu toate criticile aduse de doctrină, există o preferință a legiuitorului pentru soluția bazată pe principiul *nemo censetur ignorare legem*, deoarece îi ușurează sarcina de a adopta o soluție legislativă care nu ridică probleme de interpretare în materia erorii de drept penal și îi garantează aplicarea, în toate cazurile, a normelor penale pe care le creează și adoptă” – A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 113. Fără a se distinge, reiese că afirmația se legitimează inclusiv în privința efectelor *in favorem* produse de dispozițiile legale penale.

(13.6.) Din construcția logică expusă credem că reiese și motivul pentru care, în materia unor instituții ale dreptului penal care produc efecte în favoarea persoanelor care au exteriorizat conduite corespunzătoare tipizării dintr-o normă determinată de incriminare, efecte incidente în temeiul unor dispoziții exprese în acest sens, a unor prevederi cu existență și constatare obiectivă, se poate emite afirmația că eroarea de drept penal este producătoare de efecte juridice, inclusiv în contextul reglementării materiei prin Codul penal de la 1968. Aceasta deoarece într-o astfel de conjunctură, stabilirea acestor efecte juridice cu titlu de consecințe ale erorii de drept penal nu lezează cu nimic reglementarea, care în mod obiectiv consacră oricum respectivele efecte, în același sens în care sunt astfel recunoscute și consecințele erorii. Altfel spus, a afirma, într-un asemenea context (și numai, exclusiv, într-un asemenea context) că eroarea de drept penal produce efecte juridice, este – în mod paradoxal – identic cu a afirma că eroarea de drept penal este indiferentă, irelevantă din punct de vedere al efectelor juridice implicate de fireasca funcționare a anumitor instituții ale dreptului penal! Meritul concluziei credem că nu constă propriu-zis în afirmarea acestei realități paradoxale, cât în consecința implicată astfel, anume în excluderea efectului potențial negativ pe care l-ar fi produs această eroare prin admiterea includerii cerinței reflectării prevederii normative conținând cauza de nepedepsire, în conștiința infractorului, la momentul săvârșirii faptei, printre condițiile de a căror verificare depinde acordarea beneficiului impunității!²¹

²¹ Trebuie arătat, de altfel, că majoritatea aprecierilor largi, întâlnite în doctrină, cu privire la irelevanța generală a invocării necunoașterii sau cunoașterii greșite a legii penale, valorifică această concluzie amplă doar în sensul că argumentul acesta nu se poate admite pentru a înlătura efectele negative ce s-ar impune asupra destinatarului neobedient al legii penale și nicidecum în sensul că necunoașterea sau cunoașterea greșită a legii penale ar putea împiedica aplicarea instituțiilor penale care, existând și fiind obiectiv incidente în diverse cazuri concrete, atrag efecte favorabile asupra subiecților activi respectivi. Astfel, de exemplu, s-a arătat că: „În sistemul care are la bază principiul *nemo censetur ignorare legem*, eroarea asupra norme penale nu are relevanță, deoarece cunoașterea legii penale este prezumată, întrucât nimeni nu poate fi presupus sau socotit că o ignoră și nimănui nu-i este permis să nu o cunoască și, în consecință, eroarea asupra legii penale nu constituie o scuză (*ignorantia juris non excusat*).” [evidențierea ne aparține – M.D.] – A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 105. Autoarea nu este singura care evidențiază și cu alte ocazii această idee, indicându-se, de pildă, că și în doctrina americană se stabilește o legătură ca de la cauză la efect între „... principiul *nemo*

(13.7.) Desigur, soluția admiterii efectului de impunitate în pofida erorii de drept penal în care s-a aflat subiectul activ la data comiterii faptei, o limităm exclusiv la ipoteza în care eroarea respectivă poartă asupra existenței sau cuprinsului normei prin care se consacră cauza de nepedepsire. În cazul în care ar exista o eroare de drept penal asupra existenței sau sferei de cuprindere a normei de incriminare în sine (agentul nu a cunoscut faptul că nedenunțarea anumitor infracțiuni contra siguranței statului / securității naționale, de a căror săvârșire a luat act, reprezintă un comportament tipizat printr-o normă de incriminare, ori a apreciat în mod greșit că infracțiunea de comiterea căreia a aflat nu se încadrează în rândul celor a căror nedenunțare este solicitată cu titlu de obligație sancționată penal), efectul exonerator al erorii de drept va fi exclus, fără nici un dubiu, *de lege lata*, fiind de nedisputat incidența art. 51 alin. 4 C. pen. de la 1968.²²

censetur ignorare legem și consecința [! evidențierea ne aparține – p.n., M.D.] acestuia, *ignorantia juris neminem excusat...*” – Ibidem, p. 110.

²² În cadrul unei prezentări a clasificării erorii de drept penal în eroare asupra sancțiunii, respectiv eroare asupra ilicitului, în doctrină s-a specificat (cu trimitere inclusiv la literatura de specialitate din străinătate, în special din spațiul juridic german): „S-a susținut că trebuie să se recunoască caracterul exonerator al erorii de drept penal doar în situația când eroarea vizează caracterul ilicit al actului săvârșit și nu și în ipoteza când agentul, cunoscând ilicitatea actului, nu știe că acesta este pasibil de sancțiune penală sau nu știe natura sau cuantumul ei. Eroarea asupra sancțiunii este juridic irelevantă. Fundamentarea unui asemenea punct de vedere se bazează și pe faptul că modul de sancționare sau de nepedepsire sunt simple elemente ale normei penale dar nu au nicio semnificație cu privire la circumstanțele conținutului faptei.” – S. Bogdan, *op. cit.*, p. 179. Reținând ideea potrivit căreia eroarea asupra sancțiunii este irelevantă (într-un sens pe care optăm, cel puțin în prezentul cadru, să îl înțelegem astfel: pentru a beneficia de efectul favorabil al unei cauze de nepedepsire, nu i se solicită neapărat infractorului să fi cunoscut existența sau incidența normei care o consacră pe aceasta, în raport de fapta efectiv comisă, în contextul concret al săvârșirii ei), ne permitem să observăm că în ideea evidențiată prin textul citat tinde a fi stabilită o relație de referință între elemente care nu admit a fi analizate, reciproc, în condiții de echivalență. Astfel, se ridică problema admiterii caracterului exonerator al erorii, fiind admise ca termeni ai comparației cazurile de eroare asupra caracterului ilicit și – respectiv – cele de eroare asupra sancțiunii, în condițiile în care fiecare dintre aceste forme de manifestare ale erorii afectează o altă instituție fundamentală a dreptului penal, așadar ridică problema exonerării cu privire la un aspect distinct de cel implicat de cealaltă. Prin raportarea – incorectă – a ambelor tipuri de eroare la efectul exonerator asupra instituției infracțiunii, se ajunge la concluzia că doar erorii asupra ilicitului ar trebui să i se admită efecte, ignorându-se faptul că nici nu se poate măcar ridica problema ca în raport de dimensiunea de referință a instituției fundamentale a sancțiunii (afectată sau nu de fenomenul erorii) să se discute despre efecte exoneratoare de infracțiune. După cum am mai arătat (a se vedea aparatul critic și comentariile dezvoltate pe marginea sa

(13.8.) Suntem de părere că în privința aspectelor ce țin de eroarea de drept privind existența sau sfera de cuprindere a cauzei de nepedepsire situația va rămâne neschimbată, în sensul pre-indicat, inclusiv după momentul intrării în vigoare a noului Cod penal (2009), cu atât mai mult cu cât acesta exprimă o importantă reorientare de optică a legiuitorului penal român, în domeniul erorii de drept penal, în materia căreia se admite – spre deosebire de soluția din Codul penal de la 1968 – inclusiv producerea de efecte juridice pe terenul excluderii infracțiunii (în anumite condiții). Astfel, potrivit art. 30 alin. 5 (C. pen. 2009), eroarea de drept (penal) invincibilă și esențial-principală²³ este prevăzută drept cauză de neimputabilitate: „Nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită ca urmare a necunoașterii sau cunoașterii greșite a caracterului ilicit al acesteia din cauza unei împrejurări care nu putea fi în niciun fel evitată”. În condițiile în care am afirmat că nici în contextul activității Codului penal de la 1968 și al prevederilor art. 51 alin. 4 din acesta, necunoașterea sau cunoașterea greșită a existenței unei norme consacrand o cauză de nepedepsire precum aceea avută aici în vedere, nu justifică refuzul reținerii sale, atunci când se constată că obiectiv sunt prezente condițiile reținerii ei, cu atât mai mult se va consolida afirmația în cauză în lumina noului Cod penal (2009), în care se recunosc, uneori, efecte erorii de drept penal, chiar și în privința excluderii infracțiunii! Astfel, eroarea de drept penal va putea produce efect exonerator chiar și în cazul în care va purta direct asupra existenței sau sferei de cuprindere a normei de incriminare (în cazul aici analizat, al infracțiunii de nedenunțare a unor infracțiuni contra securității naționale), dar numai în măsura în care va fi o eroare invincibilă (aspect cu privire la întrunirea

la punctul 13.1. al studiului de față), eroarea asupra unei instituții nu poate – desigur – să atragă producerea unor efecte mai largi decât cele pe care le-ar putea produce aplicarea acelei instituții dacă nu ar exista eroarea, așadar este – *ab initio* – greșit pusă problema în termenii: care eroare, dintre cea asupra ilicitului faptei și cea asupra sancțiunii, poate produce efect exonerator asupra infracțiunii? În mod corect, interogația trebuie să vizeze efectul exonerator pe care fiecare dintre cele două tipuri de eroare le poate produce în raport de propriul domeniu de referință, în cadrul propriei instituții fundamentale de drept penal pe care o afectează fenomenul erorii!

²³ Eroarea în cauză este calificată drept *invincibilă* deoarece legea prevede expres caracterul său inevitabil, drept *esențială* deoarece va produce efecte juridice exoneratoare, respectiv drept *principală* pentru că poartă asupra însăși aspectelor legate de existența infracțiunii, efectul său fiind de excludere a acesteia (pe când o eroare secundară ar afecta doar instituții subsecvente, precum existența unei împrejurări agravante).

căruia, în tăcerea legii, urmează a se fixa prin acțiunea doctrinei și a jurisprudenței, sfera și conținutul criteriilor de apreciere).

[14.] (14.1.) Este delicată problema privind *efectul unei erori inverse de drept penal asupra existenței sau incidenței unei cauze de nepedepsire*, situație care se poate reține (într-o primă ipoteză) fie atunci când infractorul comite fapta penală având credința că există o prevedere legală care îi asigură impunitatea pentru aceasta, deși, în raport de infracțiunea comisă, o asemenea dispoziție nu există, fie (o a doua ipoteză) atunci când consideră în mod greșit că o cauză de impunitate existentă obiectiv (legal prevăzută) în legătură cu infracțiunea comisă, are un conținut sau o sferă de cuprindere mai extinse decât în realitate, apreciind-o astfel, eronat, ca fiind aplicabilă și în privința sa.²⁴

²⁴ Ca principiu, problema aceasta este uneori menționată în doctrină – de pildă, în legătură cu situația asemănătoare (până la un punct) a erorii de drept legată de existența cauzelor justificative – însă fără avansarea unei soluții corespunzătoare unui sistem de drept precum acela român (cel puțin, acela determinat de activitatea Codului penal de la 1968), în care este principial afirmată irelevanța erorii asupra normei juridice penale. Astfel, s-a menționat că: „Eroarea asupra cauzei justificative poate să se înfățișeze și ca o eroare [inversă, apreciem noi, din moment ce conduce la impresia existenței unei cauze ce se dovedește a fi putativă – p.n., M.D.] de drept (eroare asupra interdicției) atunci când agentul admite eronat existența unei cauze justificative pe care legea nu o prevede; făptuitorul nu contestă că faptele de genul celor săvârșite încalcă ordinea juridică, în general, dar crede, eronat, că în cazul său există o cauză justificativă (...). Alteori, agentul își reprezintă greșit *limitele* în care este incidentă o cauză justificativă recunoscută de lege (...). În aceste cazuri se aplică regulile erorii de drept în legislațiile unde o asemenea eroare are relevanță (...)” – G. Antoniu, *op. cit.*, p. 326 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 30 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995). *Mutatis mutandis*, apreciem valabilă situația descrisă și în raport de cazul instituției impunității (*stricto sensu*). Desigur, se ridică întrebarea: ce se întâmplă într-o astfel de ipoteză în sistemele juridice unde se afirmă fără excepții regula *nemo censetur ignorare legem*? Răspunsul credem că este tot acela al aplicării regulilor erorii de drept, cu particularitatea că în acest caz, efectul erorii va fi inexistent, prevalând realitatea obiectivă, deoarece aceasta este regula, într-un astfel de sistem de drept, în privința erorii asupra normei juridice penale!

O și mai mare apropiere de domeniul supus interesului nostru în prezentul studiu este realizată de un alt autor, care arată: „Eroarea inversă asupra interdicției poate să privească și condițiile de sancționare. De exemplu, favorizatorul, rudă [apropiată, în sensul legii penale – p.n., M.D.] cu cel favorizat, crede că a comis o faptă prevăzută de legea penală [totuși, ca o mențiune necesară, trebuie să arătăm în acest punct că, sub acest aspect, reprezentarea agentului ar fi una corectă, deoarece calitatea arătată funcționând cu titlu de izvor al impunității, ea nu atrage, totuși, efecte exoneratoare asupra caracterului penal al faptei, astfel încât aceasta rămâne a fi apreciată drept infracțiune, așadar, cu atât mai mult, ca o faptă prevăzută de legea penală (acest statut din urmă, de altfel, nu l-ar fi pierdut nici măcar în

(14.2.) *Prima ipoteză* – cu certitudine interesant de analizat – excede, din nefericire, cadrul prezent al cercetării, căci norma de incriminare asupra căreia ne aplecăm aici atenția cunoaște reglementate chiar două cauze de nepedepsire, iar nu niciuna, așa cum se prezintă premisa acestei variante. Cu toate acestea, ar fi posibil ca subiectul activ să aprecieze că acționează – în săvârșirea acestei infracțiuni – în prezența unei cauze de nepedepsire diferită de cele expres reglementate, ignorând, totodată, existența prevederii legale a acestora. În acest caz, putem afirma – în privința cauzei de nepedepsire conținută în alin. 2 al art. 170 C. pen. de la 1968 / art. 410 C. pen. din 2009 – că dacă se verifică întrunirea de către nedenunțator a calității de soț sau rudă apropiată (potrivit C. pen. de la 1968) / membru de familie (conform C. pen. din 2009), în raport de infractorul care a comis infracțiunea nedenunțată contra siguranței statului / securității naționale, acestuia îi va profita oricum impunitatea în cauză, ipoteza fiind – în esență – aceeași dezvoltată anterior: eroarea agentului asupra existenței cauzei de nepedepsire. Este, astfel, irelevant pentru soluția atinsă în această problemă, dacă ignorarea existenței cauzei de nepedepsire care se verifică în mod obiectiv este sau nu însoțită de credința greșită în existența unei alte împrejurări cu valoare de cauză de nepedepsire legată de o infracțiune anume. Dacă admitem acordarea impunității atunci când eroarea de drept asupra cauzei de nepedepsire nu este compensată cu nimic corelativ în psihicul celui care acționează infracțional, cu atât mai mult se impune menținerea soluției dacă o atare reprezentare compensatorie (fie ea și eronată) a existat la momentul comiterii faptei.

(14.3.) În schimb, *a doua situație* descrisă ca formă posibilă de manifestare a unei erori inverse de drept penal în raport de cauza de nepedepsire asumată spre cercetare constituie, indubitabil, o ipoteză de

ipoteza în care calitatea respectivă ar fi fost mai mult decât o cauză de nepedepsire, anume una de înlăturare a caracterului penal al faptei – p.n., M.D.], fără să cunoască existența cauzei de nepedepsire a favorizatorului care este rudă [apropiată – p.n., M.D.] cu cel pe care îl favorizează. [Reluăm precizarea că ipoteza, descrisă de autor drept eroare inversă, tinde a fi caracterizată în prezentul studiu, drept o eroare obișnuită, în sens normal – p.n., M.D.] Dacă agentul crede că și actele de participare la o faptă comisă de o rudă [apropiată – p.n., M.D.] nu se pedepsesc, la fel ca și în cazul favorizării [infractorului – p.n., M.D.], acesta se află în situația unei erori [din punctul nostru de vedere, o eroare inversă – p.n., M.D.] asupra interdicției și anume, consideră că există un text care l-ar exonera de pedeapsă” [s-ar putea spune, o cauză de nepedepsire putativă – p.n., M.D.] – S. Bogdan, *op. cit.*, p. 64. Din păcate, autorul nu își continuă raționamentul, în această direcție, lipsind furnizarea unei soluții corespunzătoare potrivit opiniei domniei sale.

studiu viabilă pentru analiza de față. Astfel, ar fi posibil ca nedenunțătorul unei infracțiuni contra siguranței statului / securității naționale să aprecieze greșit incidența, în cazul său, a acestei cauze de impunitate, considerând – de pildă – că norma care prevede cauza de nepedepsire este doar exemplificativă în privința calităților care îi atrag incidența, anume că și alte raporturi decât cele de căsătorie sau de rudenie apropiată (în sensul legii penale generale din 1968) / de apartenență la aceeași familie (în sensul noii legi penale generale, din 2009), care presupun la rândul lor o relație de puternică afecțiune față de o terță persoană, atrag beneficiul impunității, în condițiile în care acea terță persoană este aceeași cu cea care a comis infracțiunea nedenunțată.²⁵ De asemenea, ar fi posibil ca nedenunțătorul să se fi aflat într-o eroare de drept asupra unei norme penale de care depinde sfera de cuprindere a cauzei de nepedepsire, precum este în cazul de față norma penală generală explicativă a sensului particular pe care îl cunoaște în dreptul penal noțiunea de „rudă apropiată”, ori aceea de „membru de familie”²⁶ (deși, cu privire la această ipoteză, poate fi admisă o analiză

²⁵ Într-o situație identică credem că s-ar situa și acela care ar aprecia greșit, la data comiterii infracțiunii, că sunt deja în vigoare dispozițiile noului Cod penal (2009), considerând așadar că beneficiul cauzei de nepedepsire a fost extins și la situația celor care conviețuiesc în fapt în cadrul unei relații asemănătoare aceleia dintre soți sau dintre părinți și copii, ipoteză pe care o verifică în raport de persoana care a săvârșit infracțiunea contra siguranței statului / securității naționale, nedenunțată.

²⁶ Cu titlu exemplificativ, am putea lua în considerare o persoană care nu cunoaște existența sau conținutul prevederii penale explicative a noțiunilor deja indicate, dar care apreciază – în mod eronat – că acestea ar avea un sens și o sferă de cuprindere diferite, corespunzătoare unor norme explicative distincte, conținute de alte acte normative. Astfel, noțiunea de „membru de familie” cunoaște o accepție – într-un sens propriu, mai larg decât acela din Codul penal din 1968, dar și decât acela din noul Cod penal, din 2009 – și potrivit legii nr. 217/2003, privind prevenirea și combaterea violenței în familie, potrivit căreia se prevede, în art. 5: „În sensul prezentei legi, prin membru de familie se înțelege: a) ascendenții și descendenții, frații și surorile, copiii acestora, precum și persoanele devenite prin adopție, potrivit legii, astfel de rude; b) soțul/soția și/sau fostul soț/fosta soție; c) persoanele care au stabilit relații asemănătoare aceloră dintre soți sau dintre părinți și copii, în cazul în care conviețuiesc; d) tutorele sau altă persoană care exercită în fapt ori în drept drepturile față de persoana copilului; e) reprezentantul legal sau altă persoană care îngrijește persoana cu boală psihică, dizabilitate intelectuală ori cu handicap fizic (...)”. De asemenea, în legea nr. 272/2004, privind protecția și promovarea drepturilor copilului, primesc accepții specifice (potrivit art. 4) noțiunile de „familie” și derivatele acesteia: „familie extinsă” și „familie substitutivă”, așadar – implicit – și noțiunea de membru al unei asemenea entități – „În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații: (...) b) familie – părinți și

aparte, asupra căreia vom reveni, pe scurt, în încheiere²⁷). În astfel de situații, trebuie, sau nu, a i se acorda infractorului beneficiul cauzei de nepedepsire?

(14.4.) Pe de o parte, menținând ideea interpretării *per a contrario* (atipice) a dispoziției din art. 51 alin. 4 C. pen. (1968), prin accentuarea în conținutul acestei prevederi a referirii la *înlăturarea caracterului penal al faptei*, reafirmând – așadar – că ar fi posibilă admiterea producerii unor efecte juridice, în materie penală, inclusiv erorii de drept penal, atunci când aceasta nu poartă asupra însăși existenței sau conținutului incriminării, precum și admitând că ipotezelor de eroare inversă (acestea fiind cuprinse în cadrul unei clasificări a erorii) trebuie să li se recunoască în mod egal relevanță, ca și situațiilor de eroare obișnuită, ar reieși că impunitatea ar trebui recunoscută și acordată inclusiv persoanelor care comit infracțiuni în prezența convingerii eronate a incidenței unei cauze de nepedepsire ce le-ar fi aplicabile în speța dată. Desigur, pentru a nu prejudicia excesiv interesul public general și pentru a nu relativiza peste măsură nici legea, nici activitatea etică de apărare socială împotriva infracțiunilor, s-ar putea admite, în mod rezonabil, a limita efectele erorii astfel schițate, doar la ipotezele unei erori invincibile. În plus, s-ar putea analiza măsura în care această limitare ar fi oportună în considerarea oricărui tip de infracțiuni, din punctul de vedere al laturii subiective (atât infracțiuni intenționate sau praeterintenționate, cât și fapte din culpă), ori ar trebui restrânsă numai la ipoteza infracțiunilor din culpă. Astfel, în primul caz, eroarea inversă de drept penal, culpabilă, asupra existenței sau incidenței unei cauze de nepedepsire, nu va asigura impunitatea infractorului nici pentru infracțiunile din culpă, nici pentru cele intenționate. În al doilea caz, în timp ce în raport de infracțiunile intenționate sau praeterintenționate s-ar admite impunitatea, în temeiul unei cauze de nepedepsire putative, provenită dintr-o eroare de drept penal, indiferent de caracterul culpabil sau neculpabil al acestei erori, în raport de infracțiunile din culpă impunitatea cu o asemenea proveniență nu ar mai fi admisibilă decât în considerarea cazurilor de eroare (de drept penal) invincibilă, inevitabilă, deci neculpabilă (soluție care ar egaliza

copiii acestora; c) familie extinsă – copilul, părinții și rudele acestuia până la gradul IV inclusiv; d) familie substitutivă – persoanele, altele decât cele care aparțin familiei extinse, care, în condițiile legii, asigură creșterea și îngrijirea copilului (...)."

²⁷ A se vedea infra, analiza de la punctul 15 (final).

tratamentul juridic al erorii inverse asupra existenței sau incidenței unei cauze de nepedepsire atrasă de o anumită calitate determinată a infractorului, indiferent de forma erorii: de fapt, de drept extrapenal, respectiv de drept penal).

În prezența cadrului legal corespunzător Codului penal din 1968, este însă de observat că absența unor prevederi normative specifice în acest sens augmentează gradul de imprecizie și de relativitate al oricărei rezolvări posibile a situației descrise, inclusiv a celei indicate până la acest punct. În linii generale, însă, credem că se poate afirma – cel puțin la o primă vedere – că soluția este echitabilă, în special din perspectiva individului (căci afirmația poate fi înteoarsă dacă unghiul de referință este calibrat astfel încât să se acorde prioritate interesului public general manifestat de grupul social²⁸).

În sprijinul unei astfel de opinii s-ar putea adăuga argumentul potrivit căruia o eroare invincibilă de drept penal constituie și un indiciu al eșecului legiuitorului de a asigura în mod efectiv premisele și cadrul necesare pentru informarea destinatarilor normei cu privire la existența și conținutul acesteia, pentru a le permite în mod real să ia la cunoștință care sunt exigențele obligatorii referitoare la conduita ce trebuie adoptată sau evitată în anumite

²⁸ Credem că s-ar putea discuta căruia interes ar trebui să i se acorde prevalență în cadrul efortului de soluționare a unei asemenea potențiale situații: celui individual, al infractorului, care dintr-o eroare asupra normei penale nu a cunoscut inexistența sau inaplicabilitatea – în circumstanțele concrete în care s-a aflat la data comiterii infracțiunii – unei cauze de nepedepsire, în incidența căreia s-a bazat în mod greșit; ori interesului de ansamblu al grupului social, de a reprimă fapta în speranța prevenirii ulterioare a unor manifestări similare, indiferent de convingerea infractorului că acționează cu impunitate? Substratul filosofic al problemei, care conduce la o mult mai amplă dezbateră, ar putea determina polemici nesfârșite, mai potrivite pentru o dezbateră pre-legislativă, cu rol de influențare și imprimare a unei direcții de politică penală, decât a unei analize post-legislative în care opțiunea legiuitorului nu se impune clar, cu puterea evidenței, celor ce vin să interpreteze legea. Totuși, putem reaminti, într-un atare context, pericolul implicat de o atitudine juridică constant orientată înspre sacrificarea nedistinctă a intereselor particulare, individuale, în beneficiul ideologic al grupului social etatic organizat, care poate caracteriza formele radicale ale teoriilor de factură utilitaristă, alimentând regimuri politice arbitrare, abuzive și înclinare a monopoliza exercițiul forței coercitive a statului împotriva oricărui individ care nu se conformează unui sens particular (dar obligatoriu impus, cu titlu de adevăr exclusiv) de definire a deosebit de relativei noțiuni de *interes public, general, al unei anumite colectivități sociale*.

împrejurări și – astfel – de a le acorda posibilitatea concretă de a-și adapta comportamentul în conformitate cu aceste standarde!²⁹

(14.5.) Pe de altă parte, nu putem să nu recunoaștem – raportându-ne la contextul legislativ corespunzător acțiunii Codului penal de la 1968, precum și atitudinii generale a doctrinei și jurisprudenței formate în perioada cât acesta a fost în vigoare – că există unele vulnerabilități decurgând dintr-o astfel de soluționare a problemei evocate. Într-o privire de ansamblu, credem că nu ne înșelăm afirmând că rezolvarea aceasta apare a fi disidentă în comparație cu spiritul tradițional constant în care s-a conturat problema erorii de drept penal, în peisajul juridic autohton, până în prezent.

În primul rând, trebuie spus că – deși afirmarea diferenței de natură juridică dintre instituția cauzelor care exclud infracțiunea și aceea a cauzelor de nepedepsire trebuie să fie, în prezent, conștientizată cu claritate și să rămână neștirbită – *in nuce*, un punct comun esențial împărtășit, practic, de efectele atrase de ambele instituții astfel indicate, este acela al absenței stabilirii și aplicării în sarcina agentului a unei pedepse. Pragmatic vorbind, în ceea ce privește atingerea acestui efect final comun – care îndrăznim să apreciem că este, adeseori, cel care îl preocupă în mod primordial pe individul care a exteriorizat o conduită descrisă într-o normă de incriminare – titlul cu care el se produce tinde a deveni, pentru agent, o chestiune mai degrabă accesorie, iar deosebirile relevante penal dintre instituțiile comparate se conturează, într-o asemenea abordare, într-un plan secundar de interes. Fără a dori să extindem efectele unei astfel de constatări – extrasă, într-adevăr, dintr-un registru preponderent profan de referință – și asupra altor dimensiuni și aspecte ale teoriei dreptului penal, nu ne putem învinge sentimentul că și legiuitorul a cunoscut acest specific al receptării în conștiința destinatarului obișnuit al legii penale, într-o manieră preponderent

²⁹ G. Antoniu, *op. cit.*, p. 332 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 17 (în articolul din R.D.P. nr. 2/1994); A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 115. Un sens similar se poate desprinde și din unele aprecieri potrivit cărora ar fi posibil – în anumite împrejurări – a se ridica chiar problema angajării unei răspunderi a autorității față de agent și de victimă, pe temeiul unei greșite informări sau a inexistenței unei informări utile asupra comportamentului indezirabil incriminat, ori a reflecțiilor asupra unor potențiale excepții admisibile de la regula *nemo censetur ignorare legem*, atunci când lipsa de înțelegere a semnificației textului de incriminare s-ar datora inflației legislative și recurgerii disproporționate, de către legiuitor, la tehnica utilizării normelor incomplete (norme de referire, norme de trimitere); în acest sens: S. Bogdan, *op. cit.*, p. 135, 140.

simplificatoare, a efectelor unor instituții juridice ce sunt distincte, în ciuda posibilității menționării lor comune în categoria cauzelor care produc efecte favorabile asupra persoanei intrate în conflict cu legea penală (efectele fiind de ordin exonerator - integral sau parțial - asupra unor instituții esențiale ale dreptului penal), aspect care l-a încurajat, într-o anumită măsură, să formuleze într-un sens larg anumite dispozițiilor legale, cărora o perspectivă trasată prin prisma dezvoltărilor și nuanțărilor ulterioare ale științei dreptului penal le-ar putea reclama, uneori, o exprimare mai riguroasă. Într-un asemenea registru de referință, se poate arăta că spiritul reglementării penale stabilită de legiuitorul român de la 1968 (și menținută în vigoare de legiuitorul ulterior), ar putea să apară ca învins și viciat, deturnat, în ipoteza adoptării unei răspuns pozitiv la întrebarea: ar trebui să se acorde impunitatea celui care comite o infracțiune crezând eronat, ca urmare a necunoașterii legii penale, că va beneficia de o cauză de nepedepsire?

Pare a fi o concluzie evidentă și de bună-credință aceea că, instituind obligația absolută de cunoaștere a legii penale (cel puțin) în ceea ce privește normele de incriminare, prin aceea că a interzis producerea efectelor juridice exoneratoare de caracter penal desprinse dintr-o invocare a necunoașterii sau cunoașterii greșite a legii penale, legiuitorul nu a voit, mai mult ca sigur, să permită nici producerea unei consecințe asemănătoare – din perspectiva pragmatică a efectului comun, în final atins (în ciuda unor deosebiri de titlu juridic și de sferă de cuprindere diferită sub aspectul altor consecințe) – prin intermediul erorii purtând asupra unor alte instituții ale dreptului penal, asupra unor alte aspecte ale normei penale decât acelea conținând incriminarea propriu-zisă. O astfel de atitudine ar fi inconsecventă și de neînțeles, căci ea ar relativiza efortul legiuitorului de a impune, cu titlu de obligație *erga omnes* adresată destinatarilor legii penale, cunoașterea conținutului acesteia; caracterul absolut al prezumției de cunoaștere a legii penale ar fi, într-o manieră ocolită, relativizat. Cei cărora nu le este permis a se exonera de povara caracterului penal al faptei săvârșite cu ignorarea sau greșita cunoaștere a însăși substanței ilicitului, prin invocarea erorii asupra incriminării, vor primi bucuroși posibilitatea de a se prevala de o eroare asupra unui aspect secundar al normei, dacă în schimbul unei astfel de demonstrații legiuitorul le-ar promite speranța obținerii unui efect în concret (pragmatic) similar celui refuzat anterior, similitudine apreciată în lumina aspectului esențial care li se relevă persoanelor care au intrat în conflict cu

legea penală, anume: riscul, potențialitatea stabilirii și aplicării concrete a unei pedepse!

(14.6.) Suntem, aşadar, de părere, că ar fi curios ca în intenția legiuitorului să fi fost admiterea unei veritabile scurtcircuitări a unei interdicții clar formulate, care transmite fără dubiu și în consensul de ansamblu al interpretărilor efectuate, mesajul aderării fără rezerve la principiul *nemo censetur ignorare legem* (în raport de dispozițiile legii penale), prin tolerarea unei breșe aduse atitudinii sale generale de un fenomen cu previzibilitate relativ scăzută, precum este reflectarea corectă în conștiința unui destinatar ordinar al legii penale a dispozițiilor normative legate de existența ori de conținutul, condițiile și aria de cuprindere a unei cauze de nepedepsire. De altfel, doctrina chiar a indicat, cu ocazia analizei noțiunii de „conștiință a ilicitului” (referitoare la fenomenul de reflectare în conștiința destinatarului legii penale a prevederilor acesteia, ca parte integrantă a mecanismelor psihice de corectă funcționare a cărora depinde fie vinovăția, în general, fie măcar intenția, în special), că în sfera de cuprindere a reprezentărilor pe care trebuie să le manifeste agentul cu privire la existența și conținutul normei penale, nu sunt incluse, propriu-zis, aspectele referitoare la pedepsibilitate, la caracterul pedepsibil sau nu al faptei ori la condițiile în care comportamentul ilicit va prezenta aptitudinea atragerii unei anumite pedepse.³⁰

(14.7.) Un alt posibil argument în acest din urmă sens ar fi acela potrivit căruia crearea dreptului trebuie să rămână atributul exclusiv al legiuitorului, fiind inadmisibilă, în raport de afirmarea principiului legalității, recunoașterea de efecte juridice creatoare de drept reprezentărilor subiective ale destinatarilor legii penale. Practic, într-o asemenea ipoteză de lucru, fiecare individ intrat în conflict cu legea penală ar urma să fie judecat nu în

³⁰ G. Antoniu, *op. cit.*, p. 304, 331, 334 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 16, 20 (în articolul din R.D.P. nr. 2/1994) și p. 10 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995). Majoritatea aprecierilor astfel efectuate iau în considerare modul de prezentare al situației în acele sisteme juridice în care se admite relevanță exoneratoare (în anumite limite și condiții) chiar și erorii de drept (inclusiv penal). Ca atare, într-un sistem care afirmă, principial, regula *nemo censetur ignorare legem* în materie penală (precum sistemul juridico-penal român corespunzător activității Codului penal de la 1968), cu atât mai mult va dobândi pondere aprecierea că eroarea inversă de drept asupra unei cauze de nepedepsire inexistente, ori asupra domeniului legal de incidență al unei astfel de cauze, nu va fi producătoare de efecte juridice în sensul acordării impunității infractorului aflat într-o astfel de eroare.

considerarea unui stadiu obiectiv al normelor prevăzute la un anumit moment istoric determinat în legislația pozitivă, ci în aprecierea unor fluctuante și personalizate adaptări și reflectări ale acestora în propriul psihic, ori chiar al unor complete creații particulare în acest sens, ceea ce, desigur, nu poate fi acceptat. Legiuitorul penal exercită un monopol asupra reglementării (printre altele) instituției cauzelor de nepedepsire; acesta nu se supune niciunei obligații concrete în prevederea lor (legiuitorul ar putea inclusiv să decidă că este mai oportună renunțarea la unele dintre ele). Astfel prezentându-se lucrurile, se poate cu relevanță susține că legiuitorul nu poate fi substituit în crearea unei cauze de nepedepsire, ori a determinării conținutului și sferei acesteia, de către o entitate mentală individuală particulară, precum nici organul judiciar (în calitatea sa de instituție investită cu autoritatea oficială de a interpreta, adapta la cazuri concrete și aplica prevederile legale emanând de la legiuitor) nu poate fi constrâns să admită și să facă aplicarea unor instituții a căror realitate obiectivă nu este conținută, ca atare, de legea căreia acest organ este ținut să i se supună în activitatea sa.

(14.8.) Se mai poate urmări, ca direcție de argumentare a soluției de neadmitere a producerii de efecte de impunitate ca urmare a unei erori de drept asupra unei cauze de nepedepsire, ideea măsurii în care echitatea ar permite ca un infractor să beneficieze de o eronat plăsmuită impunitate, ca urmare a săvârșirii deliberate a unei fapte penale. În esența sa, chestiunea ridică problema admisibilității și limitelor în care soluțiile (și argumentele pe care acestea se fundamentează) privind eroarea de drept (obișnuită sau inversă) asupra cauzelor justificative ar trebui admise și cu privire la eroarea de drept asupra cauzelor de nepedepsire, în considerarea distincțiilor care se impun între cele două ipoteze. Astfel, în timp ce în cazul unei erori inverse asupra existenței sau sferei de cuprindere a unei cauze justificative obiectiv inaplicabile, agentul acționează având conștiința ilicității generice a faptei, compensată, însă, prin convingerea subiectivă (eronată, dar sinceră) asupra prezenței justificării legale a acesteia în contextul particular în care se află, acționând cu ceea ce s-ar putea numi bună-credință în raport de sfera de ocrotire a valorilor sociale fundamentale, în ipoteza unei erori inverse asupra existenței sau incidenței unei cauze de nepedepsire obiectiv inaplicabile, acesta acționează în prezența unei rele-credințe, a unei voințe criminale – *voluntas sceleris* – știind că vatămă nejustificat valorile sociale printr-o faptă cu valoare infracțională generică, precum și concretă, dar nutrinând speranța (construită pe reprezentări greșite ale normelor pe care avea obligația civică

generală de a le cunoaște) că îi va profita o veritabilă atitudine de clemență anticipată, în condițiile în care legiuitorul nu a înțeles, în realitate, să o manifeste! Dacă în prima ipoteză se poate admite logic imposibilitatea exprimării unui reproș la adresa conduitei agentului, ori măcar imposibilitatea exprimării cu o aceeași intensitate a respectivului reproș (ca în ipoteza unei situații obișnuite, din care eroarea respectivă ar fi lipsit), în al doilea caz nu se mai impune cu puterea evidenței un asemenea raționament, căci infractorul nu poate invoca credința sa într-o împrejurare excepțională care să-i fi abolit obligația de supunere față de norma de incriminare violată. Preluând o expresie consacrată preponderent în domeniul dreptului privat, am putea spune că, într-o atare situație, nu este logic să se permită producerea de efecte juridice exoneratoare de pedepsibilitate, ca urmare a invocării proprii turpitudini a persoanei culpabile (*lato sensu*).

(14.9.) În plus, într-o etapă anterioară a studiului, tratând despre efectele erorii obișnuite de drept penal asupra cauzelor de nepedepsire existente în reglementarea legiuitorului, am arătat că admiterea acestora, în sensul acordării impunității, deși infractorul a ignorat incidența acesteia, este permisă în condițiile în care, astfel, nu se intră practic în conflict cu legea, existând o echivalență aparent paradoxală între a recunoaște efecte (în acest sens) unei erori de drept penal și a afirma că respectiva eroare este indiferentă. Aceasta nu mai este situația în raport de punctul actual al analizei, căci a admite efecte de impunitate în temeiul unei erori inverse de drept penal, purtând asupra existenței sau sferei unei cauze de nepedepsire inexistente / neincidente, ar presupune să se adauge la lege, să se suplinească o voință nemanifestată de legiuitor, să se acorde pondere sporită față de normă plâsmuirilor părtinitoare emaneate dintr-o conștiință infracțională individuală, particulară.

(14.10.) Toate acestea ne determină să concluzionăm în sensul că, deși problema expusă în partea finală a prezentei analize rămâne una sensibilă, în cadrul căreia caracterul pertinentei poate fi atribuit atât unor argumente *pro*, cât și unora *contra* soluției de acordare a beneficiului impunității infractorului care a acționat nutrind impresia greșită (bazată pe necunoașterea sau cunoașterea greșită a textelor din legea penală) a existenței sau incidenței unei norme penale care să atragă, într-un anume caz concret, acțiunea unei cauze de nepedepsire care să îi profite, în contextul activității Codului penal de la 1968 tinde a fi mai potrivită rezolvarea

negativă pentru infractor.³¹ Astfel, soluția ipotezei de eroare (singulară) inversă de drept penal asupra cauzei de nepedepsire inexistentă / neincidentă în mod obiectiv, se va detașa – sub imperiul legii penale generale din 1968 – de rezolvările oferite celorlalte cazuri de eroare (obișnuită sau inversă, de fapt sau de drept extrapenal) analizate în raport de același domeniu, al impunității, prin negarea beneficiului acesteia în sarcina infractorului.³²

(14.11.) Potrivit noului Cod penal (2009), se poate ridica problema dacă reglementarea acestuia va susține menținerea acestei soluții, sau va determina modificarea ei. La prima vedere, rezolvarea argumentată în considerarea Codului penal de la 1968 ar trebui modificată, deoarece spre diferență de această lege penală generală, noul Cod penal (2009) nu mai reglementează expres interdicția invocării erorii de drept penal în vederea producerii de efecte juridice în materie penală (nu există în art. 30 al noului cod o dispoziție similară cu aceea din art. 51 alin. 4 al codului de la 1968), ba chiar se prevede o dispoziție potrivit căreia, într-o anumită privință, se egalizează efectul exonerator al erorii de fapt cu acela al erorii de drept,

³¹ Prin analogie, în susținere pot fi invocate și concluziile desprinse din analiza efectelor erorii de drept penal asupra existenței / incidenței unor cauze justificative. Astfel, în doctrină s-a arătat că, deși „În ipoteza în care autorul crede în mod eronat că acționează în prezența unei cauze justificative, deși în realitate condițiile pentru reținerea acesteia nu erau îndeplinite, va exista o așa-numită cauză justificativă putativă, care potrivit doctrinei române produce aceleași efecte ca și o cauză justificativă reală”, această apreciere este valabilă numai în măsura în care „(...) eroarea trebuie să poarte fie asupra unui element al situației de fapt (...), fie asupra unei norme juridice extrapenale (...). Dacă, însă, eroarea poartă asupra unei norme penale referitoare la cauzele justificative, ea nu poate produce nici un fel de efecte” – F. Streteanu, *op. cit.*, p. 579, 580.

³² Considerăm relevante în acest punct o serie de aprecieri din doctrină care vizează ipoteza (asimilabilă, până la un punct, celei aici analizate) a erorii [inverse] asupra unei cauze justificative. Avem în vedere, de pildă, următoarea afirmație: „(...) eroarea asupra elementelor de fapt ale unei cauze justificative în unele cazuri este asemănătoare cu eroarea de fapt în măsura în care se referă la elementele de fapt care, dacă ar exista în realitate, nu doar în mintea făptuitorului, ar face să devină incidentă o cauză justificativă [cu alte cuvinte, ipoteza are în vedere existența a ceea ce noi considerăm a reprezenta o eroare inversă privind o cauză justificativă, sau – altfel spus – acționarea în prezența unei cauze justificative putative – p.n., M.D.]. Poate exista însă și o eroare de drept, când făptuitorul comite intenționat o faptă crezând în mod eronat că în cazul său operează o cauză justificativă. Regulile erorii de drept penal [care, potrivit viziunii legiuitorului penal român de la 1968, nu are efecte exoneratoare – cel puțin – asupra caracterului penal al faptei – p.n., M.D.] se aplică și în cazul în care făptuitorul își reprezintă greșit limitele în care este incidentă o cauză justificativă (...)” – Mariana Boier, *Buna-credință în dreptul penal*, în *Revista de Drept*, nr. 3/2005, p. 68.

inclusiv de drept penal (art. 30 alin. 5³³). În realitate, limitările care pot fi extrase din formulările întrebuate de noul legiuitor penal în reglementarea instituției erorii, credem că justifică menținerea soluției pentru care am înclinat și la momentul luării în considerare a legislației penale generale de la 1968, în sensul neadmiterii impunității care s-ar invoca în cazul unei erori inverse de drept penal, generatoare a unei cauze de nepedepsire putative.

Astfel, este de observat, într-adevăr, că în Codul penal din 2009 nu se regăsește expres inserată prevederea din art. 51 alin. 4 al codului din 1968, care excludea producerea de efecte juridice (cel puțin dintre acelea legate de caracterul penal al faptei) în favoarea subiectului activ al faptei incriminate comise, ca urmare a invocării erorii de drept penal. Se mai poate, însă, observa, că în alin. 4 al art. 30 din noua lege penală generală (din 2009), există o dispoziție care nu exista expres în Codul penal din 1968, referitoare la asimilarea erorii de drept extrapenal cu eroarea de fapt (cel puțin în privința producerii efectului de excludere a infracțiunii, ori a caracterului agravat al acesteia).³⁴ Este lesne de constatat că această regulă în materia erorii nu era, însă, necunoscută până la apariția noului Cod penal (din 2009), ci că ea se deriva, de către doctrină și jurisprudență, dintr-o interpretare *per a contrario* a art. 51 alin. 4 din codul de la 1968. Cum în codul nou (2009) este expres prevăzută această regulă, trebuie punctat faptul că raționamentul interpretării *per a contrario* funcționează, în mod egal, inclusiv în sens invers, astfel încât din prevederea art. 30 alin. 4 C. pen. 2009 putem deduce, *per a contrario*, că dispozițiile alin. 1-3 ale articolului (eroarea exoneratoare de caracter penal, ori de răspundere penală agravată) nu sunt incidente în cazul unei erori de drept *penal*! Aceasta pentru că nu există nicio dispoziție expresă care să prevadă cu titlu de regulă faptul că eroarea de drept penal este general admisibilă în materia producerii de efecte juridice în dreptul penal.

Admițând, așadar, ca regulă (asemănătoare cu aceea inserată în Codul penal de la 1968) această soluție referitoare la lipsa efectelor erorii de drept penal, observăm că în următorul alineat al art. 30 este inserată o prevedere care permite erorii inevitabile asupra caracterului ilicit al faptei să producă

³³ Potrivit art. 30 alin. 5 din noul Cod penal (2009), se dispune: „Nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită ca urmare a necunoașterii sau cunoașterii greșite a caracterului ilicit al acesteia din cauza unei împrejurări care nu putea fi în nici un fel evitată”.

³⁴ Potrivit art. 30 alin. 4 din noul Cod penal (2009), se dispune: „Prevederile alin. (1)-(3) se aplică în mod corespunzător și în cazul necunoașterii unei dispoziții legale extrapenale”.

efecte exoneratoare de imputabilitate (excluzând, deci, infracțiunea), fără precizarea tipului acestei erori. Cum necunoașterea sau cunoașterea greșită a caracterului ilicit al faptei poate proveni atât dintr-o eroare de fapt, cât și dintr-una de drept, extrapenal sau penal (am îndrăzni să afirmăm, chiar, că cel mai probabil ea provine, de regulă, dintr-o eroare de drept penal), potrivit principiului interpretativ *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, reiese că eroarea invincibilă (inclusiv) de drept penal va fi admisă, potrivit Codului penal nou (din 2009), să producă efecte exoneratoare asupra instituției fundamentale de drept penal a infracțiunii. Avem rezerve în ceea ce privește posibilitatea extinderii acestui efect exonerator al erorii de drept penal, în noua legislație penală, asupra altor instituții fundamentale ale dreptului penal, precum aceea a pedepsei, astfel încât să se admită producerea de efecte juridice (în speță: impunitatea) ca urmare a unei erori de drept penal manifestată la acest nivel, anume acela al unei cauze de nepedepsire.

Motivăm afirmația de mai sus pe considerentul formulării exprese a legiuitorului și pe caracterul (argumentabil) de excepție de la regulă al prevederii în cauză, în raport de textul anterior reglementat și de amplitudinea conținutului acestuia, relevată prin procedeul interpretării logico-raționale, folosind argumentul *per a contrario*. Astfel, ne apare clar faptul că legiuitorul noului Cod penal (2009) a acordat relevanță erorii de drept penal numai în măsura în care aceasta ar atrage o „necunoaștere sau cunoaștere greșită a caracterului ilicit” al faptei [evidențierea noastră – M.D.]. Or, în ceea ce privește agentul care adoptă o conduită incriminată, considerând greșit (ca urmare a unei necunoașteri sau cunoașteri greșite a legii penale) că există sau îi este incidentă o cauză de nepedepsire, nu se pune problema unei erori cu privire la caracterul ilicit al faptei, ci a uneia cu privire la caracterul pedepsibil al acesteia; individul știe că săvârșește o infracțiune (așadar, o faptă ilicită din punct de vedere penal), dar crede că nu va putea fi pedepsit pentru aceasta, datorită unei dispoziții legale penale care, în realitate, nu există, sau nu este aplicabilă în respectiva ipoteză concretă.

Nu există, așadar, nimic, în această ipoteză, care să justifice reținerea incidenței (și extinderea sferei de aplicare) a art. 30 alin. 5 din noul Cod penal (2009), deoarece caracterul ilicit (penal) și caracterul pedepsibil al unei fapte reprezintă două caracterizări juridice, instituționale, diferite, iar a pretinde altfel ar însemna o dovadă de necunoaștere de care nu poate fi acuzat nici legiuitorul, fără a-l ofensa. Drept urmare, reiese că regula clasică

în materia erorii de drept penal (aceea a neadmiterii sale) este, de principiu, menținută de noul legiuitor penal, care admite o excepție, însă – evident – aceasta este de strictă interpretare, anume: eroarea de drept penal poate produce efecte exoneratoare numai dacă este inevitabilă (invincibilă, neculpabilă) și a determinat o necunoaștere sau o cunoaștere greșită a caracterului ilicit al faptei. În afara verificării cumulative a acestor două condiții, eroarea de drept penal va rămâne fără efecte juridice și în noul Cod penal (2009). Cu această ocazie, maniera de exprimare a legii exclude posibilitatea de utilizare a argumentului *a maiore ad minus*, ca atare, se menține soluția identificată în raport de legislația penală generală de la 1968 în privința efectului erorii inverse de drept penal generatoare a unei cauze de nepedepsire putative: respingerea acțiunii acesteia și negarea beneficiului impunității pentru infractor!

Pentru a mai atenua din caracterul drastic al concluziei atinse, am putea încerca să identificăm o valorizare alternativă a acestei împrejurări, într-un sens favorabil subiectului activ al infracțiunii comise. Apreciem că la nivelul individualizării judiciare a pedepsei, o astfel de împrejurare ar trebui să poată fi valorificată, fie cu titlu de circumstanță atenuantă facultativă³⁵, fie măcar sub formă de criteriu³⁶ atenuant de individualizare a pedepsei concrete

³⁵ Dar numai în măsura – improbabilă – în care această împrejurare ar putea fi încadrată în categoria de „împrejurări legate de fapta comisă, care diminuează gravitatea infracțiunii sau pericolozitatea infractorului”. Precizarea se impune ca urmare a modificării atitudinii noului legiuitor penal român (2009) față de problema circumstanțelor judiciare, prin raportare la reglementarea din Codul penal de la 1968. Astfel, noua reglementare suprimă integral posibilitatea instanței de a recunoaște circumstanțe agravante judiciare și restrânge aptitudinea acesteia de a acorda circumstanțe atenuante judiciare, prin indicarea limitativă doar a două ipoteze potențial valorificabile cu acest titlu, primul constând în „eforturile depuse de infractor pentru înlăturarea sau diminuarea consecințelor infracțiunii”, iar al doilea cel pre-indicat (art. 75 alin. 2 C. pen. 2009). Dintre acestea, prima ipoteză nu permite nici măcar ridicarea problemei unei eventuale încadrări a situației pe care o avem în vedere, iar a doua nu tinde a ridica, nici ea, mari speranțe în acest sens.

Doctrina a evidențiat deja dezvoltări în sensul indicat în text; pentru acestea, a se vedea, de exemplu: A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 114, 115; S. Bogdan, *op. cit. (Conștiința ilicitului ...)*, în C.D.P. 1/2006, p. 61; F. Streteanu, *op. cit.*, p. 569; G. Antoniu, în: G. Antoniu (coordonator) și colectiv, *op. cit. (vol. I, partea generală)*, p. 169.

³⁶ Sub această formă, apreciem că dintre criteriile generale de individualizare a pedepsei prevăzut la art. 74 alin.1 C. pen. 2009, cel mai potrivit pentru încadrarea situației prezente ar fi acela de la lit. d), anume: „motivul săvârșirii infracțiunii și scopul urmărit”, deoarece reprezentarea eronată a existenței / incidenței unei cauze de nepedepsire fundamentată pe

ce se va stabili între limitele abstracte (nemodificate) ale pedepsei prevăzute de lege în raport de infracțiunea săvârșită!³⁷

[15.] În încheiere ținem să precizăm că de la aprecierile și soluția avansată în privința ipotezei de *eroare inversă de drept penal*, cu privire la existența sau incidența unei cauze de nepedepsire, o rezervă s-ar putea impune în cazul erorii *purtând asupra unei norme penale*, dar care să fie *distinctă de cea care conține reglementarea cauzei de nepedepsire* (în cazul de față, ar fi vorba despre situația în care eroare nu ar purta asupra normei conținând cauza de impunitate, ci a normei penale generale explicative a sensului noțiunii de care se leagă nepedepsirea, anume: „rudă apropiată” – în C. pen. de la 1968 – ori „membru de familie” – în noul C. pen., din 2009). În acest sens, în doctrină s-a evidențiat caracterul potențial controversat al determinării naturii juridice precise a acestui tip de eroare, existând atât varianta potrivit căreia eroarea în cauză este una de drept, chiar una de drept penal (evidența indicând aspectul necunoașterii sau al cunoașterii greșite a existenței sau conținutului unei prevederi inserate în cadrul legii penale), cât și opinia³⁸ care argumentează încadrarea și rezolvarea acestui tip de eroare ca una asimilată celei de drept extrapenal, producând, așadar, efectele juridice recunoscute în materie penală unei erori de fapt!

existența calității de membru de familie (în accepțiunea noului Cod penal - 2009), are impact asupra dimensiunii motivațional-decizionale a trecerii la comiterea faptei, date fiind raporturile afective pe existența căreia se legitimează recunoașterea sa, precum și a finalității reprezentate, legată de dorința de a asigura protejarea unor persoane apropiate infractorului. Acest criteriu se va putea combina cu acela indicat la lit. g): „nivelul de educație, vârsta, starea de sănătate, situația familială și socială”, căci parte dintre acestea pot fi elemente prin prisma cărora să se aprecieze și explice existența respectivei erori.

³⁷ În acest sens sunt și prevederile din proiectul de cod penal elaborat în vederea protejării intereselor financiare ale Uniunii Europene, *Corpus Juris*. În acest sens, a se vedea: Daniel Nițu, *Eroarea în concepția lui Corpus Juris*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 1/2007, p. 98-115.

³⁸ G. Antoniu, *op. cit.*, p. 321 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 25 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995). Autorul specifică: „Este discutabil în doctrină dacă eroarea asupra legii penale, alta decât cea încălcată și la care face referire norma de incriminare, constituie o eroare de drept sau o eroare de fapt. Părerea majoritară este că ne aflăm în fața unei erori de fapt” (trimiterea fiind efectuată la doctrina italiană, în care – trebuie spus, ca o nuanță de care poate depinde soluția corectă – este vorba despre conceptul de „eroare asupra faptei / faptului”, iar nu despre „eroare de fapt”, primul concept fiind admis ca fiind mai cuprinzător decât cel secund; în acest sens, a se vedea: A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 91-95).

Importanța determinării exacte a naturii juridice a unei asemenea forme de eroare este, credem, evidentă, prin raportare la implicațiile pe care le-ar putea produce într-o ipoteză ca aceea analizată în cadrul de față. Astfel, admiterea caracterului acestei erori ca fiind una de drept penal va implica, în conformitate cu dezvoltările anterioare, în principiu, soluția inadmisibilității luării sale în considerare, în vederea producerii de efecte juridice de impunitate asupra infractorului (în cazul unei erori inverse), pe când, în ipoteza identificării sale ca o formă specifică de eroare, asimilabilă celei de drept extrapenal și astfel – implicit – celei de fapt, infractorul va putea beneficia de impunitate ca urmare a unei astfel de erori (inverse).

În speranța unei provocări care va fi acceptată de doctrină, în vederea unei binevenite clarificări a acestei din urmă chestiuni, vom pune capăt aici studiului astfel elaborat, exprimându-ne o simplă înclinație în a considera acest fel de eroare, totuși, ca fiind una de drept penal³⁹, prin aceea că poartă asupra unei norme aparținând formal dreptului penal (dacă asemenea norme sunt invocate în doctrină tocmai pentru a evidenția un aspect de manifestare al autonomiei dreptului penal – autonomia conceptuală – ar fi oarecum bulversant ca tocmai ele să nu fie apreciate drept norme propriu-zis penale, astfel încât eroarea asupra lor să fie asimilată unei erori asupra de drept... extrapenal!).

³⁹ În același sens, prin raportare la prevederea din art. 51 alin. 4 C. pen. de la 1968 (coroborată cu dispoziția din art. 141, explicativă asupra noțiunii de „lege penală”), a se vedea: F. Streteanu, *op. cit.*, p. 583, 584; A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 94.

**RESTRÂNGEREA EXECUTĂRII, INCIDENT CU PRIVIRE LA
EXECUTARE SILITĂ REGLEMENTAT DE NOUL COD DE
PROCEDURĂ CIVILĂ**

NICOLAE-HORIA ȚIȚ*

Rezumat:

Cu caracter de noutate, Codul de procedură civilă reglementează instituția restrângerii executării silite, incident care poate apărea în cazul în care sunt urmărite silite mai multe bunuri, mobile sau imobile, a căror valoare este vădit disproporționată față de valoarea creanței a cărei executare se face. Reglementarea este însă una lapidară, lăsând loc de interpretări și creând posibilitatea exercițiului abuziv al acestui drept. Textul de lege este neclar în special în ceea ce privește stabilirea cerinței disproporției vădite și cu privire la momentul până la care se produce efectul specific restrângerii, respectiv acela de suspendare a executării celorlalte bunuri urmărite ale debitorului.

Cuvinte cheie: executare silită, restrângere, disproporție vădită, suspendare.

Abstract:

As a novelty, the Code of Civil Procedure regulates the institution known as enforcement's restraint, incident that may occur whenever the value of more assets, movable or immovable, which are object of legal enforcement, is conspicuously disproportionate to the claim that is being enforced. The legal provisions are, however, lapidary, leaving room for interpretation and creating the opportunity of abusive exercise of rights. The analyzed text is ambiguous especially in terms of establishing the claim which is obviously disproportionate and regarding the moment until which the suspension of the enforcement on the debtor's other assets, which is a specific effect of the restraint, may occur.

Key words: enforcement, restraint, conspicuously disproportion, suspension.

1. Considerații generale

Ca regulă generală, în vederea îndeplinirii silite a obligației prevăzute de titlul executoriu, creditorul poate urmări toate bunurile aflate în patrimoniul debitorului. Sub acest aspect, dispozițiile art. 622 alin. 3 C. proc.

* Asist. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

civ. prevăd că executarea silită are loc în oricare dintre formele prevăzute de lege, simultan sau succesiv până la realizarea dreptului recunoscut prin titlul executoriu, achitarea dobânzilor, penalităților sau a altor sume acordate potrivit legii prin titlu, precum și a cheltuielilor de executare, iar art. 665 alin. 4 C. proc. civ. prevăd posibilitatea creditorului de a cere executorului judecătoresc să recurgă, simultan sau succesiv, la toate modalitățile de executare prevăzute de lege în vederea realizării drepturilor sale, inclusiv a cheltuielilor de executare. Patrimoniul persoanei, alcătuit din toate drepturile și datoriile care pot fi evaluate în bani, potrivit art. 31 C. civ., constituie garanția comună a creditorilor. Astfel, potrivit art. 2324 alin. 1 C. civ., cel care este obligat personal răspunde cu toate bunurile sale mobile și imobile, prezente și viitoare, bunuri care servesc drept garanție comună a creditorilor săi. Prin urmare, posibilitatea creditorului de a-și îndrepta actele de executare constituie o garanție a realizării obligației cuprinsă în titlul executoriu și are drept efect posibilitatea indisponibilizării întregului patrimoniu al debitorului până la încetarea executării silite.

Cu toate acestea, dispozițiile legale care reglementează executarea silită urmăresc în același timp și protejarea debitorului, fiind avute în vedere situațiile unui posibil abuz de drept din partea creditorului, care ar putea prejudicia pe debitor, prin efectuarea de acte de executare silită a unor obligații de valoare semnificativ redusă în comparație cu cea a bunurilor urmărite. Sub imperiul vechiului Cod de procedură civilă era prevăzută regula generală conform căreia veniturile și bunurile debitorului puteau fi supuse executării silite „numai în măsura necesară pentru realizarea drepturilor creditorilor” (art. 371³ alin. 1 C. proc. civ. 1865). Textul de lege urmărea instituirea unei proporționalități între creanța cuprinsă în titlul executoriu și bunurile urmărite, din rațiuni de echitate. Formularea mult prea generală a fost însă de natură să creeze dificultăți practice în aplicarea ei, cu atât mai mult cu cât art. 371¹ alin. 3 C. proc. civ. 1865, de aceeași manieră cu art. 622 alin. 3 din noul Cod de procedură civilă, posibilitatea creditorului de a recurge la toate formele de executare silită, simultan sau succesiv.

Noul Cod de procedură civilă reglementează în mod expres posibilitatea restrângerii executării silite la cererea debitorului, atunci când sunt supuse executării silite mai multe bunuri mobile sau imobile a căror valoare este vădit excesivă în raport cu creanța ce urmează a fi satisfăcută. Restrângerea are așadar caracterul unui incident cu privire la desfășurarea executării silite, încuviințarea acestuia de către instanța de executare

conducând la suspendarea executării cu privire la celelalte bunuri ale debitorului. Sub acest aspect, restrângerea nu trebuie confundată cu dispozițiile art. 812 alin. 5 C. proc. civ., care vizează obiectul executării silite, instituind interdicția de a executa bunuri imobile în cazul în care creanța nu depășește 10.000 lei, cu excepția situației în care debitorul nu are alte bunuri urmăribile sau bunurile urmăribile nu pot fi valorificate. În această situație obiectul executării silite este limitat ex lege doar la bunurile mobile sau la veniturile debitorului, în timp ce în cazul restrângerii, instanța este cea care stabilește ce bunuri urmează a fi urmărite, executarea fiind suspendată cu privire la celelalte bunuri. Ambele reglementări au drept scop apărarea drepturilor și intereselor debitorului, urmărindu-se ca executarea silită să nu se transforme într-o modalitate de șicană a acestuia¹.

2. Condițiile substanțiale ale restrângerii executării

Potrivit dispozițiilor art. 701 alin. 1 C. proc. civ., pentru a putea opera restrângerea executării silite trebuie să existe o executare silită indirectă care să se desfășoare simultan asupra mai multor bunuri mobile sau imobile, iar valoarea acestora să fie disproporționată („vădit excesivă”) față de creanța a cărei executare se urmărește².

Prima condiție se referă al obiectul și modalitatea de executare silită aleasă de către creditor. Este vizată situația în care creditorul, în temeiul art. 622 alin. 3 C. proc. civ., urmărește concomitent mai multe bunuri ale debitorului, mobile sau imobile. Textul de lege nu face nicio mențiune cu privire la efectuarea simultană a actelor de executare în cadrul aceluiași dosar de executare, prin urmare se poate solicita restrângerea și atunci când executarea simultană a bunurilor se face de către executori judecătorești diferiți, având în vedere regulile de competență teritorială prevăzute de art. 651 C. proc. civ. Restrângerea poate fi așadar dispusă atât în situația în care executarea silită are loc concomitent în același dosar de executare, potrivit dispozițiilor art. 665 alin. 4 C. proc. civ., dar și atunci când urmărirea silită este făcută de organe execuționale diferite.

¹ Evenila Oprina, Ioan Gârbuleț, *Tratat teoretic și practic de executare silită, Volumul I. Teoria generală și procedurile execuționale*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 507.

² Ion Deleanu, Valentin Mitea, Sergiu Deleanu, *Noul Cod de procedură civilă, comentariu pe articole, Vol. II (art. 622 – 1133)*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 111.

Condiția ca urmărirea silită să aibă loc simultan asupra mai multor bunuri este îndeplinită în măsura în care executarea cu privire al unul dintre bunuri nu a încetat într-una din formele prevăzute de art. 702 C. proc. civ. Condiția nu este îndeplinită în cazul în care executarea silită are loc succesiv cu privire la multe bunuri, respectiv atunci când creditorul începe urmărirea asupra unui bun, din diverse motive urmărirea asupra acestui bun încetează iar ulterior executarea este continuată asupra altui bun³.

De asemenea, restrângerea executării nu este aplicabilă în cazul în care creditorul începe executarea asupra unui bun, indicându-l expres, iar debitorul dorește ca executarea să se desfășoare cu privire la alt bun, pe care creditorul nu îl urmărește. Cu privire la o astfel de situație, debitorul are doar posibilitatea de a solicita, în cazul urmăririi silite imobiliare, potrivit art. 823 C. proc. civ., suspendarea executării silite, dovedind că poate achita întreaga creanță, incluzând dobânzile și cheltuielile de executare, din veniturile nete ale imobilelor sale, chiar neurmărite sau din alte venituri, în termen de 6 luni. În caz contrar, debitorul nu poate solicita instanței de executare să dispună ca executarea să se facă cu privire la bunuri care nu sunt urmărite, el având doar obligația de a da informații cu privire la aceste bunuri, potrivit art. 646 alin. 2 C. proc. civ., alegerea cu privire la bunurile ce urmează a fi urmărite aparținând exclusiv creditorului, potrivit art. 622 alin. 3 și art. 662 alin. 4 C. proc. civ.

O chestiune controversată în legătură cu această condiție a restrângerii executării este cea referitoare la posibilitatea formulării cererii în cazul în care creditorul urmărește un singur bun a cărui valoare este vădit mai mare decât cea a creanței. Într-o opinie, într-o astfel de situație cererea nu poate fi admisă, condiția impusă de legiuitor prin modul de formulare a textului de lege fiind aceea ca executarea silită să se desfășoare asupra a minim două bunuri, indiferent dacă ambele sunt imobile, unul este mobil și unul imobil sau ambele sunt mobile⁴. Într-o altă opinie, mai nuanțată, se accepta posibilitatea ca executarea silită să fie restrânsă și în situația în care urmărirea privește un singur bun, a cărui valoare este vădit mai mare decât valoarea creanței, argumentul folosit fiind cel referitor la intenția

³ Evenila Oprina, Ioan Gârbuleț, *op. cit.*, p. 507.

⁴ Gabriel Boroi (coordinator), *Noul Cod de procedură civilă, comentariu pe articole, Vol. II, Art. 527 – 1133*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 186, Evenila Oprina, Ioan Gârbuleț, *op. cit.*, p. 507.

legiuitorului, anume aceea că instituția restrângerii are la bază disproporția dintre întinderea valorii de satisfăcut (creanța creditorului) și valoarea de urmărit (bunul sau bunurile supuse executării silite)⁵.

Achiesăm în parte la această opinie. Restrângerea poate opera și în cazul în care este supus urmăririi doar un singur bun, însă numai în situația în care debitorul face dovada că acesta poate fi executat parțial (spre exemplu, în cazul bunurilor imobile, efectuează pe cheltuiala sa operațiunile de dezmembrare a imobilului, astfel încât acesta să poată fi executat pe parcele înscrise în cărți funciare distincte, având în vedere dispozițiile art. 813 alin. 1 C. proc. civ., potrivit cu care urmărirea silită a imobilelor înscrise în cartea funciară se face pe imobile în întregime a lor⁶). Nu suntem de acord cu opinia potrivit căreia în cazul în care se urmărește un singur bun având o valoarea ce o depășește cu mult pe cea a creanței de realizat restrângerea ar putea fi dispusă în cazul în care creditorul ar avea posibilitatea de a urmări alte bunuri, de o valoare mai mică, a debitorului⁷, deoarece, așa cum am arătat și mai sus, într-o astfel de situație nu operează o restrângere, ci o modificare forțată a obiectului executării. Or, posibilitatea instanței de executare ca, la cererea debitorului, să limiteze executarea asupra unor bunuri nu presupune și pe aceea de a schimba obiectul executării silite, de a impune creditorului ca executarea să aibă loc cu privire la bunuri asupra cărora acesta nu a început urmărirea. Protecția acordată debitorului prin reglementarea restrângerii executării nu poate da acestuia posibilitatea de a exercita în mod abuziv acest drept și de a schimba obiectul executării fără acordul creditorului.

Prin urmare, restrângerea executării în cazul în care este executat un singur bun poate opera numai dacă debitorul dovedește că parte din bunul respectiv poate fi executată separat, respectiv, în cazul bunurilor imobile, efectuează operațiunile de dezmembrare astfel încât bunul urmărit să poată să fie executate pe parcele. În această situație, după dezmembrare, debitorul are fie posibilitatea de a cere restrângerea executării, fie să ceară, în condițiile art. 845 alin. 3 C. proc. civ., ca vânzarea să se facă separat pentru

⁵ Ion Deleanu, Valentin Mitea, Sergiu Deleanu, *Tratat de procedură civilă, Volumul III*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 320.

⁶ Nu trebuie confundată această situație cu cea prevăzută de art. 845 alin. 3 și 4 C. proc. civ., potrivit cu care debitorul poate solicita vânzarea separată a unei parcele sau poate indica ordinea de vânzare la licitație a parcelor.

⁷ Ion Deleanu, Valentin Mitea, Sergiu Deleanu, *Tratat...*, p. 320.

fiecare parcelă în parte (cererea fiind în această situație de competența executorului, nu a instanței de executare), respectiv să indice ordinea de vânzare a parcelelor, potrivit art. 845 alin. 4 C. proc. civ.

Cea de-a doua condiție prevăzută de art. 701 alin. 1 C. proc. civ. se referă la disproporția vădită dintre valoarea bunurilor urmărite și creanță. Cerința este destul de vag reglementată, folosirea termenului „vădit excesivă” sugerând o disproporție mare și ușor de constatat. În doctrină au fost propuse criterii de stabilire în concret a acestei disproporții, respectiv o limită cuprinsă între 100 % și 200 % din valoarea creanței⁸. În opinia noastră, o astfel de interpretare adaugă la lege, intenția legiuitorului fiind aceea de a lăsa la latitudinea judecătorului de la instanța de executare ce anume ar însemna, în concret, termenul de „vădit disproporționat”. Aprecierea trebuie să aibă însă în vedere și posibilitatea reală de valorificare a bunului cu privire la care executarea urmează să continue, spre exemplu, în cazul urmăririi silite imobiliare, posibilitatea ca prețul să fie scăzut, în condițiile art. 845 alin. 8 și 9 C. proc. civ. Stabilirea caracterului disproporționat al valorii bunurilor față de creanță nu trebuie așadar să aibă în vedere neapărat valoarea agreată de părți sau stabilită de executor a respectivelor bunuri, eventual pe cale de expertiză, ci posibilul preț real ce ar putea fi obținut în urma unei licitații, ținând cont așadar de posibilitatea prevăzută de lege ca prețul oferit la licitație să fie mai mic decât valoarea stabilită a bunurilor. De asemenea, trebuie avută în vedere existența unor drepturi reale sau sarcini care grevează bunul sau existența altor creditori urmăritori⁹.

3. Procedura și efectele restrângerii executării

Potrivit art. 701 alin. 1 C. proc. civ., cererea de restrângere a executării trebuie formulată de debitor. În condițiile art. 1560 C. civ., cererea ar putea fi formulată pe cale de acțiune oblică și de alți creditori ai debitorului¹⁰.

Coroborând dispozițiile art. 701 cu cele ale art. 650 C. proc. civ., cererea de restrângere a executării este de competența instanței de executare. În cazul în care bunurile urmărite silit atrag competența unor instanțe de

⁸ Evelina Oprina, Ioan Gârbuleț, *op. cit.*, p. 507.

⁹ *Ibidem*, p. 508.

¹⁰ Gabriel Boroi (coordinator), *op. cit.*, p. 186.

executare diferite, cererea se va îndrepta la instanța de executare care a încuviințat executarea ce urmează a fi suspendată. Spre exemplu, dacă se execută simultan bunuri imobile aflate în raza unor curți de apel diferite, ținând cont de regulile de competență teritorială speciale reglementate de art. 819 C. proc. civ., cererea de restrângere a executării va fi de competența instanței în a cărei rază teritorială se află bunul cu privire la care urmează a se dispune suspendarea executării.

Într-o opinie s-a susținut că cererea de restrângere a executării trebuie formulată în termenul prevăzut de art. 714 alin. 1 C. proc. civ., termen care ar începe să curgă de la data la care debitorul ia cunoștință despre valoarea bunurilor supuse urmăririi¹¹. Nu suntem de acord cu această opinie. În lipsa unei mențiuni exprese în acest sens, interpretarea conform căreia cererea de restrângere a executării trebuie formulată într-un anumit termen adaugă la lege. Poate fi stabilit, pe cale de interpretare, un termen maxim, care nu poate fi decât acela al momentului adjudecării, raportat la efectul urmărit printr-o astfel de cerere, respectiv suspendarea executării.

De asemenea, nu achiesăm la opinia conform căreia instanța se va pronunța asupra cererii de restrângere printr-o încheiere dată în camera de consiliu fără citarea părților, într-o procedură similară celei prin care a fost încuviințată executarea silită (art. 665 alin. 2 C. proc. civ.)¹². Art. 701 alin. 1 C. proc. civ. prevede în mod expres că cererea de restrângere se soluționează cu citarea creditorului, prin urmare legiuitorul a avut în intenție ca procedura în care se soluționează o astfel de cerere trebuie să fie una contradictorie. Deși textul se referă în mod expres doar la citarea creditorului, apreciem, alături de alți autori, că în procedura restrângerii executării trebuie în mod obligatoriu să fie citat și debitorul, care este titularul cererii de restrângere¹³. De asemenea, în lipsa unei dispoziții exprese, cererea se va judeca în ședință publică, cu respectarea tuturor regulilor de procedură privind judecata în primă instanță.

De asemenea nu suntem de acord cu opinia potrivit căreia încheierea prin care se pronunță instanța de executare cu privire la cererea de restrângere a urmăririi poate fi atacată cu contestație la executare, potrivit

¹¹ Evelina Oprina, Ioan Gârbuleț, *op. cit.*, p. 508.

¹² Gabriela Cristina Frențiu, Denisa-Livia Băldean, *Noul Cod de procedură civilă, comentat și adnotat*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 1051.

¹³ Ion Deleanu, Valentin Mitea, Sergiu Deleanu, *Tratat...*, p. 321-322.

art. 656 alin. 3 C. proc. civ.¹⁴. Această opinie are la bază o confuzie între regimul juridic al hotărârilor pronunțate de instanța de executare și cel al încheierilor executorului judecătoresc, art. 656 alin. 3 C. proc. civ. referindu-se la acestea din urmă. Opinia la care achiesăm este cea potrivit căreia instanța de executare se pronunță asupra cererii de restrângere a executării prin hotărâre executorie, care poate fi atacată numai cu apel în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 650 alin. 3 C. proc. civ.¹⁵

Efectul specific al restrângerii executării este acela de suspendare a executării cu privire la celelalte bunuri ale debitorului. Trebuie făcută distincție între această suspendare, reglementată de art. 701 alin. 2 C. proc. civ., care urmează să producă efecte de la momentul pronunțării hotărârii de admitere a cererii de restrângere (având în vedere caracterul executoriu al acesteia, potrivit art. 650 alin. 3 C. proc. civ.) și suspendarea prevăzută de art. 718 C. proc. civ. Debitorul poate solicita suspendarea executării până la soluționarea cererii de restrângere a executării, aceasta încadrându-se în categoria altor cereri privind executarea silită, la care se referă art. 718 alin. 1 C. proc. civ. În această situație, debitorul trebuie însă să achite cauțiunea calculată potrivit art. 718 alin. 2 C. proc. civ., în timp ce pentru suspendarea prevăzută de art. 701 alin. 2 C. proc. civ. nu este necesară achitarea unei cauțiuni, deoarece aceasta din urmă este doar o suspendare parțială, care vizează exclusiv executarea bunurilor cu privire la care a fost admisă cererea de restrângere.

Suspendarea executării ca urmare a admiterii cererii de restrângere formulată de debitor produce efecte până la rămânerea definitivă a proiectului de distribuire a sumelor rezultate din executarea efectuată, reluarea executării silite urmând a fi dispusă de către executor, prin încheiere, la cererea creditorului¹⁶. Achiesăm la opinia conform căreia executarea trebuie reluată, la cererea creditorului, și în situația în care executarea nu ajunge la momentul rămânerei definitive a proiectului de distribuire a sumelor, creanța urmărită nefiind recuperată (de exemplu, dacă bunul sau bunurile cu privire la care executarea a continuat nu au putut fi

¹⁴ Ioan Leș, *Noul Cod de procedură civilă, comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, p. 973

¹⁵ Evelina Oprina, Ioan Gârbuleț, *op. cit.*, p. 509, Ion Deleanu, Valentin Mitea, Sergiu Deleanu, *Tratat...*, p. 322.

¹⁶ Gabriel Boroi (coordinator), *op. cit.*, p. 186.

valorificate)¹⁷, scopul urmărit de legiuitor fiind acela ca executarea să poată continua în cazul în care creanța nu poate fi îndeplinită din bunurile cu privire la care nu s-a dispus suspendarea.

4. Concluzii

Reglementarea unei modalități de restrângere a executării era necesară în raport cu echivocul reglementării din Codul de procedură civilă anterior. Dispozițiile art. 701 C. proc. civ. sunt însă și acestea suficient de lapidare pentru a conduce la apariția unor posibile disfuncționalități practice, respectiv la folosirea în mod abuziv a acestei instituții. Apreciem, pe cale de consecință că, de lege ferenda, se impune clarificarea legislativă a mai mult aspecte legate de acest incident cu privire la executarea silită. O primă modificare legislativă pe care o propunem se referă la clarificarea noțiunii de „vădit excesivă” pe care o folosește art. 701 alin. 1 C. proc. civ. Apreciem că este necesar, pentru a se evita abuzul de drept, ca judecătorului să îi fie stabilite criterii mai exacte privind valoarea bunurilor urmărite, în raport cu creanța, așa cum legiuitorul o face, spre exemplu la art. 812 alin. 5 C. proc. civ. O a doua modificare pe care o propunem, de lege ferenda, vizează reglementarea expresă a dreptului creditorului de a alege bunul sau bunurile cu privire la care urmează să continue executarea și, respectiv, bunurile cu privire la care executarea urmează a fi suspendată, simpla citare a creditorului, prevăzută de lege lata, nefiind suficientă în acest sens. Nu în ultimul rând, se impune clarificarea situațiilor în care încetează măsura suspendării dispusă de instanță ca urmare a admiterii cererii de restrângere, redactarea actuală a art. 701 alin. 3 C. proc. civ. putând conduce la un abuz de drept, în cazul în care este acceptată interpretarea conform căreia suspendarea încetează doar la momentul rămânerii definitive a proiectului de distribuire a sumelor rezultate din executarea silită. De lege ferenda, se impune adăugarea la această situație și a tuturor celorlalte situații în care creanța nu a putut fi realizată, putând fi stabilit și un termen legal pentru o astfel de suspendare, așa cum este cazul, spre exemplu, la art. 823 C. proc. civ.

¹⁷ *Ibidem.*

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA PROTECȚIA MANDATULUI PREȘEDINTELUI ROMÂNIEI

CLAUDIU GEORGE PUPĂZAN*

Abstract

The Constitution of Romania and the Romanian legislation include dispositions in their original texts relating to protection of both the President of Romania and his mandate. So we can identify four ways of protecting the President of Romania. First, we have a regime of incompatibility, a regime of immunity, then continue with the Romanian President incomes regime and the protection offered by the criminal law. All these measures are intended to provide a framework for the Romanian President to fulfill his duties.

Key words: *President of Romania, incompatibility, immunity, criminal law.*

1. Dacă ținem seama de locul pe care-l ocupă instituția prezidențială în sistemul administrației de stat, de rolul și importanța acesteia în activitatea social-politică românească dar și de gradul ridicat de responsabilitate ce-i revine titularului unei asemenea demnități, vom înțelege rațiunea legiuitorului de a institui o serie de măsuri legale menite să asigure o protecție eficientă atât persoanei Președintelui României cât și mandatului acestuia. S-a urmărit astfel ca, întregul ansamblu de măsuri de protecție să aibă ca finalitate asigurarea unei independențe efective a exercitării atribuțiilor șefului de stat. Atingerea acestui scop a necesitat, în primul rând, crearea unui cadru juridic specific care să-i asigure mijloacele și, în același timp, să-i garanteze titularului funcției prezidențiale posibilitatea îndeplinirii prerogativelor ce-i revin în mod liber, în afara oricărei constrângeri sau presiuni, iar în al doilea rând a impus asigurarea unei ocrotiri adecvate persoanei fizice care deține calitatea de Președinte al României, protecție realizată mai cu seamă prin mijloace de ordin penal.

2. Pornind de la dispozițiile constituționale¹ putem identifica modalitățile concrete prin care se realizează protecția mandatului

* Asist. univ. drd., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

¹ A se vedea art.22 al.1, art.23 al.1, art.84 și art.101 din Constituția României.

Președintelui României. Astfel întâlnim în legislația românească consacrate regulile ce privesc situațiile de incompatibilitate cu funcția prezidențială precum și cele care privesc regimul juridic special al imunității, menit să-i asigure Președintelui ocrotirea față de orice faptă sau act care i-ar putea împiedica normala exercitare a atribuțiilor; apoi regăsim menționate reglementările speciale referitoare la indemnizația și la celelalte venituri ce i se cuvin titularului mandatului prezidențial și nu în ultimul rând vom întâlni incriminate toate acele fapte care lezează însăși persoana Președintelui și care aduc atingere implicit atributului autorității, cunoscându-se faptul că Președintele României deține o funcție ce implică prerogative de putere publică.

Incompatibilități ce privesc funcția prezidențială

Noțiunea de incompatibilitate poate fi definită ca fiind acea situație reglementată de lege prin care unei persoane fizice i se interzice să dețină simultan două sau mai multe funcții publice sau private ori să desfășoare în același timp două sau mai multe activități, care prin caracterul lor sunt contradictorii, scopul fiind acela al protejării prestigiului funcției, garantării imparțialității agentului public și respectării interesului general.

Privitor la incompatibilitate ca și instituție juridică menită să asigure protecția mandatului prezidențial, Constituția României, prin art.84 al.1, stabilește că Președintele României, în timpul mandatului său, nu poate avea calitatea de membru al unui partid politic și nici nu poate exercita o altă funcție publică sau privată.²

Din analiza normei constituționale se desprind două situații de incompatibilitate. Prima este de natură politică și are în vedere cerința de a asigura instituției prezidențiale caracter neutru, independent în planul relațiilor social-politice românești. În acest sens art.80 al.2 din Constituție îi impune Președintelui îndeplinirea funcției de mediere între puterile statului, precum și între stat și societate, atribut ce nu ar putea fi realizat atât timp cât asupra șefului statului ar plana suspiciunea că deciziile sale ar putea fi influențate de partidul care l-a susținut și care i-a acordat încrederea în

² Art.84 al.1 din Constituția României are următorul cuprins: *În timpul mandatului, Președintele României nu poate fi membru al unui partid și nu poate îndeplini nicio altă funcție publică sau privată.*

accederea la funcția supremă în stat.³ Reglementarea acestei incompatibilități îl obligă pe Președinte ca, odată ales, să renunțe la orice funcție deținută în cadrul partidului politic, chiar și la calitatea de simplu membru, dar în același timp îi și interzice, ca pe întreaga durată a mandatului, să se înscrie într-un partid politic și să devină astfel membru cu drepturi depline al acestuia.

O atentă analiză a dispoziției constituționale cuprinsă în art.84 al.1 teza I ridică o serie de întrebări referitoare la interpretarea noțiunii de *partid*. Care este înțelesul pe care legea supremă o acordă acestui concept? Este sensul restrâns al termenului definit de Legea partidelor politice sau putem înțelege orice formațiune care participă, potrivit propriului statut, la viața politică din România? În acest context este firesc să ne întrebăm: ce s-ar întâmpla dacă membrul și candidatul unei organizații aparținând minorităților naționale, precum Uniunea Democrată a Maghiarilor din România (U.D.M.R) sau Frontul Democrat al Germanilor din România (F.D.R.G.), în urma scrutinului prezidențial, ar ocupa funcția de Președinte al României? Ar avea acesta obligația, odată preluat mandatul, de a părăsi organizația minorității naționale care l-a susținut în alegeri, tocmai pentru a respecta dispozițiile constituționale ce reglementează incompatibilitatea funcției prezidențiale cu calitatea de membru al unui partid politic, în condițiile în care aceste formațiuni nu sunt organizate ca și partide politice potrivit Legii nr.14 din 2003 a partidelor politice⁴ neregăsindu-se, de altfel, nici în evidența Registrului partidelor politice⁵ document oficial administrat de Tribunalul Municipiului București? Aceeași problemă s-ar ridica și în situația în care Președintele României ar opta, după preluarea mandatului, să se înscrie într-o organizație aparținând minorităților naționale. Ar exista în aceste cazuri o situație de incompatibilitate în sensul celei stipulate de prevederea constituțională din art.84 al.1 teza I? Ar mai putea fi oare respectat scopul urmărit de legiuitorul constituant și anume acela de a avea un Președinte imparțial, neutru în realizarea prerogativelor sale? Ce înțelege

³ Genoveva Vrabie, *Organizarea politico-etatică a României. Drept constituțional și instituții politice, Vol.II*, Ediția a treia revăzută și reîntregită, Ed. Cugetarea, Iași, 1999, p.225 și Mircea Preda, *op. cit.*, p.43.

⁴ Legea partidelor politice nr.14 din 2003, în M.Of. nr. 25 din 17 ianuarie 2003.

⁵ Potrivit art.23 din Legea nr.14 din 2003 a partidelor politice: *partidele politice ale căror cereri de înregistrare au fost admise de către Tribunalul Municipiului București se înscriu în Registrul partidelor politice.*

constituantul român prin noțiunea de partid politic? Este vorba de înțelesul pe care îl dă noțiunii Legea partidelor politice în art.1 și art.3 al.1⁶ sau trebuie să înțelegem conceptul de *partid politic* într-un sens larg, incluzând aici și formațiunile legal constituite ale organizațiilor aparținând minorităților naționale?

Considerăm că legiuitorul constituant a avut în vedere în cuprinsul art.84 al.1 înțelesul noțiunii de *partid* pe care Legea partidelor politice o dă acesteia. Altcumva ar fi procedat la completarea textului constituțional în sensul menționării exprese că incompatibilitatea vizează orice formațiune cu caracter politic, chiar dacă nu se constituie și funcționează potrivit Legii nr.14 din 2003. Drept urmare, nu identificăm nicio piedică legală pentru ca Președintele României, odată ales, să-și păstreze calitatea de membru al organizației aparținând minorităților naționale sau al oricărei organizații de natură politică recunoscută de lege pe a cărei susținere s-a bazat în accederea la fotoliul prezidențial ori să se înscrie într-o asemenea structură după preluarea mandatului.

A doua incompatibilitate prevăzută de textul constituțional este de natură profesională⁷ și se referă la interzicerea, pe durata mandatului ca Președintele României să exercite o funcție publică sau privată de orice natură. Justificarea unei asemenea interdicții rezultă, așa cum s-a susținut în doctrină,⁸ din necesitatea de a concentra și canaliza întreaga forță de muncă a Președintelui unui singur scop și anume interesului public, național prin exercitarea prerogativelor ce-i revin, dar în egală măsură și înlăturării motivelor de suspiciune, de neîncredere ale opiniei publice în general care ar putea plana asupra persoanei șefului statului dacă acesta ar ocupa, în același timp o altă funcție, din sectorul public sau privat, și care ar implica beneficii patrimoniale sau nepatrimoniale pentru acesta sau pentru familia ori rudele sale. Legat de această incompatibilitate se pune o întrebare: poate Președintele ales să ocupe o funcție sau să exercite o profesie în domeniul didactic, al cercetării științifice sau al creației cultural-artistice în condițiile

⁶ Potrivit art.1 din Legea nr.14 din 2003 a partidelor politice: *Partidele politice sunt asociații cu caracter politic ale cetățenilor români cu drept de vot, care participă în mod liber la formarea și exercitarea voinței lor politice, îndeplinind o misiune publică garantată de Constituție, iar potrivit art.3 al.1 din același act normativ: Pot funcționa ca partide politice numai asociațiile cu caracter politic constituite potrivit legii...*

⁷ Mircea Preda, *op. cit.*, p. 43.

⁸ Genoveva Vrabie, *op. cit.*, p. 226.

în care i se interzice prin textul constituțional exercitarea oricărei funcții publice sau private fără menționarea nici unei excepții, dar cunoscându-se faptul că pentru alte demnități publice, inclusiv pentru alte categorii de aleși naționali, cum sunt parlamentarii, este prevăzută excepția mai sus menționată⁹? Considerăm că posibilitatea Președintelui României de a desfășura activități didactice și de cercetare științifică nu ar periclita sub nicio formă buna desfășurare a atribuțiilor prezidențiale și nici nu ar fi contrară scopului pentru care legiuitorul a prevăzut această incompatibilitate. Din contra, activitățile menționate, în domenii ce au legătură cu exercitarea mandatului, nu ar face altceva decât să îmbunătățească calitatea actului de conducere cu urmări pozitive în ceea ce privește satisfacerea interesului public. Mergând însă pe același raționament avut în vedere și anterior, în sensul unei interpretări stricte a dispozițiilor constituționale, considerăm că Președintele României nu poate exercita activități didactice, de cercetare științifică sau care implică creație cultural-artistică. Dacă constituantul român ar fi permis acest lucru, ar fi menționat expres situațiile de excepție în cadrul art.84 al.1 ultima teză.

Concluzionând, credem că se impune modificarea textului din Constituție referitor la regimul incompatibilității Președintelui României, pe de o parte, în sensul unei flexibilități mai ridicate a prevederilor constituționale, care să-i permită titularului funcției prezidențiale o mai mare libertate decizională în planul vieții profesionale iar pe de altă parte enumerarea expresă și limitativă, prin termeni clari și preciși care să nu lase loc nici unei interpretări, a cazurilor de incompatibilitate cu funcția prezidențială.

Regimul juridic al veniturilor Președintelui României

Ocrotirea celei mai înalte magistraturi din România se realizează și prin consacrarea unui regim juridic special ce vizează veniturile pe care Președintele României le dobândește în timpul mandatului. Astfel, întâlnim reglementate dispoziții legale referitoare la indemnizația prezidențială, formă de remunerație și principală sursă de venit a Președintelui, precum și la alte

⁹ A se vedea art. 82 al.3 din Legea nr.161 din 2003, unde se precizează că senatorii și deputații *pot exercita funcții sau activități în domeniul didactic, al cercetării științifice și al creației literar-artistice.*

drepturi de natură pecuniară ce i se cuvin, cum ar fi indemnizații din diurne, venituri din drepturi de autor sau venituri din dividende.

Regula, stabilită de legiuitor, este aceea că toate sursele de venit ale Președintelui României trebuie supuse principiului transparenței¹⁰. În acest sens, pe de o parte, Legea cadru privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice¹¹ stabilește în mod concret cuantumul indemnizației lunare de încadrare în funcție a Președintelui României la o valoare ce reprezintă salariul minim brut pe economie¹² multiplicat cu 15, coeficientul maxim de ierarhizare corespunzător clasei de salarizare pentru sectorul bugetar¹³, iar pe de altă parte, șeful statului i se impune să-și declare toate veniturile obținute prin completarea și comunicarea, în condițiile legii, la primirea mandatului, anual, pe parcursul acestuia, și la încetarea lui, a declarației de avere și de interese¹⁴. Completarea și actualizarea periodică a declarațiilor de avere și de interese trebuie să se facă de Președintele României cu buna-credință, astfel încât cele declarate să corespundă situației reale a veniturilor obținute și, după caz, a intereselor sale, în caz contrar putându-se angaja față de acesta răspunderea penală. Art.28 din Legea nr.176 din 2010 privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice, stabilește ca și infracțiune de *fals în declarații* prevăzută de art.292 Cod penal, fapta Președintelui României *care cu intenție, depune declarații de avere sau declarații de interese care nu corespund adevărului*, pedeapsa pentru această faptă fiind închisoarea de la 3 luni la 2 ani. Considerăm că angajarea răspunderii penale în această situație nu este împiedicată de imunitatea pe care o are Președintele României potrivit art.84 al.2 din Constituția României deoarece aceasta din urmă vizează strict opiniile politice exprimate de șeful statului în exercițiul mandatului și în legătură cu acesta și nu îndeplinirea unor obligații impuse de lege. Două argumente susțin opinia noastră. În primul rând, art.16 al.1 și 2 din Constituție statuează

¹⁰ A se vedea Legea nr. 176 din 2010 privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice în M. Of. nr 621 din 2 septembrie 2010.

¹¹ Legea nr.284 din 2010 în M. Of. nr. 877 din 28 octombrie 2010.

¹² Art.1 al.2 din H.G. nr.23 din 2013 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată în M.Of. nr 52 din 23 ianuarie 2013, unde se menționează că: *începând cu data de 1 iulie 2013 salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată se stabilește la valoarea de 800 de lei lunar.*

¹³ A se vedea art. 10 și anexa I, cap. IV pct. A din Legea nr. 284 din 2010.

¹⁴ A se vedea art. 1 al.1 și art.2,3,4 al. 1, 2 și 3 din Legea nr. 176 din 2010.

la nivel de principiu că cetățenii români sunt egali în fața legii și a autorităților publice și că nimeni nu este mai presus de lege iar în al doilea rând Decizia nr.81 din 2013¹⁵ a Curții Constituționale care a stabilit că nu trebuie să existe o diferență de tratament juridic între categoriile de persoane cărora li se aplică prevederile Legii nr.176 din 2010, deoarece, ținând cont de obiectul și de scopul reglementării și anume asigurarea integrității în exercitarea funcțiilor și demnităților publice precum și prevenirea corupției instituționale, persoanele menționate la art.1 al.1 din Legea nr.176 din 2010, printre care și Președintele României, se află în aceeași situație juridică. Astfel, afirmă Curtea, instituirea unui tratament diferit chiar și pentru Președintele României, acceptându-se la modul absolut ideea de imunitate, are un caracter discriminatoriu.

Pe de altă parte, interdicția ce îl vizează pe Președintele României, aceea de a ocupa orice altă funcție publică sau privată pe durata mandatului și drept consecință imposibilitatea cumulării indemnizației cu alte venituri obținute ca urmare a exercitării altor activități, obligă legiuitorul să reglementeze un cadrul legislativ care să îi garanteze titularului funcției prezidențiale o anumită stabilitate din punct de vedere financiar care să îi asigure acel confort social necesar tocmai pentru ca întregul efort al Președintelui să se axeze, să se concentreze strict pe realizarea în mod eficient a atribuțiilor funcției. Acesta este și motivul pentru care șeful statului are cel mai mare venit din sectorul bugetar. În același timp, asigurându-i-se independența financiară, șeful statului este ferit de alte presiuni exterioare funcției care ar putea periclita normala desfășurare a activității sale. Spre exemplu, se diminuează riscul ca acesta să poată săvârși infracțiuni în legătură cu serviciul prevăzute de Codul penal, precum luarea de mită, primirea de foloase necuvenite sau traficul de influență.

Ocrotirea mandatului Președintelui României prin măsuri de ordin penal

Președintele României, pe durata mandatului dar și după încetarea acestuia beneficiază de protecția oferită de legea penală, ca de altfel oricărei persoane purtătoare a autorității publice de stat. În acest sens, faptele prin care este adusă atingere reputației sau onoarei șefului de stat, precum și cele

¹⁵ Curtea Constituțională Decizia nr. 81 din 2013 în M. Of. nr. 136 din 14 martie 2013.

care privesc amenințarea ori actele de violență îndreptate împotriva persoanei acestuia, în legătură cu exercitarea mandatului, se vor pedepsi potrivit dispozițiilor Codului penal dar și a altor prevederi penale cuprinse în legi speciale.

Înscriindu-se între valorile supreme apărute de Constituția României prin art.1 al.3, demnitatea umană necesită a beneficia de cel mai înalt grad de protecție, lucru ce nu poate fi asigurat decât de legea penală¹⁶ prin incriminarea *insulte* și a *calomniei* în Codul penal.¹⁷ Potrivit art.205 Cod penal *insulta* se pedepsește cu amendă și constă în *atingerea adusă onoarei ori reputației unei persoane prin cuvinte, prin gesturi sau prin orice alte mijloace, ori prin expunerea la batjocură* sau, potrivit al.2, *când se atribuie unei persoane un defect, boală sau infirmitate care, chiar reale de-ar fi, nu ar trebui relevate*. Cât privește *calomnia*, art.206 Cod penal o definește ca fiind *afirmarea ori imputarea în public, prin orice mijloace, a unei fapte determinate privitoare la o persoană, care, dacă ar fi adevărată, ar expune acea persoană la o sancțiune penală, administrativă sau disciplinară, ori disprețului public* și o pedepsește cu amendă de la 250 la 13000 lei. Dacă asemenea fapte ar fi săvârșite față de Președintele României, datorită rolului constituțional pe care-l îndeplinește și a autorității cu care este învestit, pericolul social ar fi cu atât mai mare, ceea ce impune și o reacție promptă și energică din partea autorităților competente sesizate de cel insultat ori calomniat. Respectând și apărând demnitatea, onoarea și reputația persoanei Președintelui, legea penală ocrotește în același timp și valoarea socială pe care o reprezintă instituția prezidențială ca parte a puterii executive.

Apărarea demnității Președintelui României poate fi făcută și prin incriminarea *denunțului calomnios* prin art.259 Cod penal. Fapta constă în *învinuirea mincinoasă făcută prin denunț sau plângere, cu privire la săvârșirea unei infracțiuni de către o persoană sau, potrivit al.2, în producerea ori ticluirea de probe mincinoase, în sprijinul unei învinuiri nedrepte*. Ocrotirea este posibilă datorită faptului că obiectul juridic secundar al acestei infracțiuni constă în relațiile sociale referitoare la

¹⁶ Curtea Constituțională, Decizia nr.62 din 2007, în M. Of. nr.104 din 12 februarie 2007.

¹⁷ Codul penal român incriminează insulta și calomnia în art.205, respectiv art.206.

demnitatea persoanei în contra căreia se face învinuirea mincinoasă.¹⁸ Protecția capătă și un caracter special dacă este să ținem cont de prevederile art.31 al.1 din Legea nr.176 din 2010. Astfel obligația șefului statului român de a redacta și apoi supune controlului Agenției Naționale de Integritate declarația sa de avere și de interese vine și cu măsura de protecție a sancționării celui care, cu rea-credință, sesizează Agenția Națională de Integritate pentru ca aceasta să demareze activitatea specifică de evaluare ce privește situația averii existente pe durata exercitării demnității publice, a conflictelor de interese și a incompatibilităților Președintelui României. Drept urmare va constitui infracțiunea de denunțare calomnioasă și se va pedepsi cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau, după caz, de la 1 la 5 ani, *sesizarea făcută cu rea-credință, dacă prin aceasta a cauzat persoanei denunțate un prejudiciu moral sau material.*¹⁹

Tot în cadrul măsurilor de ocrotire a șefului statului, dispozițiile Codului penal referitoare la infracțiunile contra autorității incriminează în art.239 al.1 *ultrajul, ca fiind amenințarea săvârșită nemijlocit sau prin mijloace de comunicare directă contra unui funcționar public care îndeplinește o funcție ce implică exercițiul autorității de stat, aflat în exercițiul funcțiunii ori pentru fapte îndeplinite în exercițiul funcțiunii.* Dacă relațiile sociale ocrotite prin incriminare vizează în principal respectul datorat autorității de stat, în subsidiar protecția se extinde și asupra relațiilor sociale referitoare la libertatea psihică a persoanei, iar în formele agravate din al. 2, 3 și 4 chiar și la integritatea corporală și sănătatea persoanei²⁰. Cum Președintele României are potrivit legii penale calitatea de funcționar public²¹ ce îndeplinește o funcție ce implică exercițiul autorității de stat, acesta poate fi subiect pasiv secundar al infracțiunii de ultraj. Prin urmare, incriminarea din art.239 Cod penal îl apară pe Președintele României de orice amenințare ori vătămare corporală care s-ar îndrepta împotriva persoanei acestuia. Faptele antisociale care întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii de ultraj și îndreptate contra șefului statului ar putea avea loc cu ocazia adresării de

¹⁸ Tudorel Toader, *Drept penal român. Partea specială*, Ediția a 3-a, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 262.

¹⁹ Infracțiune prevăzută de art.31 al.1 din Legea nr.176 din 2010.

²⁰ Tudorel Toader, *op. cit.*, p. 211.

²¹ Potrivit art. 147 al. 1 Cod penal *prin funcționar public se înțelege orice persoană care exercită permanent sau temporar, cu orice titlu, indiferent cum a fost investită, o însărcinare de orice natura, în serviciul unei unități dintre cele la care se referă art. 145 Cod penal.*

mesaje Parlamentului, cu ocazia ceremoniilor prin care se conferă decorații sau titluri de onoare sau pentru emiterea unor decrete de grațiere, sau care privesc declararea mobilizării forțelor armate, sau pentru instituirea stării de asediu ori de urgență etc. Considerăm a fi o scăpare a legiuitorului penal faptul că, reglementând cazurile speciale de pedepsire în art.239¹ Cod penal, pentru a sancționa actele indirecte de intimidare a funcționarului public îndreptate împotriva soțului, copiilor sau părinților acestuia, a omis să-l menționeze, în enumerarea făcută în cuprinsul articolului, și pe Președintele României, lucru de neînțeles dacă este să ținem seama de poziția pe care o are și de rolul pe care-l îndeplinește în aparatul de stat.²²

Integritatea corporală, sănătatea, dar și viața Președintelui României pot fi protejate și prin incriminarea *atentatului care pune în pericol siguranța statului*²³ prevăzută de art.160 Cod penal, în condițiile în care atacul material și violent îndreptat împotriva victimei infracțiunii a avut loc în împrejurări care au pus în pericol siguranța statului. Spre exemplu, atentatul care are loc împotriva Președintelui României cu ocazia luării de către acesta a măsurilor necesare pentru respingerea agresiunii armate îndreptate împotriva României este de natură să ducă la imposibilitatea, temporară sau permanentă a șefului statului de a-și îndeplini atribuțiile, ceea ce ar avea ca și consecință o stare de pericol pentru siguranța statului. În mod similar, imposibilitatea exercitării de către șeful statului a funcțiilor sale ce vizează politica externă sau luarea măsurilor excepționale precum instituirea stării de asediu sau de urgență, datorată atentatului la viața acestuia pot avea același efect asupra relațiilor sociale ce privesc siguranța și stabilitatea statului. Fiind o infracțiune ce prezintă un pericol social ridicat vizând atât relațiile sociale referitoare la atributele fundamentale ale statului, precum unitatea, suveranitatea, independența și indivizibilitatea²⁴, cât și viața și integritatea corporală a Președintelui, sancțiunea stabilită de legiuitor este

²² Potrivit art.239¹ Cod penal în cazul infracțiunilor prevăzute în art.180-182, art.189 și art.193, săvârșite împotriva soțului, copiilor sau părinților unui judecător, procuror, polițist, jandarm ori militar, în scop de intimidare sau de răzbunare pentru acte sau fapte îndeplinite în exercițiul funcțiunii, maximul pedepsei se majorează cu 2 ani.

²³ Infracțiunea de *atentat care pune în pericol siguranța statului* este reglementată de art.160 Cod penal și are următorul cuprins: *Atentatul săvârșit contra vieții, integrității corporale ori sănătății unei persoane care îndeplinește o activitate importantă de stat sau altă activitate publică importantă, în împrejurări care fac ca fapta să pună în pericol siguranța statului.*

²⁴ Tudorel Toader, *op.cit.*, p. 3.

una extrem de severă, constând în detențiunea pe viață alternativ cu închisoarea de la 15 la 25 de ani.

Imunitatea Președintelui României

Imunitatea, ca și instituție juridică, este privită în literatura de specialitate ca fiind o modalitate de ocrotire acordată reprezentanților cetățenilor, menită a-i proteja pe aceștia de presiuni, abuzuri ori procese șicanatorii îndreptate împotriva lor, în cadrul exercitării mandatului pe care îl au de îndeplinit, având drept scop asigurarea libertății și independenței exercitării drepturilor și obligațiilor constituționale și legale²⁵.

Imunitatea șefului statului este stabilită prin normă constituțională în art.84 al.2 text care prevede că: Președintele României se bucură de imunitate în sensul că acesta nu poate fi tras la răspundere juridică pentru opiniile sale politice exprimate în exercitarea mandatului²⁶.

Protecția mandatului Președintelui României prin reglementarea imunității își găsește justificarea pe considerente de oportunitate politică. Persoana șefului statului se identifică cu instituția prezidențială, Președintele fiind un organ unipersonal al puterii executive. În acest sens, pentru ocrotirea autorității se impune cu necesitate protejarea persoanei care reprezintă instituția publică²⁷, însă această garanție de care se bucură demnitarul trebuie privită și înțeleasă ca o prerogativă a funcției în vederea îndeplinirii normale a mandatului și sub nicio formă aceasta nu trebuie să se transforme într-un privilegiu de care Președintele să se folosească pentru satisfacerea ori atingerea unor interese personale, exterioare mandatului și care ar nesocoti implicit prevederile art.16 din Constituție²⁸. Instituindu-se prin normă constituțională, imunitatea pentru opinii politice ridică o întrebare: în ce constau aceste opinii politice exprimate de către Președinte și care ar fi limitele până la care protecția operează?

²⁵ Ștefan Deaconu, *Câteva aspecte de natură constituțională privind răspunderea Președintelui României*, în *Dreptul* nr.12 din 2007 p. 23-24 și Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, *Drept parlamentar românesc*, Editura All Beck, București, 2005, p. 329.

²⁶ Dispozițiile constituționale din art. 84 al.2 teza a II-a fac trimitere la art.72 al.1 din Legea fundamentală referitor la imunitatea parlamentară, care se aplică în mod corespunzător.

²⁷ Ștefan Deaconu, *op. cit.*, p. 26.

²⁸ Viorel Pașca, *Prolegomene în studiul dreptului penal*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p.133.

Considerăm că opiniile politice exprimate de Președintele României vizează dezbateră, discutarea și soluționarea într-un cadru instituțional adecvat a treburilor publice ale statului care intră în sfera atribuțiilor prezidențiale, relațiile, orientările și manifestările între Președinte, pe de o parte, și partidele politice, autorități publice, categorii și grupuri sociale în legătură cu promovarea intereselor lor, pe de altă parte. Avem în vedere și opiniile exprimate de șeful statului care au însemnătate pe plan social, economic sau cultural și care sunt exprimate sub orice formă: scrisă ori orală și indiferent de locație: la tribuna Parlamentului, la sediul administrației prezidențiale, la posturile de radio-tv, în cadrul conferințelor de presă etc.

Cât privește limitele libertății de exprimare a opiniilor politice de către Președintele României, Curtea Constituțională a considerat că anumite excese în exprimarea șefului statului și care ar putea pune într-o lumină negativă anumite instituții publice²⁹ sau care ar lăsa să se înțeleagă că favorizează alte organisme publice³⁰ rămân în cadrul limitelor libertății de exprimare protejate de prevederile art.84 al.2 din Constituție. Considerăm însă că imunitatea stabilită de legiuitor în articolul citat mai sus nu are caracter absolut. Ar constitui un exces de putere din partea Președintelui României exprimarea unor opinii politice care ar atinge, direct sau indirect demnitatea, onoarea, viața particulară și dreptul la imagine a unei persoane, valori apărute de însăși Constituția României prin art.30 al.6 și al.7.

3. Concluzionând, putem afirma că, ținând seama de rolul pe care îl are Președintele, de specificul și însemnătatea atribuțiilor sale, se impune ca funcția prezidențială să fie ocupată de o persoană cu o reputație neștirbită, care să se bucure de încrederea publică și care să-și desfășoare activitatea în mod transparent și cu bună-credință. Tocmai pentru a veghea la îndeplinirea unor asemenea deziderate se impune instituirea unui regim juridic specific care să ocrotească funcția supremă în stat și pe titularul acesteia dar în același timp să sancționeze și orice încercare de a deturna scopul activității Președintelui României în sfera ilicitului.

²⁹ Curtea Constituțională, Decizia nr.53 din 2005, în M. Of. nr.144 din 17 februarie 2005.

³⁰ Curtea Constituțională, Avizul consultativ nr.1 din 2007, în M. Of. nr. 258 din 18 aprilie 2007.

**FUNCȚIILE RĂSPUNDERII CIVILE ÎN FILOSOFIA ACTUALULUI
COD CIVIL**
**FUNCTIONS OF CIVIL LIABILITY IN THE PHILOSOPHY OF THE
CURRENT CIVIL CODE**

lect.dr. FLORIN I. MANGU
Facultatea de Drept și Științe Administrative a
Universității de Vest din Timișoara

Abstract

Regarding the functions of civil liability, the current Civil Code retains, as was natural, the same line of thought already drawn in the national legislation by the 1864 legislator. Thus, from the first two paragraphs of art. 1349 of the current Civil Code clearly transpire the two functions of civil liability, as designed by the craftsmen of this act. The corroborated construction of these two pieces of legislation, as well as the systemic construction of all the regulations in the field reveal the fact that the main purpose of the engagement of civil liability is the full compensation for the damage caused to another person by someone who, with discretion, violates the general duty to respect the rules of conduct imposed by the law or the local custom and not infringe, by their actions or omissions, the rights or legitimate interests of others.

Rezumat

În privința funcțiilor răspunderii civile, actualul Cod civil păstrează, cum era și firesc, aceeași linie de gândire trasată deja în legislația autohtonă de legiuitorul de la 1864. Astfel, din primele două aliniate ale art. 1349 al actualului Cod civil transpar cu claritate cele două funcții ale răspunderii civile așa cum este aceasta proiectată de către artizanii acestui act normativ. Interpretarea coroborată a celor două texte de lege, dar și interpretarea sistemică a întregii reglementări în materie relevă faptul că principala finalitate a antrenării răspunderii civile o constituie repararea integrală a prejudiciilor cauzate altei persoane de către cel care, având discernământ, încalcă îndatorirea generală de a respecta regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și de a nu aduce atingere, prin faptele sale comise sau omise, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane.

Cuvinte cheie: *răspundere civilă, funcție reparatorie, funcție preventiv-educativă*

1. Liminarii. Enunțarea funcțiilor. Întreaga literatură de specialitate, precum și jurisprudența în materie, luând în discuție reglementarea instituției juridice a răspunderii civile în Codul civil de la 1864, susțin că răspunderea civilă îndeplinește două funcții importante: funcția reparatorie și funcția preventiv-educativă¹.

Răspunderea civilă are astfel ca scop repunerea patrimoniului persoanei prejudiciate în situația în care s-ar fi aflat dacă fapta ilicită nu s-ar fi produs, prin înlăturarea tuturor consecințelor dăunătoare ale acesteia. Cu alte cuvinte, esența răspunderii civile constă în ideea de reparare a unui prejudiciu². Privită astfel, răspunderea civilă este un mijloc de apărare și restabilire a drepturilor subiective, precum și a intereselor tuturor persoanelor fizice și juridice³.

Așadar, în primul rând, cel care tulbură echilibrul social va fi obligat să readucă victima în situația în care s-ar fi aflat dacă fapta ilicită nu ar fi fost comisă; aceasta, prin repararea integrală a prejudiciului produs acesteia; în al doilea rând, prin antrenarea raportului de răspundere civilă, făptuitorului i se atrage atenția că, prin conduita sa, a încălcat îndatorirea generală, a oricărei persoane membre a unei colectivități organizate, de a respecta regulile de conduită impuse prin legislația ce guvernează raporturile sociale din interiorul acelei colectivități sau prin obiceiul locului, prin cutumele cu valoare normativă ale acelei societăți și că, prin aceasta, a adus atingere drepturilor sau intereselor legitime ale victimei, fapt pentru care va fi pedepsit, va fi tras la răspundere, fiind obligat la repararea prejudiciului astfel creat și, implicit, prin aceasta, la restabilirea echilibrului astfel distrus.

Se dorește astfel, atât apărarea intereselor victimei, dar și ale întregii societăți din care victima și făptuitorul fac parte, urmărindu-se, pe de o parte, sancționarea celui din urmă, iar pe de altă parte, educarea acestuia în sensul de a-l face conștient de semnificațiile sociale ale faptei sale și de a preveni săvârșirea de către el de noi fapte ilicite prejudiciabile.

¹ F. I. Mangu, C. E. Mangu, *Răspunderea civilă delictuală – mijloc indirect de apărare a dreptului de proprietate. Actualitate și perspective*, în *Pandectele române*, supliment 2007, p. 136-144.

² L. Pop, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. Tratat*, Ediția a II – a, Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 1998, p. 164.

³ *Idem*, p. 165; C. Stătescu, C. Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All, București, 1998, p. 124.

2. Funcția preventiv-educativă. Prin influența exercitată asupra conștiinței indivizilor, alături de celelalte forme ale răspunderii juridice, răspunderea civilă îndeplinește o importantă funcție educativă⁴. Natura juridică de sancțiune a răspunderii civile - „o sancțiune specifică dreptului civil, aplicată pentru săvârșirea faptei ilicite cauzatoare de prejudicii”⁵ - este cea care determină această funcție – cel ce săvârșește o faptă ilicită prejudiciabilă va fi tras la răspundere de către societate, care urmărește restabilirea ordinii de drept încălcate astfel – motiv pentru care răspunderea civilă capătă un scop educativ și, implicit, preventiv⁶. Astfel, prin teama pe care eventualitatea obligării la reparații o poate provoca în conștiința oamenilor, răspunderea civilă contribuie la diminuarea numărului faptelor ilicite păgubitoare și la respectarea obligațiilor asumate prin acte juridice⁷.

Apariția și dezvoltarea însă, în acest domeniu, a instituției juridice a asigurărilor, care introduce în ecuația răspunderii civile delictuale patrimoniul unui terț - al asigurătorului – care va suporta, până la urmă, în temeiul contractului de asigurare, consecințele nefaste ale faptei ilicite prejudiciabile săvârșite de către făptuitor, sunt de natură a diminua rolul acestei funcții educative a răspunderii civile. Autorul faptei reprobabile, fiind obligat, prin contractul de asigurare, doar la plata primelor de asigurare, plătindu-și-le la termen, are încredințarea că surveniența oricărui risc asigurat va antrena obligația asigurătorului de a repara prejudiciul astfel cauzat. Într-o astfel de situație, este suficient ca, într-o eventuală acțiune în despăgubiri a celui prejudiciat – expresie a răspunderii civile delictuale antrenate împotriva făptuitorului – acesta din urmă să îl cheme în garanție pe asigurător, care va fi obligat la plata către păgubit a tuturor despăgubirilor datorate de către autor. Mai mult, există cazuri în care, *ex legem*, victima faptei ilicite prejudiciabile are o acțiune directă împotriva asigurătorului – cum este cel al pacientului care are o astfel de acțiune împotriva asigurătorului cadrului medical – făptuitorul fiind cu totul scos din ecuație. Într-un asemenea sistem, rolul educativ al răspunderii civile este aproape întru totul devalorizat căci autorul faptei ilicite prejudiciabile nu percepe

⁴ C. Stătescu, C. Bârsan, *op.cit.*, p. 124; L. Pop, *op.cit.*, p. 164.

⁵ C. Stătescu, C. Bârsan, *op.cit.*, p. 114.

⁶ *Ibidem*.

⁷ M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 29.

direct, personal sau patrimonial, nici o consecință a antrenării acestei instituții juridice.

Totuși, introducerea, în contractele de asigurare, a sistemului *bonus – malus* și al franșizei, a determinat, într-o anumită măsură, resuscitarea funcției educative a răspunderii civile în acest domeniu căci, prin jocul acestor clauze, făptuitorul are percepția directă și nemijlocită a urmărilor faptei sale reprobabile ori prin mărirea sau diminuarea, după caz, a cuantumului primelor de asigurare ori prin suportarea chiar de către el însuși a unei părți din despăgubirile la care este îndreptățită victima. Comportamentul său va fi subsumat ideii de a plăti cât mai puțin, motiv pentru care va încerca să acționeze intersocial de o așa manieră încât să evite producerea oricărui prejudiciu. Se va autoeduca în a fi prudent, în a lua toate măsurile uzuale, obișnuite, cu scopul de a preîntâmpina orice riscuri și, implicit, orice prejudicii. Va respecta, în acest sens, regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului i le impune, urmărind să nu aducă atingere, prin acțiunile ori prin inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane. Cu alte cuvinte, se va conforma chiar literei art. 1349 Cod civil care, așa cum am arătat, exhibă, printre altele, funcția educativă a răspunderii civile. Cu toate acestea, având în vedere că, în majoritatea ipotezelor în care relația dintre făptuitor și victimă este scurtcircuitată de către asigurator (care este chemat să o despăgubească integral pe cea din urmă) valoarea prejudiciului și, implicit, a despăgubirilor la care este îndreptățită victima este mult superioară cuantumului primelor de asigurare pe care trebuie să le plătească autorul (chiar luând în considerare franșiza sau aplicarea sistemului *bonus-malus*), factorul educativ al răspunderii civile joacă, în astfel de situații, un rol minim. Chiar și așa, existența lui nu poate fi negată, mai ales că, în totalitatea contractelor de asigurare, există clauza potrivit căreia fapta săvârșită cu intenție ori din culpă gravă, care determină apariția riscului asigurat, va cauza nașterea, în patrimoniul asiguratorului, a dreptului acestuia de regres împotriva făptuitorului pentru toată suma pe care cel dintâi a plătit-o victimei cu titlu de despăgubiri. Or, o astfel de consecință va fi avută, cu certitudine, în vedere, de către potențialul autor, înaintea comiterii oricărei fapte ilicite prejudiciabile intenționate.

Așadar, rolul educativ al răspunderii civile este de netăgăduit, chiar și în situațiile, mai sus descrise, în care e diminuat.

S-a afirmat, în doctrina juridică, pe de altă parte, că răspunderea civilă previne cauzarea unor prejudicii și întărește disciplina contractuală⁸. Acesta reprezintă cel de-al doilea aspect al funcției preventiv-educative a răspunderii civile: cel preventiv. Ca o urmare imediată și logică a rolului educativ al răspunderii civile se manifestă rolul preventiv al acesteia: cel ce este educat de către societate sau se autoeducă în scopul de a fi prudent, de a adopta, în permanență, o conduită prin care să nu aducă atingere drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane, conduita prescrisă prin lege sau prin obiceiul locului, nu face altceva decât să încerce prevenirea săvârșirii de fapte ilicite prejudiciabile, să urmărească preîntâmpinarea producerii oricăror prejudicii.

Prin aceasta, răspunderea civilă constituie un mijloc profilactic, de insuflare în conștiința oamenilor a necesității de a acționa cu o grijă sporită, mereu trează, de a nu prejudicia pe alții⁹, de a respecta drepturile și interesele celorlalți, de a respecta legea, condiție absolut necesară în orice stat de drept¹⁰.

Dincolo de litera normelor cuprinse în art. 1349 (în materia răspunderii civile delictuale), respectiv în art. 1350 Cod civil (în domeniul răspunderii civile contractuale), rolul preventiv al răspunderii civile transpare flagrant din întreaga reglementare a acestei instituții juridice. Cu titlu de exemplu, invocăm doar prevederile art. 1371 alin. 1 Cod civil, ilustrative în acest sens, potrivit cărora victima prejudiciului, care nu a evitat cauzarea ori mărirea acestuia, în tot sau în parte, deși putea să o facă, va fi obligată să suporte partea din prejudiciu astfel pricinuită. Orice persoană este așadar chemată de legiuitor să prevină: atât făptuitorul, căruia îi este prohibit să aducă atingere prin faptele sale, active sau inactive, patrimoniului ori persoanei victimei, cât și aceasta din urmă, care are obligația de a acționa de o așa manieră încât să limiteze sau chiar, de poate, să preîntâmpine, în totalitate, prejudiciul. Căci dacă va adopta o conduită pasivă, deși avea posibilitatea de a se manifesta altfel, din victimă, va fi recalificată în făptuitor și obligată să suporte prejudiciul cauzat prin contribuția sa.

Instituirea obligației de reparare a prejudiciului este astfel de natură a determina un comportament de abținere de la săvârșirea, în viitor, a unor

⁸ L. Pop, *op.cit.*, p. 164.

⁹ M. Eliescu, *op.cit.*, p. 29.

¹⁰ L. Pop, *op.cit.*, p. 164.

fapte ilicite, atât de către cei care au cauzat deja prejudicii, cât și de către celelalte persoane¹¹. Orice participant la viața socială și, implicit, la cea juridică este chemat așadar, de către legiuitorul de la 2009, să prevină, să preîntâmpine, prin acțiunea ori prin inacțiunea sa, apariția oricărui prejudiciu. Cu alte cuvinte, subiectul de drept trebuie să fie, pe de o parte, prudent și, pe de altă parte, diligent, pentru ca, prin manifestările sale, să nu aducă atingere drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane și să respecte, concomitent, regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului i le impune. Oricine răspunde acestor exigențe nu face altceva decât să dovedească faptul că, asupra sa, funcția preventiv-educativă a răspunderii civile își îndeplinește cu prisosință rolul.

Rezidă, din toate cele de mai sus, că, sub raportul funcției sale preventiv-educative, răspunderea civilă se apropie de cea penală, prezentând însă particularități notabile. Astfel, în general, cu excepția amenzilor și a confiscărilor, pedeapsa penală își produce efectul preventiv-educativ printr-o acțiune directă asupra persoanei făptuitorului, pe când răspunderea civilă vizează întotdeauna doar patrimoniul acestuia.

Fundamentarea pe criterii subiective a răspunderii civile delictuale pentru fapta altuia (a părinților pentru copii, a institutorilor și a artizanilor pentru elevi și pentru ucenici) sub imperiul Codului civil Alexandru Ioan Cuza a făcut posibilă sesizarea funcției preventiv-educative a răspunderii civile și în aceste situații. S-a afirmat, în acest sens, că funcția preventiv-educativă a răspunderii civile pentru fapta altuia constă în stimularea și în mobilizarea celor care răspund pentru altul, spre îndeplinirea exemplară a îndatoririlor care le revin, pentru a putea să evite și să preîntâmpine săvârșirea de către autorul direct al prejudiciului a unor fapte ilicite păgubitoare viitoare¹². Într-adevăr, prezumțiile de culpă care se nășteau împotriva celor chemați de lege să răspundă pentru faptele minorilor odată cu săvârșirea de către aceștia din urmă a faptelor ilicite prejudiciabile explicau foarte bine rolul educativ-preventiv pe care răspunderea civilă îl avea în pedepsirea autorilor indirecti, cărora căuta să le imprime în acest fel o conduită prudentă și diligentă în sensul de a-i educa pe minori într-un mod

¹¹ C. Juguștrău, *Drept civil. Obligațiile*, Editura Argonaut, Cluj-Napoca, 2003, p. 116.

¹² C. Stătescu, *Răspunderea civilă delictuală pentru fapta altei persoane*, ediția a doua, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 17; I. Lulă, *Câteva observații asupra răspunderii civile delictuale pentru fapta altuia*, în *Studii de drept privat*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 123.

corespunzător, în așa fel încât aceștia din urmă să nu mai comită astfel de fapte.

Însă, chiar și sub imperiul vechii reglementări, în care răspunderea civilă delictuală obiectivă își avea locul ei bine stabilit (atât în materia răspunderii pentru fapta altuia – a comitentului pentru prepus -, cât și în domeniul răspunderii pentru lucruri, în general, pentru animale, pentru ruina edificiului), dar mai ales sub cel al celei noi, în care, așa cum am văzut cu alte ocazii, toate formele de răspundere civilă delictuală pentru fapta altuia sunt fundamentate obiectiv¹³, funcția preventiv-educativă a răspunderii civile își păstrează, chiar dacă diminuată, existența. Deși fundamentarea obiectivă a răspunderii civile delictuale pare că servește exclusiv intereselor victimei, repararea prejudiciilor suferite de către aceasta și restaurarea echilibrului societal afectat nu constituie un scop în sine, ci mijlocul cel mai eficient al obligării debitorului să ia toate măsurile de prevenire a prejudiciului¹⁴. Or, aceasta nu reprezintă altceva decât acțiunea manifestă a funcției preventiv-educative a răspunderii civile în materia răspunderii civile delictuale obiective pentru fapta altuia.

Cu toate că, *de lege lata*, răspunderea pentru faptele minorilor și ale interzișilor judecătorești nu mai este atrasă prin jocul prezumțiilor de culpă, autorii indirecti ai prejudiciului sunt obligați (în temeiul art. 1372 Cod civil) la repararea integrală a acestuia pe ideea riscului de autoritate, în baza raportului de cauzalitate dintre fapta lor și fapta autorului direct¹⁵. În acest fel, orice persoană care ar putea fi chemată de lege să răspundă pentru o faptă ilicită prejudiciabilă a unui minor sau a unui interzis judecătorec are interesul maxim de a evita acest lucru, iar aceasta nu se poate face decât prin adoptarea unei conduite diligente și prudente care să aibă ca urmare

¹³ R. I. Motica, Fl. I. Mangu, *Aspecte noi privind reglementarea răspunderii civile delictuale pentru fapta altuia în noul Cod civil*, în *Noile coduri ale României. Studii și cercetări juridice*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 244 și urm.

¹⁴ M. Faure, *L'analyse économique du droit français: le cas de la responsabilité*, în *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civile*, colloque, Editura Cujas, 2002, p. 114.

¹⁵ R. I. Motica, Fl. I. Mangu, *op.cit.*, p. 244 și urm.; Fl. I. Mangu, *Fundamentul și mecanismul răspunderii civile delictuale a parinților pentru faptele copiilor lor - privire diacronică*, lucrare prezentată la Conferința „Reformele judiciare și administrative la începutul mileniului al treilea”, organizată de către Facultatea de Drept „Simion Bărnuțiu” a Universității „Lucian Blaga” din Sibiu, în mai 2012, ce urmează a fi publicată în volumul conferinței.

împiedicarea săvârșirii unei astfel de fapte. Așadar, apare cât se poate de clar că și în aceste situații legiuitorul a urmărit să-l determine pe cel care are sarcina de a-l supraveghea pe minor sau pe interzisul judecătoresc să își îndeplinească această îndatorire de o așa manieră încât să evite, să preîntâmpine apariția oricărui prejudiciu, sub amenințarea obligării sale la repararea integrală a acestuia. Or, o astfel de intenție a legislatorului nu poate fi altceva decât expresia manifestă a funcției preventiv-educative a răspunderii civile și în această materie.

Majoritatea acțiunilor umane sunt susceptibile să genereze o formă sau alta de răspundere, deoarece normele de conduită conțin prescripții cu caracter reglator, prin care societatea își apără interesul său general¹⁶, „acestea fixând limitele în care acțiunea și urmările ei posibile nu amenință afirmarea interesului general”¹⁷.

Pornind de la această concepție moralizatoare privind răspunderea în general, în studiul funcțiilor acestei instituții juridice, doctrina clasică, înscriindu-se în tiparele scării axio-praxiologice anterevoluționare, care afirma supremația interesului general asupra celui privat, conferă primordialitate funcției preventiv-educative a răspunderii civile, atribuind un rol secundar aceleia reparatorii.

Dincolo de realitatea încorsetării ideologice impusă de structura politico-economico-socială anterevoluționară, observăm că majoritatea studiilor posdecembriste de drept civil în al căror obiect este inclusă și răspunderea juridică civilă păstrează aceeași linie de abordare a acestei instituții juridice.

Astfel, cercetând ierarhia celor două funcții manifeste ale răspunderii civile delictuale, rezidă cu puterea evidenței preeminența funcției preventiv-educative față de cea reparatorie, prima fiind, de regulă, cea dintâi discutată¹⁸. Chiar și doctrina franceză¹⁹ apreciază că primordial este rolul răspunderii civile de a-l face pe autorul faptei ilicite „să repare consecințele

¹⁶ M. N. Costin, *O încercare de definire a noțiunii răspunderii juridice*, în *Revista română de drept*, nr. 5/1970, p. 15.

¹⁷ P. Apostol, *Norma etică și activitatea normată*, Editura Științifică, București, 1968, p. 52.

¹⁸ L. Pop, *op.cit.*, p. 164; C. Stătescu, C. Bârsan, *op.cit.*, p. 124; I. Adam, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All Beck, București, 2004, p. 234; E. Lupan, *Răspunderea civilă*, Editura Accent, Cluj-Napoca, 2003, p. 35 ș.a.

¹⁹ Ph. Le Tourneau, L. Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2002, p. 1.

faptului perturbator ... să restabilească egalitatea pe care a distrus-o în profitul său”, echilibrul pe care l-a periclitat²⁰, care constituie o înjustețe, o dezordine, în cadrul ordinii impuse de regulile de conduită. Prin sancțiunea pecuniară pe care o presupune, răspunderea civilă previne apariția prejudiciilor²¹.

În acest fel, interesul general, apărât de efectul social al răspunderii civile delictuale – acela de a restabili echilibrul în cadrul comunității și de a preveni, astfel, producerea unor noi fapte reprobabile, prejudiciabile – manifestat în planul formării conștiințelor, prevalează celui privat, care are în centrul său victima și patrimoniul acesteia deci, individul.

3. Funcția reparatorie. Cu toate acestea, este evident că „funcția reparatorie exprimă esența răspunderii civile, adică ideea de reparare a unui prejudiciu”²². Fără prejudiciu, problema răspunderii civile nu se pune. Temeiul răspunderii civile îl constituie tocmai ideea de reparare a prejudiciului și nu aceea de pedepsire a autorului faptei. Acesta este rezonul pentru care, deși, așa cum am văzut în cele de mai sus, răspunderea civilă se aseamănă cu cea penală, totuși, aceasta (răspunderea civilă) nu poate fi percepută ca o pedeapsă civilă. Înseși definițiile răspunderii civile care includ această instituție juridică în genul proxim al sancțiunilor ni se par, din această perspectivă, improprii.

Potrivite însă ne apar acele definiții care vorbesc despre răspunderea civilă ca despre un raport juridic civil obligațional în cadrul căruia o persoană (făptuitorul sau cel chemat de lege să răspundă pentru el) este ținută să repare prejudiciul creat altei persoane (victimei directe sau celei prin ricoșeu) prin fapta sa ilicită săvârșită cu vinovăție sau, în situațiile prevăzute expres de lege, prejudiciul cauzat prin fapta ilicită a persoanei pentru care este răspunzătoare²³.

Concomitent, răspunderea civilă este și o instituție juridică alcătuită din totalitatea normelor de drept prin care se reglementează obligația oricărei

²⁰ *Idem*, p. 2.

²¹ *Ibidem*.

²² E. Lupan, în R. I. Motica, E. Lupan, *Teoria generală a obligațiilor civile*, Editura Lumina Lex, București, 2008, p. 396.

²³ I. Albu, V. Ursa, *Răspunderea civilă pentru daunele morale*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1979, p. 24; E. Lupan, *op.cit.*, p. 25.

persoane de a repara prejudiciul cauzat altuia prin fapta sa extracontractuală sau contractuală pentru care este chemată de lege să răspundă²⁴.

De altfel, chiar sub imperiul acelor vremuri, anterevoluționare, se afirma că: „Nu trebuie însă uitat că scopul imediat al răspunderii delictuale este repunerea patrimoniului celui păgubit în starea anterioară dăunării. Sub acest aspect, ea înfățișează o puternică asemănare cu instituții analoge, adică cu asigurările ... De data aceasta suntem departe de ideea de pedeapsă²⁵”.

Specificul răspunderii civile, care îi acordă nota de disonanță principială față de celelalte forme ale răspunderii juridice, constă în îndatorirea de reparare integrală a unui prejudiciu²⁶, obligație care incumbă autorului faptei ilicite sau persoanei responsabile civilmente. În acest sens, s-a afirmat, în principiu, că „... a răspunde din punct de vedere civil înseamnă, în fapt, a repara prejudiciul cauzat altuia, iar a repara un prejudiciu înseamnă, în sens juridic, a răspunde din punct de vedere civil”²⁷.

Ideea transpare flagrant din cuprinsul întregii reglementări a instituției juridice a răspunderii civile din Codul civil.

Dacă fapta ilicită constituie premisa raportului juridic obligațional de răspundere civilă, firesc ar fi ca această abordare, care privește răspunderea civilă delictuală ca o sancțiune, să fie fundamentală. Conduita umană, comisivă sau omisivă, care înfrânge normele dreptului obiectiv sau regulile de conviețuire socială, fiind astfel, în afara legii, ilicită deci, trebuie sancționată. Această sancțiune urmărește prevenirea săvârșirii unei astfel de fapte în viitor, dar și educarea conștiinței individului și a întregii societăți, până la urmă. Din această perspectivă, funcția preventiv-educativă a răspunderii civile prevalează celei reparatorii. Sigur, sancțiunea constă tocmai în repararea pagubei, a prejudiciului suferit de victima faptei ilicite, însă aceasta ca un deziderat secund. Deși, în acest fel, conceptul de răspundere civilă delictuală este identificat cu însăși sancțiunea juridică – obligarea la repararea daunei – privirea se îndreaptă mai întâi asupra caracterului punitiv al răspunderii, iar, abia mai apoi, asupra celui reparator.

Dacă această perspectivă apare facilă în ipoteza răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie a persoanelor care au capacitate delictuală,

²⁴ L. Pop, *op.cit.*, p. 158; J. Flour, J. – L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations*. 2. *Le fait juridique*, ediția a XII - a, Editura Sirey Université, Paris, 2007, p. 59.

²⁵ M. Eliescu, *op.cit.*, p. 138.

²⁶ I. Albu, V. Ursa, *op. cit.*, p. 24-25.

²⁷ *Idem*, p. 25.

unde identificarea unei fapte concrete prejudiciabile săvârșite cu vinovăție de cel obligat la reparare nu ridică probleme, altfel stau lucrurile în cazul răspunderii subsidiare pentru fapta proprie a minorilor, a celor puși sub interdicție, a altor persoane lipsite de discernământ, în ipoteza răspunderii pentru fapta altuia, a răspunderii pentru prejudiciile cauzate de animale, de lucruri, de ruina edificiului. În aceste din urmă situații prevalează interesul victimei de a-și vedea acoperită dauna, instituindu-se, astfel, pe de o parte, obligația subsidiară a celor lipsiți de discernământ la indemnizarea victimelor prejudiciilor cauzate prin faptele lor, și, pe de altă parte, categorii de persoane responsabile civilmente pe temei obiectiv, pentru prejudiciul cauzat prin fapta altcuiva decât a lor.

În astfel de situații, funcția preventiv-educativă a răspunderii civile, deși prezentă, așa cum am concluzionat în cele ce preced, este mult diluată. Puterea acesteia este slăbită de deplasarea finalității dinspre planul subiectiv înspre cel causal, al raportului dintre fapta ilicită și paguba produsă. Ceea ce prezintă interes în această sferă a răspunderii civile este analiza mecanismului producerii pagubei, iar nu observarea atitudinii făptuitorului față de faptă și față de urmările acesteia, atitudine care ar trebui să fie sancționată prin tragerea acestuia la răspundere²⁸.

Din aceste motive apreciem că este necesară o deplasare a finalității răspunderii civile din sfera sancțiunii – unde se găsește ea astăzi – în cea a reparației. Vorbim, bineînțeles, despre o răsturnare a ierarhiei funcțiilor răspunderii civile delictuale, nu despre o înlăturare a celei preventiv-educative, care ar trebui însă să treacă în plan secund, lăsând astfel loc, în prim plan, celei reparatorii.

De altfel, privind problema din punctul de vedere al realizării scopului răspunderii civile delictuale, indiferent care ar fi acesta, acela de a sancționa sau acela de a repara, de puține ori cel ce a săvârșit fapta prejudiciabilă va fi dispus să repare benevol dauna cauzată victimei. Astfel victima se vede nevoită să apeleze la forța coercitivă a statului pentru a-și vedea patrimoniul adus în starea anterioară producerii pagubei. Ea are la îndemână acțiunea în răspundere civilă. Intentând această acțiune, pentru a-i fi admisă, ea trebuie să facă dovada, în primul rând, a existenței unui prejudiciu, care solicită a-i fi reparat, pe lângă celelalte condiții de existență a răspunderii civile: fapta

²⁸ L. R. Boilă, *Răspunderea civilă delictuală obiectivă*, Editura C. H. Beck, București, 2008, p. 512.

ilicită, raportul de cauzalitate dintre fapta ilicită și prejudiciu, vinovăția autorului faptei. Eșecul în a dovedi existența unui prejudiciu conduce la o singură soluție: respingerea acțiunii ca fiind lipsită de interes. Iată că, deși fapta ilicită există, în lipsa prejudiciului, autorul acesteia nu va putea fi tras la răspundere. Deși fapta ilicită constituie premisa nașterii unui raport social, între cel ce a săvârșit-o sau cel responsabil pentru acesta și cel împotriva căruia a fost săvârșită, acest raport devine unul juridic, civil, obligațional, de răspundere, pentru că legea – art. 1349 și urm. Cod civil – leagă de consecințele acestei fapte – apariția prejudiciului – efecte juridice. Căci numai fapta care a cauzat altuia o pagubă obligă la reparare. Așadar, prejudiciul este cel care, *de facto*, determină transformarea raportului social într-unul juridic, civil, de răspundere. De aici, preeminența pagubei asupra faptei ilicite, ca premisă a raportului juridic civil obligațional de răspundere; de aici, prevalența funcției reparatorii asupra celei preventiv-educative.

Iată de ce opinăm că funcția reparatorie constituie temeiul existenței răspunderii civile, cu scopul precis de a fi readus la stadiul inițial patrimoniul victimei.

Toate textele legale care reglementează răspunderea pentru fapta altcuiva (este vorba aici despre art. 1372 – 1374 Cod civil) ori pentru prejudiciile cauzate de lucruri, în general, de animale, de ruina edificiului (art. 1375 – 1380) și care relevă o răspundere fundamentată obiectiv, pe alte raționamente logico-juridice decât culpa [de exemplu, art. 1375 (răspunderea pentru prejudiciile cauzate de animale) și art. 1376 (răspunderea pentru prejudiciile cauzate de lucruri)] instituie *expressis verbis* cazuri de răspundere „independentă de orice culpă” a celui chemat să repare prejudiciul] exprimă primordialitatea acestei idei: repararea integrală a prejudiciului, ca finalitate a răspunderii civile, fiind lăsată în plan secund sancționarea făptuitorului. *De facto*, în aceste ipoteze de răspundere, norma juridică nu se preocupă deloc de făptuitor, în sensul de a-l pedepsi civil, căci obligația de plată a despăgubirilor menite să acopere prejudiciile create prin fapta acestuia are un cu totul alt subiect pasiv: persoana responsabilă civilmente (pentru fapta minorului, a interzisului judecătoresc, a prepusului) sau păzitorul juridic (al lucrului, al animalului, al edificiului). Într-o astfel de ecuație, funcția preventiv-educativă a răspunderii civile se manifestă în totalitate, așa cum am văzut deja, asupra acestor persoane ținute răspunzătoare și deloc asupra făptuitorului direct, ceea ce denotă o dizolvare a acesteia.

În susținerea acestei idei învederăm, pe de altă parte, că singura măsura a reparației este dată de quantumul prejudiciului. Cu alte cuvinte, prejudiciul arată limitele reparației, despăgubirii la care este îndreptățită victima și ținut făptuitorul. O despăgubire mai mică decât quantumul prejudiciului suferit nu ar constitui o reparație justă – care să se înscrie în linia unuia dintre cele mai importante principii ale reparării prejudiciului – acoperirea integrală a acestuia. O despăgubire mai mare ar conduce la o îmbogățire fără justă cauză a victimei, în dauna făptuitorului. Astfel, pornind de la alin. 1 al art. 1381 Cod civil – „orice prejudiciu dă dreptul la reparație”, ajungând la art. 1385 din același act normativ, care debutează cu alineatul „prejudiciul se repară integral ...” și continuă cu reguli privind stabilirea întinderii reparației, înaintând în același registru, până la art. 1395 Cod civil, întreaga secțiune intitulată „Repararea prejudiciului în cazul răspunderii delictuale” exprimă cu prisosință această idee-principiu: întinderea prejudiciului fixează limitele răspunderii, iar nu forma sau gradul de vinovăție cu care a fost săvârșită fapta ilicită²⁹.

Supremația funcției reparatorii a răspunderii civile față de aceea preventiv-educativă este ilustrată poate cel mai bine în cuprinsul dispoziției art. 1368 Cod civil, intitulat marginal „Obligația subsidiară de indemnizare a victimei”. Chiar dacă, așa cum am văzut cu altă ocazie³⁰, în acest caz nu este vorba despre o răspundere civilă delictuală, ci de o obligație de reparare care are ca izvor de sine stătător echitatea sau, în alți termeni, obligația de indemnizare a victimei nu are ca temei răspunderea civilă, ci pur și simplu echitatea³¹, așezarea de către legiuitor a acestui text normativ în cuprinsul capitolului intitulat „Faptul juridic ilicit” denotă cu claritate intenția acestuia de a supune această obligație subsidiară specială, particulară regimului juridic al instituției răspunderii civile. Într-o asemenea situație, obligarea

²⁹ Fl. I. Mangu, *Despre vinovăție – condiție esențială a răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie, potrivit Codului civil*, în *Analele Universității de Vest din Timișoara, seria Drept*, nr. 2/2011, p. 113.

³⁰ R. I. Motica, Fl. I. Mangu, *Despre capacitatea delictuală și răspunderea civilă a persoanelor lipsite de discernământ în contextul actualului Cod civil*, lucrare susținută la Conferința organizată de Facultatea de Drept din cadrul Universității „1 Decembrie 1918” din Alba-Iulia, în noiembrie 2011, ce urmează a fi publicată în volumul conferinței.

³¹ A. Tamba, *Izvorul obligației persoanei lipsite de discernământ de a repara prejudiciul pe care l-a cauzat: "culpa fără imputabilitate" sau echitatea?*, în *Revista română de drept privat*, nr. 6/2007, p. 194, nr. 30.

unei persoane lipsite de discernământ la momentul săvârșirii faptei ilicite prejudiciabile, în temeiul echității, la repararea prejudiciului cauzat victimei – chiar dacă nu în integralitate, ci într-un quantum echitabil – indică, în opinia noastră, irefutabil, faptul că, în viziunea legiuitorului de la 2009, ideea centrală a răspunderii civile delictuale o constituie repararea prejudiciului și satisfacerea, prin aceasta, într-o cât mai mare măsură, a interesului victimei lezate, prin repunerea sa, pe cât posibil, în situația în care s-ar fi aflat dacă fapta ilicită păgubitoare nu s-ar fi produs. Iar această idee se concretizează în detrimentul aceleia care are în vedere pedepsirea făptuitorului. Cu alte cuvinte, funcția reparatorie a răspunderii civile capătă o poziție privilegiată față de cea preventiv-educativă.

Înseși caracteristicile esențiale ale răspunderii civile³² susțin preeminența funcției reparatorii asupra celei preventiv-educative a acesteia.

Astfel, o primă caracteristică esențială a răspunderii civile este aceea că ea nu se declanșează din oficiu, ci numai la stăruința titularului dreptului subiectiv lezat. Iată că, dacă victima faptei prejudiciabile nu manifestă ea însăși un interes în a-și recupera paguba, societatea nu face nimic în acest sens. Aceasta intervine, pentru restabilirea ordinii de drept, doar în ipoteza și în măsura în care victima își manifestă dorința de a-și vedea patrimoniul repus în situația în care ar fi fost dacă fapta prejudiciabilă nu s-ar fi produs, acordându-i, astfel, concursul în sensul constrângerii făptuitorului sau persoanei responsabile civilmente la repararea pagubei. Iată deci că funcția preventiv-educativă, pentru a cărei manifestare era normal ca societatea să urmărească din oficiu restabilirea ordinii distruse prin fapta ilicită prejudiciabilă (așa cum se întâmplă în dreptul penal) pălește în fața celei reparatorii.

A doua caracteristică privește identitatea dintre sancțiunea civilă aplicată celui ce a săvârșit fapta ilicită și obligația de a repara prejudiciul, având menirea de a satisface interesele personale și patrimoniale ale victimei prejudiciate. Cu alte cuvinte, tragerea la răspundere a autorului prejudiciului se rezumă strict la obligarea acestuia la a o dezdăuna pe victimă, întinderea despăgubirii fiind egală cu aceea a prejudiciului suferit. Aplicarea sancțiunii civile așadar nu urmărește satisfacerea nici unui interes social, ci doar a celui particular, al celui păgubit. Din nou, o manifestare proeminentă a funcției reparatorii.

³² E. Lupan, în R. I. Motica, E. Lupan, *op.cit.*, p. 394.

A treia caracteristică este aceea că răspunderea civilă intervine, de regulă, numai când fapta ilicită constituie atât o încălcare a dreptului obiectiv, cât și a unor drepturi subiective sau a unor interese legitime ale unor persoane. Cu alte cuvinte, deși încălcarea dreptului obiectiv constituie o condiție necesară, ea nu este și suficientă pentru antrenarea răspunderii civile delictuale, trebuind a fi complinită de lezarea unor drepturi subiective sau a unor interese legitime ale unor indivizi. Doar în acest fel este atinsă finalitatea principală a răspunderii civile, satisfacerea intereselor patrimoniale ale celui prejudiciat prin fapta ilicită. Acțiunea în răspundere civilă este dependentă de aceste interese și, concomitent, subordonată satisfacerii lor.

A patra caracteristică relevă faptul că gradul de culpabilitate a făptuitorului nu joacă nici un rol în stabilirea întinderii răspunderii civile, instanța orientându-se, în acest sens, exclusiv, după cuantumul prejudiciului încercat de victimă.

A cincea caracteristică atribuie răspunderii civile un caracter patrimonial. Unica țință a acesteia este patrimoniul victimei, urmărind înlăturarea consecințelor păgubitoare suferite de aceasta. Autorul faptei ilicite nu va fi ținut să execute personal sancțiunea ce i-a fost aplicată (ca în dreptul penal), el putând fi substituit, în acest scop, de o altă persoană, în condițiile legii.

Analiza sumară a tuturor acestor caracteristici esențiale ale răspunderii civile nu poate conduce decât la o concluzie: funcția reparatorie a răspunderii civile, dublată, susținută de interesele victimei prejudiciului, prevalează asupra celei preventiv-educative.

Astfel, dacă această din urmă funcție ar fi fost preeminentă, acțiunea în răspundere civilă ar fi trebuit să pornească din oficiu, întrucât apăra un interes obștesc, iar nu unul privat, așa cum, *de facto*, se întâmplă, principiul disponibilității procesului civil fiind cel ce guvernează în această materie.

Sancțiunea aplicată în urma admiterii acțiunii în răspundere civilă ar fi trebuit să fie una care să oglindească interesul întregii societăți, iar nu numai interesul patrimonial al victimei, constând, astfel, în repararea pagubei suferite de aceasta.

În aplicarea unei sancțiuni cu caracter de interes general, gradul de culpabilitate a făptuitorului ar fi trebuit să constituie unul dintre principalele mijloace de individualizare a sancțiunii, iar nu, cum se întâmplă de fapt,

cuantumul pagubei suferite de victimă, reducându-se astfel totul la interesul privat, personal al acesteia.

Preeminența funcției preventiv-educative ar justifica caracterul personal al răspunderii civile, iar nu cel patrimonial, manifestat, în fapt, de această instituție juridică.

În altă ordine de idei, dar în același registru, ridicăm întrebarea: de ce trebuie reparat un prejudiciu? Răspunsul la această interogație nu va face decât să întărească ideea mai sus acreditată.

Nu pentru că el este consecința unei fapte ilicite, ci pentru că orice prejudiciu este expresia inechității manifestate față de victima acestuia.

Astfel, suntem datori a repara și prejudiciul cauzat printr-un fapt juridic licit – de pildă, îmbogățirea fără justă cauză. În mod cert temeiul obligației de a repara în această ipoteză paguba suferită de cel însărcinat nu este un fapt juridic ilicit, ci, dimpotrivă, unul licit, dar care creează o inechitate între actorii acestei instituții juridice – îmbogățitul și însărcinatul.

La fel, nu putem fundamenta pe ilicitul civil nici obligația de a repara prejudiciul cauzat prin neexecutarea culpabilă – excluzând dolul, ca formă a vinovăției – a unui contract, ci tot pe ideea de inechitate, apărută între părțile contractante, de data aceasta.

Așadar, obligarea de a acoperi dauna creată în patrimoniul cuiva nu este apanajul faptului juridic ilicit, ideea de reparație fiind prezentă și în cadrul altor instituții juridice.

De aceea, relația dintre fapta ilicită și prejudiciu este una de necesitate doar într-un singur sens: fapta ilicită săvârșită cu vinovăție implică întotdeauna repararea prejudiciului cauzat; dimpotrivă, repararea unui prejudiciu nu se face întotdeauna în cadrul instituției răspunderii civile, așa cum am văzut deja.

Singură, ideea de echitate fundamentează această obligație – vechiul, dar permanent actualul *suum quique tribuerre*.

4. Concluzie. În lumina celor expuse, instituția juridică a răspunderii civile apare în adevăratul său sens. Scopul său imediat este acela de a proteja patrimoniul victimei unui prejudiciu, iar nu de a sancționa fapta ilicită săvârșită de o anumită persoană. Acest din urmă țel constituie scopul mediat al antrenării raportului juridic civil de răspundere.

Principiile care guvernează această instituție juridică nu fac decât să releve cu puterea evidenței această realitate. Acțiunile lor converg spre o

singură finalitate: repunerea patrimoniului victimei în situația în care fapta prejudiciabilă nu s-ar fi produs.

Cum? Prin repararea cu preeminență și cu preponderență, în natură, în integralitatea sa, a pagubei suferite de victimă.

Aceste principii guvernează modalitatea de reparare a prejudiciului, precum și măsura reparării acestuia. Ele nu au ca obiect modalitatea de sancționare a autorului faptei ilicite, prejudiciabile, ci privesc instituția juridică a răspunderii civile numai din perspectiva victimei, așa cum, *de facto*, este normal a se întâmpla.