

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

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM LXI

Nr. I - 2015

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

CUPRINS

LUIZA-CRISTINA GAVRILESCU , Considerații privind consacarea leziunii în Noul Cod Civil	5
MARIA IOANA MICHINICI , Când (nu) există pluralitatea intermediară de infracțiuni, - specificul reglementării prevăzute de art. 44 alin. (1) Cod Penal - (I)	15
GBENANMIN LIDWINE-PRISCA TOSSA , La capacité pénale a l'engagement de la responsabilité pénale en droits positifs français et roumain.....	41
MIHAI DUNEA , Despre cum o interpretare corectă a legii poate fi absurdă: medierea privind latura penală – cauză <i>sui generis</i> de înlăturare a răspunderii penale (sau: interpretarea <i>în litera legii</i> vs. interpretarea <i>în spiritul legii</i>)	77
MARIUS BALAN , Reglementarea exprimării voinței generale – probleme și soluții sub regimul Constituției române din 1991	109
CARMEN MOLDOVAN , Conexitatea dintre principiul subsidiarității și restricțiile aplicate libertății de exprimare	129
COMENTARIU DE JURISPRUDENȚĂ	139

TABLE OF CONTENTS

LUIZA-CRISTINA GAVRILESCU: Considerations on consecration of the lesion in the New Civil Code	5
MARIA IOANA MICHINICI: When there is (no) intermediate plurality of offences?	15
GBENANMIN LIDWINE-PRISCA TOSSA: La capacité pénale a l'engagement de la responsabilité pénale en droits positifs français et roumain	41
MIHAI DUNEA: About how a correct legal interpretation of the law may be absurd: the mediation agreement regarding the criminal aspect of the some cases as a sui generis reason for removal of criminal liability (or: literal interpretation of the law vs. interpreting the law in it's spirit)	77
MARIUS BALAN: Regulating the expression of general will – challenges and solutions under Romanian Constitution of 1991.....	109
CARMEN MOLDOVAN: The connection between the principle of subsidiarity and the restrictions applied to freedom of expression.....	129
LUCIA IRINESCU: Jurisprudence commentary.....	139

**CONSIDERAȚII PRIVIND CONSACRAREA LEZIUNII ÎN NOUL
COD CIVIL**

**CONSIDERATIONS ON CONSECRATION OF THE LESION IN
THE NEW CIVIL CODE**

LUIZA CRISTINA GAVRILESCU¹

Rezumat: Leziunea ca viciu de consimțământ constă în existența unei disproporții vădite între prestațiile reciproce ale părților care au încheiat un act comutativ cu titlu oneros. Structura leziunii este una complexă, elementul material fiind însoțit de cel intențional. În cazul leziunii care îi afectează pe minori, cerințele impuse de lege pentru a fi calificată drept viciu de consimțământ sunt mai permissive, atât în privința aprecierii cuantumului pagubei pricinuite cât și a momentului până la care trebuie să subziste disproporția. În același timp, leziunea care îi afectează pe minori are un domeniu de aplicare mai restrâns, atât din punctul de vedere al persoanelor care o pot invoca, cât și din punctul de vedere al actelor susceptibile de anulare. Față de alte vicii de consimțământ, în cazul leziunii se aplică reguli speciale referitoare la începutul curgerii termenului de prescripție, durata acestuia, precum și invocarea pe cale de excepție.

Cuvinte-cheie: leziune, viciu de consimțământ, contract comutativ, prestații disproporționate, stare de nevoie

Abstract: The lesion as a vice of consent consists in the obvious disproportion between the mutual benefits of the parties have entered into a commutative act for consideration. Lesion has a complex structure wherein the substantial element is accompanied by the intentional one. In case the lesion is affecting on minors, the legal requirements for qualifying it as a vice of consent are more permissive, both in terms of assessing the amount of the damage caused by it and by the moment until the disproportion must subsist. At the same time, the lesion affecting minors has a narrower scope, both in terms of persons who can invoke it and in terms of acts likely to cancel. Unlike other vices of consent, in the case of the lesion, special rules

¹ Asistent dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, email: luiza.gavrilescu@uaic.ro

apply concerning: the beginning of the period for prescription, its duration and its invocation by way of exception.

Key words: lesion, vice of consent, commutative contract, disproportionate benefits, state of need

1. Concepții cu privire la leziune

Leziunea reprezintă paguba materială pe care o suferă una dintre părțile unui contract oneros și comutativ, din cauza disproporției vădite de valoare dintre prestațiile reciproce.

Conform *concepției obiective*, în reținerea leziunii sunt irelevante împrejurările care au condus la disproporția dintre prestații, actul astfel încheiat fiind lipsit parțial de cauză².

Conform *concepției subiective*, pentru reținerea acestui viciu de consimțământ nu este suficientă constatarea producerii dezechilibrului economic al contractului, leziunea implicând exploatarea vulnerabilităților uneia din părți, aflată în stare de nevoie sau de nepricepere, împrejurări de natură să-i afecteze consimțământul la data încheierii actului.

Tradițional, s-a apreciat că leziunea nu ar reprezenta un viciu de consimțământ de sine stătător, ci ar fi doar consecința unui viciu de consimțământ³. Conform acestei concepții, persoana lezată fie s-a aflat în eroare, fie a fost victima unui dol sau a unei violențe. Argumentul invocat în sprijinul acestei susțineri este acela că, dacă partea nu se găsește în niciuna dintre aceste situații, înseamnă că a exprimat un consimțământ în cunoștință de cauză, care denotă intenția de a face o liberalitate⁴.

Opinia dominantă, susținută de reglementarea actuală, este aceea că leziunea a fost concepută drept un viciu de consimțământ distinct, în care componenta patrimonială este determinantă, însă trebuie coroborată cu cerința speculării injuste de către partea vinovată a stării vulnerabile a celeilalte părți⁵.

² A se vedea L. Pop, *Echilibrul contractual și leziunea în contracte*, în Dreptul nr. 11/2008, p. 81.

³ A se vedea C.T. Ungureanu, *Reflecții privind leziunea, viciu de consimțământ, în statormicirea Codului civil (Legea nr. 287/2009)*, în Dreptul nr. 10/2012, p. 28.

⁴ A se vedea D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 174.

⁵ A se vedea A. Hubrean, *Viciile de consimțământ*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 234.

2. Structura leziunii

În actuala reglementare, a fost adoptată *concepția subiectivă* – conform căreia leziunea este alcătuită din două elemente:

- *un element obiectiv* - constând în disproporția de valoare între contraprestații;

- *un element subiectiv* – constând în profitarea de stare de nevoie în care se găsește cealaltă parte, de lipsa de experiență sau de cunoștințe a acesteia.

Sediul materiei se regăsește în cadrul art. 1.221-1.224 C. civ.

În cazul leziunii ce îl afectează pe un minor, elementul obiectiv este apreciat în sens mai larg, iar elementul subiectiv este prezumat că există.

Așadar și în noua concepție asupra leziunii, acest viciu de consimțământ are două componente: una obiectivă, apreciată în plan patrimonial și alta subiectivă, apreciată în plan moral, verificabilă prin atitudinea neonestă, injustă, a unei părți⁶.

3. Condiții ca leziunea să fie viciu de consimțământ

Pentru a fi viciu de consimțământ, leziunea trebuie să întrunească, cumulativ, următoarele condiții:

- să fie o *consecință directă a actului* respectiv

Această cerință impune ca leziunea, constând în paguba materială, să rezulte implicit din contractul încheiat și nu din ale acte distincte aceluși contract⁷;

- *să existe în momentul încheierii actului* și să subziste *cel puțin până la data cererii de anulare*

Din coroborarea art. 1.222 cu art. 1.223 C. civ, referitor la termenul de prescripție, menținerea disproporției dintre prestații prezintă relevanță la cel mult un an de la data încheierii contractului, deoarece după această dată

⁶ A se vedea T. Prescure, R. Matefi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 162.

⁷ A se vedea E. Lupan, I. Sabău-Pop, *Tratat de drept civil român, vol. I, Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 177.

acțiunea în anulara actului pentru leziune se prescrie⁸. Totuși, în cazul minorului nu se cere decât ca leziunea să existe la data încheierii actului.

De remarcat că instituția leziunii se deosebește de aceea a *impreviziunii* – art. 1.217 C. civ., la care ruperea echilibrului se datorează apariției unor cauze ulterioare și de neprevăzut la momentul încheierii contractului, neimputabile vreuneia dintre părți, care nu atrag imposibilitatea fortuită de executare, încât să pună problema suportării *riscului contractului*.

- *disproporția* de valoare între contraprestații trebuie să fie vădită

Aceasta înseamnă că nu orice avantaj al uneia dintre părți față de cealaltă, nu orice diferență, spre exemplu, dintre valoarea bunului și prețul obținut, face ca actul juridic să fie considerat lezionar. În cuprinsul art. 1.221 alin. (1) C. civ. se arată că valoarea prestației stipulate în sarcina victimei leziunii este *considerabil* mai mare decât valoarea pe care și-o asumă cealaltă parte, care profită de starea victimei. Se apreciază că este o vădită disproporție când una dintre prestații depășește dublul valorii celeilalte sau este mai mică decât jumătate din valoarea celeilalte⁹. De exemplu, o persoană își vinde casa cu mai puțin de jumătate din valoarea sa.

Conform art. 1.222 alin. (2) C. civ., acest criteriu se are în vedere doar atunci când leziunea se exercită asupra unui major. Dacă victima leziunii este un minor, în condițiile art. 1.221 alin. (3) C. civ., valoarea excesivă a obligației asumate de acesta se stabilește prin raportare la starea sa patrimonială, la avantajele pe care le obține din contract, sau la ansamblul circumstanțelor. Așadar, aprecierea caracterului lezionar al actului se realizează în mod circumstanțiat în cazul minorilor, reținerea sa implicând analiza unui complex mai larg de factori.

- partea lezată trebuie să se afle într-o *stare de vulnerabilitate*, determinantă pentru încheierea actului

Aceasta cerință presupune cercetarea poziției subiective a părții lezate: victima să fi încheiat actul în stare de nevoie extremă, de lipsă de experiențe sau de cunoștințe. *Starea de nevoie* este de natură să altereze libertatea consimțământului și partea afectată să accepte condiții ruinoase pentru a contracta. Cu toate că existența stării de precaritate nu trebuie să se datoreze culpei victimei, aprecierea acestei condiții se realizează ținând cont

⁸ A se vedea C. Zamșa, în F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1285.

⁹ A se vedea, I.R. Urs, C. Todică, *Drept civil. Teoria generală*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 260.

de particularitățile subiective ale persoanei în cauză și nu de plasarea sa într-un context general defavorabil sub aspect economic (de exemplu, traversarea unei perioade de criză economică națională)¹⁰. În acest fel se face delimitarea față de domeniul de incidență al viciului de consimțământ al violenței, atunci când aceasta se realizează în condițiile art. 1218 C.civ. , prin profitare de starea de necesitate în care se afla victima.

Lipsa de experiență și lipsa de cunoștințe pot avea un câmp extrem de variat, atât din domeniul specialității părților contractante (și majorii pot fi afectați astfel), cât și din domeniul juridic¹¹. În cazul minorilor, nu lipsa de capacitate de exercițiu este cea care determină anularea actului, ci presupusa lipsă de experiență și cunoștințe, prezumție care este relativă¹².

- *dezechilibrul contractual să fie creat injust;*

Această condiție este apreciată în strânsă corelație cu cea anterioară, în sensul că starea vulnerabilă a părții vătămate a fost speculată în mod injust de către cocontractant. Prin aceasta se înțelege că cealaltă parte a profitat de circumstanțele dezavantajante pentru victimă, care au creat ocazia încheierii actului în condiții vădit inechitabile economic¹³. Atitudinea speculativă a contractului nu trebuie să se materializeze însă în efectuarea unor manopere dolosive, deoarece aceasta ar atrage incidența dolului ca viciu de consimțământ. S-a apreciat, din acest motiv, că leziunea are o dublă natură juridică: de viciu de consimțământ și de delict civil¹⁴.

4. Domeniu de aplicare al leziunii

Fără a nega principiul libertății de voință a părților, legiuitorul intervine uneori, permițând anularea contractelor în care nu există un minim echilibru al prestațiilor.

¹⁰ A se vedea C. Zamșa, *op. cit.*, în F.A. Baias (coord.) și colectiv, *Noul Cod civil. Comentariu...*, *op. cit.*, p. 1283.

¹¹ A se vedea I. Turcu, *Noul Cod civil republicat. Cartea a V-a. Despre obligații, art. 1164-1649: comentarii și explicații*, Ed. C. H. Beck, București, 2011, p. 258.

¹² A se vedea T.V. Rădulescu, în Colectiv, *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații, vol. II*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 483.

¹³ A se vedea A. Hubrean, *op. cit.*, p. 244.

¹⁴ A se vedea C. Zamșa, în F.A. Baias (coord.) și colectiv, *Noul Cod civil. Comentariu...*, *op. cit.*, p. 1283.

Din perspectiva persoanelor care îl invocă, domeniul de aplicare al leziunii a devenit general, nemaifiind un viciu rezervat doar minorilor, ca în vechea reglementare.

În ceea ce privește *leziunea cauzată majorului*, reglementată de art. 1.221 alin. (1) C. civ., leziunea operează atât în cazul când beneficiul excesiv este stabilit în folosul părții care profită de starea de nevoie, lipsa de experiențe sau cunoștințe a celeilalte părți, cât și atunci când beneficiul este stabilit în favoarea unui terț, prin aplicarea figurii *juridice a stipulației pentru altul*.

În ceea ce privește *leziunea exercitată asupra minorului*, reglementată de art. 1.221 alin. (3) C. civ., constituind o ipoteză de excepție, are un domeniu de aplicare mai restrâns, atât din punctul de vedere al persoanelor care o pot invoca, cât și din punctul de vedere al actelor susceptibile de anulare.

Leziunea privește minorii cu *capacitate de exercițiu restrânsă*, deoarece pentru cei lipsiți de capacitatea de exercițiu, anularea actului încheiat fără concursul reprezentantului legal intervine pe motiv de lipsă a capacității, nemaifiind necesară cercetarea echilibrului contraprestațiilor, conform prevederilor art. 43 alin. (2) C. civ. și art. 146 alin. (4) C. civ. Mai exact, leziunea poate fi invocată dacă minorul între 14 și 18 ani a încheiat, singur, *fără încuviințarea ocrotitorului legal, acte bilaterale cu titlu oneros, comutative, de administrare și care sunt prejudiciabile pentru minor*. Dacă sunt prejudiciabile pentru cealaltă parte, actul nu poate fi anulat.

În anumite ipoteze, cum ar fi încheierea unor acte prin care dispune singur de veniturile dobândite prin munca sa, în condițiile art. 42 alin. (2) C. civ., a unor acte privind munca, minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă va putea invoca leziunea de drept comun, instituită de art. 1.221 alin. (1) C. civ.¹⁵.

S-a apreciat că leziunea ar putea fi exercitată și asupra unei persoane juridice, în situația în care partea abuzivă speculează starea de nevoie sau de dependență economică a celeilalte părți¹⁶.

Din perspectiva actelor în care poate fi invocată, din coroborarea art. 1.221 alin. (2) C. civ.: „existența leziunii se apreciază și în funcție de natura

¹⁵ A se vedea D. Chirica, *Leziunea – între reglementarea vechiului și noului Cod civil*, în „S.U.B.B. Iurisprudentia” nr. 4/2003, p. 31.

¹⁶ A se vedea T. Prescure, R. Matefi, *op. cit.*, p. 163.

și scopul contractului” cu prevederile art. 1.224 C. civ., care elimină din sfera de aplicare a leziunii contractele aleatorii (contracte de asigurare, de joc, de întreținere, de rentă viageră), tranzacția sau alte contracte anume prevăzute de lege, rezultă că se au în vedere *contractele comutative*, în care părțile și-au stabilit întinderea prestațiilor reciproce în condiții care nu implicau asumarea unui risc de rupere a echilibrului contractual. Exceptarea contractelor aleatorii se datorează caracterului incert al nașterii sau al întinderii obligațiilor contractuale, iar exceptarea tranzacției se explică prin faptul că părțile au convenit să realizeze anumite concesiuni reciproce în vederea prevenirii sau stingerii unui litigiu, așadar și-au asumat eventualul dezechilibru economic al prestațiilor¹⁷. De altfel, obiectul tranzacției este incompatibil cu posibilitatea anulării sau a adaptării ulterioare a contractului, prin prisma securității circuitului civil¹⁸. S-a exprimat și opinia că, excepțional, incidența leziunii ar putea fi reținută chiar și în cazul contractelor aleatorii, prin sancționarea repartiției inegale a riscurilor¹⁹.

În vederea determinării incidenței leziunii raportat la *scopul contractului*, se va cerceta motivul determinant urmărit de părți. Acesta se prefigurează în reprezentarea prestației corelative, rațiunea pentru care părțile au decis să contracteze. Așadar, în aprecierea leziunii se va ține seama de vicierea *motivului determinant*, ca parte componentă a voinței juridice, ce a permis părții lezate să contracteze, în considerarea faptului că va primi o prestație apropiată valoric de cea proprie²⁰. Astfel, nu se va putea invoca leziunea în condițiile în care s-a încheiat un contract de asigurare al autoturismului contra furtului, dar nu a avut loc un astfel de incident. Aceasta înseamnă că s-au plătit ratele de asigurare, fără a primi din partea societății de asigurări contraprestația constând în plata primei de asigurare.

În ceea ce privește criteriul *importanței asupra patrimoniului*, în cazul leziunii cauzate majorului nu se face deosebire după cum actul este de

¹⁷ A se vedea L. Pop, *Tratat de drept civil, vol. I, Partea generală*, Ed. Academiei, București, 1999, p. 110.

¹⁸ A se vedea C. Zamșa, în F.A. Baias (coord.) și colectiv, *Noul Cod civil. Comentariu...*, *op. cit.*, p. 1286.

¹⁹ A se vedea M.M. Pivniceru, *Efectele juridice ale contractelor aleatorii*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 63.

²⁰ A se vedea I. Adam, *Drept civil. Obligațiile. Contractul*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 261.

administrare sau de dispoziție, esențial fiind ca acesta să producă un prejudiciu în limitele menționate. Doar dacă victima leziunii este *un minor*, actul anulabil trebuie să fie unul *de administrare*, căci dacă minorul cu capacitate restrânsă de exercițiu ar fi încheiat singur, fără încuviințarea ocrotitorilor legali, un act de dispoziție, actul ar fi putut fi desființat fără a fi necesar să se facă dovada disproporției valorice a prestațiilor, pe motiv de încălcare a regulilor din materia capacității de exercițiu – art. 41 alin. (2) și art. 144 alin. (3) C. civ.

5. Dovada leziunii

Pe lângă probarea disproporției vădite de valoare dintre contraprestații, apreciată în felul arătat, în ipoteza reglementată de art. 1.221 alin. (1) C. civ., trebuie să se dovedească și conduita culpabilă a cocontractantului, constând în profitarea de vulnerabilitate a „părții slabe” din contract. Vulnerabilitatea se datorează stării de nevoie (deci implică circumstanțe subiective, spre deosebire de starea de necesitate, care este determinată de cauze externe și care poate prilejui viciul violenței) sau lipsei de cunoaștere ori de experiență (circumstanțe care se examinează tot în persoana victimei). Abuzul constă în impunerea partenerului să execute o prestație disproporționată față de cea proprie²¹.

În cazul leziunii ce-l afectează de minor, proba se referă doar la dovedirea caracterul excesiv al obligațiilor asumate de acesta, lipsa sa de experiență sau de cunoștințe fiind prezumate.

Fiind vizate elemente de fapt, proba acestora se va realiza prin orice mijloace de dovadă, sarcina administrării lor revenind victimei leziunii, personal sau prin reprezentant legal, în cazul minorilor.

6. Sancțiunea aplicabilă în caz de leziune

Conform art. 1.222 alin. (1) C. civ., partea al cărei consimțământ a fost viciat prin leziune poate cere, la alegerea sa, *anularea contractului*, respectiv acțiunea în resciziune, sau menținerea contractului și *reducerea obligațiilor* sale cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățită²².

²¹ A se vedea I. Turcu, *Noul Cod civil...*, op. cit., p. 258.

²² A se vedea I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ed. a. 2-a, Colecția Universitară, Ed. Sfera juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 239.

Deși nu se menționează expres, ca în cazul celorlalte vicii de consimțământ, din coroborarea cu art. 1.357 C. civ. rezultă că și în cazul leziunii cel îndreptățit să ceară anularea poate solicita și *daune-interese*, până la acoperirea integrală a prejudiciului cauzat.

Pentru a contracara invocarea nulității, partea interesată se poate prevala de dispozițiile referitoare la *adaptarea contractului* care sunt reluate expres și în art. 1.222 alin. (3) C. civ. Spre deosebire de celelalte vicii de consimțământ, în cazul leziunii, evitarea nulității poate fi obținută prin restabilirea caracterului echitabil al contraprestațiilor. Acest echilibru poate fi atins fie prin reducerea creanței părții care a fost avantajată excesiv, fie prin majorarea obligației ce îi revine acesteia. Remediul adaptării poate interveni în toate cazurile, deci și în cazul leziunii cauzate minorului.

Diferența față de adaptarea contractului în caz de eroare constă în condițiile impuse pentru evitarea anulării actului: reechilibrarea prestațiilor, care trebuie să fie comunicată cocontractantului. Restul condițiilor prevăzute în art. 1.213 C. civ. se aplică în mod similar, în ideea salvagădării relațiilor contractuale²³.

Pentru introducerea acțiunii în anulare pentru leziune, textul art. 1.223 C. civ. fixează un *termen special de prescripție*: un an. Termenul mai scurt decât cel general de trei ani s-a stabilit pornind de la premisa că motivele care determină leziunea, disproporția dintre prestații, nu pot subzista un timp prea mare de la data încheierii contractului. Totodată și data de declanșare a prescripției este stabilită diferit față de dreptul comun - art. 2.523 C. civ., precum și față de reperul stabilit pentru anularea pentru celelalte vicii de consimțământ – art. 2.529 C. civ. Astfel, termenul de un an curge de la data încheierii contractului – moment obiectiv.

Prescrierea dreptului la acțiunea în anulare atrage și prescrierea invocării leziunii pe cale de excepție. Această soluție este una derogatorie față de regula înscrisă în art. 1.249 alin. (2) C. civ., conform căreia invocarea nulității relative poate fi invocată oricând pe cale de excepție.

7. Concluzii

În actuala reglementare leziunea a fost consacrată drept un viciu distinct de consimțământ, înlăturând astfel controversele existente în

²³ A se vedea C. Zamșa, *op. cit.*, p. 1284.

contextul reglementării anterioare. Concepția adoptată cu privire la leziune este cea subiectivă, în cazul minorilor elementul subiectiv fiind prezumat. Cerințele distincte pe care trebuie să le îndeplinească leziunea pentru a fi calificată ca atare o delimitează nu doar de alte vicii de consimțământ ci și de alte cauze de desființare a actelor juridice. În cazul leziunii, încheierea actului se datorează profitării de starea de nevoie în care se află partea păgubită, pe când în cazul violenței, încheierea actului se poate realiza sub imperiul temerii provocate de starea de necesitate în care se află victima. Leziunea nu se confundă cu impreviziunea, deși în ambele situații una din părțile actului juridic este afectată de disproporția existentă între prestații. Leziunea poate atrage anularea actului juridic, ceea ce implică desființarea cu efect retroactiv, pe când impreviziunea poate conduce la încetarea sa pentru viitor. În ambele ipoteze este însă posibilă menținerea contractului prin reechilibrarea prestațiilor.

**CÂND (NU) EXISTĂ PLURALITATEA INTERMEDIARĂ DE
INFRAȚIUNI? - SPECIFICUL REGLEMENTĂRII PREVĂZUTE
DE ART. 44 ALIN. (1) COD PENAL - (I)**

MARIA IOANA MICHINICI¹

Rezumat: Articolul analizează conținutul normativ al art. 44 alin. (1) Cod penal – pluralitatea intermediară – din necesitatea unei corecte determinări a sferei situațiilor/cazurilor pe care textul legal o acoperă, insistându-se pe problemele de departajare între formele sub care se poate manifesta instituția pluralității de infracțiuni. Tangențial, sunt menționate și unele aspecte referitoare la sancționarea pluralității intermediare (problemele ridicate în materia tratamentului penal aplicabil urmând a fi analizate într-o continuare a prezentului articol).

Cuvinte-cheie: pluralitate de infracțiuni; pluralitate intermediară; condamnare definitivă la o pedeapsă neexecutată sau executată parțial; neîntrunirea condițiilor prevăzute de lege pentru starea de recidivă; infractor - persoană fizică; infractor – persoană juridică.

Abstract: The article analyzes the normative content of art. 44 para. (1) Romanian Criminal Code - intermediate plurality of offences - aiming to offer an accurate measurement of the range of situations / cases that the legal text covers, insisting on aspects regarding the forms in which the institution of plurality of offences can manifest itself. Tangentially, there are also mentioned some aspects related to the sanctioning of the intermediate plurality of offences in the current Romanian Criminal law (the main aspects raised in regard to the criminal treatment applicable, in those situations, are to be analyzed in a separate, subsequent, article).

Key words: plurality of offences; intermediate plurality of offences; final conviction to a punishment which has not yet been entirely executed; the lack of meeting the conditions provided by law for the existence of the state of recidivism; individual offender; legal entity offender.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: mimichinici@yahoo.com

Art. 44 Cod penal – Pluralitatea intermediară

(1) Există pluralitate intermediară de infracțiuni când, după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare și până la data la care pedeapsa este executată sau considerată ca executată, condamnatul săvârșește din nou o infracțiune și nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă.

(2) În caz de pluralitate intermediară, pedeapsa pentru noua infracțiune și pedeapsa anterioară se contopesc potrivit dispozițiilor de la concursul de infracțiuni.

Art. 147 Cod penal – Atenuarea și agravarea răspunderii penale a persoanei juridice

(1) În caz de concurs de infracțiuni, de pluralitate intermediară sau de cauze de atenuare ori agravare a răspunderii penale, persoanei juridice i se aplică regimul amenzii prevăzut de lege pentru persoana fizică.

(2) În caz de pluralitate de infracțiuni, pedepsele complementare de natură diferită, cu excepția dizolvării, sau cele de aceeași natură, dar cu conținut diferit, se cumulează, iar dintre pedepsele complementare de aceeași natură și cu același conținut se aplică cea mai grea.

(3) În caz de pluralitate de infracțiuni, măsurile de siguranță luate conform art. 112 se cumulează.

Pornind de la premisa existenței unei hotărâri definitive de condamnare la o pedeapsă (neexecutată sau executată doar parțial), atunci când nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă (postcondamnatorie) și se reiterează un comportament infracțional, pluralitatea de infracțiuni reglementată de art. 44 alin. (1) Cod penal îmbracă forma pluralității intermediare.

Capitolul V din Titlul II al Părții generale a Codului penal în vigoare este rezervat (și) instituției pluralității de infracțiuni, corespunzător dispozițiilor cuprinse în art. 38 – art. 45. În acest cadru legal, se delimitează ca forme: concursul de infracțiuni, recidiva și – în ordinea de reglementare – se evidențiază cea de a treia formă, denumită pluralitate intermediară (fără a trage concluzia - după cum vom vedea - că pluralitatea de infracțiuni se și reduce la aceste trei forme)! În principiu, sub aspectul condițiilor de

existență și al tratamentului penal aplicabil acestor forme ale pluralității de infracțiuni - concurs, recidivă și pluralitate intermediară - cadrul legal menționat vizează preponderent persoana fizică (care lucrează de pe poziția infractorului major). Răspunderea penală a persoanei juridice și consecințele atrase în urma comiterii unui ansamblu faptic care ilustrează o pluralitate de infracțiuni (într-una dintre cele trei forme) își găsesc reglementare în lumina unui titlu distinct din Partea generală a Codului penal, respectiv Titlul VI, Cap. III, art. 146 și art. 147.

Prin conținutul său normativ, textul legal asupra căruia ne aplecăm atenția (art. 44 Cod penal) nu este o inovație a legiuitorului penal actual, găsindu-și corespondent (parțial) în art. 40 Cod penal anterior, cu denumirea marginală „pedeapsa în unele cazuri când nu există recidivă”.² O (scurtă) privire retrospectivă îndreptată asupra fostului art. 40 C. pen. - acceptat de doctrina majoritară și recunoscut în practica judiciară, ca articolul prin care se disciplina așa-numita *pluralitate intermediară de infracțiuni*³ - ne permite

² Art. 40 C. pen. 1968 - Pedeapsa în unele cazuri când nu există recidivă: „(1) Când după condamnarea definitivă cel condamnat săvârșește din nou o infracțiune, înainte de începerea executării pedepsei, în timpul executării acesteia sau în stare de evadare, și nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă, pedeapsa se aplică potrivit regulilor pentru concursul de infracțiuni. (2) În cazul persoanei juridice, dacă nu sunt întrunite condițiile prevăzute în art. 40² alin. (1) lit. a), pedeapsa se aplică potrivit regulilor pentru concursul de infracțiuni”. Textul reproduce concepția Codului penal anterior, la data ieșirii sale din vigoare. Evoluția reglementărilor în materia pluralității de infracțiuni (1969-2014) și consacrarea răspunderii penale a persoanei juridice (2006) au vizat și instituția disciplinată de art. 40 din acel act normativ. Pe de o parte, pe măsură ce sfera recidivei s-a îngustat/restrâns - prin modificările operate la nivelul condițiilor cerute stării de recidivă în cazul persoanei fizice - s-a putut observa lărgirea sferei de reglementare prin art. 40 C. pen., ce acoperea o gama variată de cazuri, prin neîntrunirea condițiilor stării de recidivă. Pe de altă parte, introducerea răspunderii penale a persoanei juridice a determinat reconsiderarea conținutului normativ al fostului art. 40 C. pen., prin adăugarea alineatului 2, interesând cazul persoanei juridice atunci când, nefiind întrunite condițiile prevăzute în art. 40² alin. 1 lit. a) C. pen. - privitoare la recidiva postcondamnatore - sancționarea acesteia se realiza potrivit regulilor pentru concursul de infracțiuni.

³ În literatura de specialitate se venea cu aprecierea potrivit căreia „legea penală consacră în mod implicit și forma pluralității intermediare de infracțiuni între concurs și recidivă, prevăzând în dispozițiile din art. 40 C.P. reguli specifice de sancționare a infractorului care, după o condamnare definitivă pentru o infracțiune, săvârșește o nouă infracțiune, fără să fie

să surprindem unele (dintre principalele) diferențe, sub aspectul conținutului de reglementare, față de reglementarea actuală.

Acesta avea în vedere, deopotrivă, atât pedeapsa aplicabilă persoanei fizice (alin. 1) cât și cea aplicabilă persoanei juridice (alin. 2), atunci când nu exista recidivă postcondamnatorie. Deși pedepsele principale se aplicau (tot) potrivit regulilor pentru concursul de infracțiuni, existau deosebiri sub aspectul posibilității de sporire a pedepsei amenzii aplicabile persoanei juridice, în considerarea sistemului cumulului juridic cu spor facultativ și variabil, consacrat prin legea anterioară (sporul permis - ce putea fi adăugat maximului special al pedepsei amenzii - era de până la o treime din maximul special, în cazul persoanei juridice, respectiv de până la jumătate din acel maxim, în cazul persoanei fizice).

În această ordine de idei, observăm că, *de lege lata*, s-a realizat consacrarea explicită a conceptului de *pluralitate intermediară*, cu înscrierea - prin norme distincte - a tratamentului sancționator aplicabil persoanei fizice (pedeapsa principală), potrivit art. 44 alin. (2) Cod penal - operând contopirea potrivit dispozițiilor de la concursul de infracțiuni, deci avându-se în vedere dispozițiile art. 39 Cod penal -, respectiv a tratamentului sancționator aplicabil persoanei juridice - în același sens, al contopirii pedepselor principale de ordin pecuniar (amenzi penale) - după cum dispune art. 147 alin. (1) Cod penal (prin trimitere la același regim). [Se impune o precizare: textul art. 147 alin. (1) Cod penal trimite la contopirea amenzilor în considerarea aceluiași sistem, al cumulului juridic cu spor obligatoriu și fix (spor de o treime din totalul celorlalte pedepse stabilite, spor adăugat la pedeapsa de bază), ținând cont de dispozițiile art. 137 Cod penal - stabilirea amenzii pentru persoana juridică. Altfel spus, din punct de vedere al sancționării (pedeapsa principală), pluralitatea intermediară în cazul persoanei juridice exclude incidența art. 61 Cod penal - stabilirea amenzii în cazul persoanei fizice -, așadar nu trimite la prevederile acestuia articol, deși s-a oferit și o interpretare (greșită) în acest sens.⁴].

îndeplinite condițiile pentru existența stării de recidivă”. A se vedea: C. Bulai, B.N. Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 520.

⁴ M. K. Guiu, în: G. Antoniu (coordonator), A. Boroi, B.N. Bulai, C. Bulai, Ș. Daneș, C-tin. Duvac, M.K. Guiu, C-tin. Mitrache, C. Mitrache, I. Molnar, I. Ristea, C-tin. Sima, V.

Tot sub aspectul regimului de sancționare, în caz de pluralitate de infracțiuni săvârșite de persoana fizică, reținerea formei pluralității intermediare va atrage incidența art. 45 Cod penal cu referire la pedepsele complementare, pedepsele accesorii și măsurile de siguranță (aplicabile acestei categorii de persoane, infractor major), iar în caz de pluralitate de infracțiuni săvârșite de persoana juridică, reținerea formei pluralității intermediare va atrage incidența art. 147 alin. (2) și alin. (3) Cod penal, cu referire la pedepsele complementare și măsurile de siguranță (aplicabile, bineînțeles, acestei categorii de persoane, care întrunesc condițiile răspunderii penale).

Se situează pe aceeași linie - a delimitării opticii promovate de Codul penal în vigoare, față de concepția anterioară - și situația privitoare la reiterarea unui comportament infracțional de către minorul răspunzător penal. Referirile noastre la înscrierea tratamentului penal al pluralității intermediare prin dispoziția cuprinsă în art. 44 alin. (2) Cod penal, au subliniat constant aspectul potrivit căruia se are în vedere persoana fizică (subiect activ în cazul acestei forme a pluralității de infracțiuni) care lucrează de pe poziția infractorului major. *De lege lata* există o incompatibilitate între starea de minoritate a infractorului și manifestarea pluralității de infracțiuni sub forma pluralității intermediare.

Astfel, spre deosebire de concepția ilustrată de Codul penal anterior, condamnările pentru infracțiuni comise în timpul minorității nu (mai) sunt susceptibile să atragă pedepsirea acestei categorii de infractori - persoane cu vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani la data săvârșirii infracțiunii - consecințele răspunderii lor penale concretizându-se (doar) în măsuri educative (sancțiuni penale proprii acestei categorii de infractori). Chiar dacă se menține (însă) aceeași optică a incompatibilității totale a stării de minoritate a infractorului cu pluralitatea de infracțiuni sub forma recidivei, *excluderea pluralității*

Teodorescu, I. VasIU, A. Vlășceanu: *Explicații preliminare ale noului Cod penal. Vol. II (Art. 53-187)*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pag.421. În același sens, a se vedea și: M.A. Hotca, în: I. Pascu, V. Dobrinou, T. Dima, M.A. Hotca, C. Păun, I. Chiș, M. Gorunescu, M. Dobrinou: *Noul Cod penal comentat. Partea generală*, ediția a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p.724; M.I. Rusu, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 633-634.

intermediare este atrasă de lipsa unei hotărâri definitive de condamnare la o pedeapsă.

După cum rezultă (inclusiv) din prevederile art. 134 alin. (1) Cod penal, regimul (unic) de sancționare penală destinat infractorilor minori - prin măsuri educative - este aplicabil chiar dacă la data pronunțării condamnării, persoana împlinise vârsta majoratului, în condițiile în care infracțiunea care a atras această soluție a fost săvârșită în timpul minorității. Or, comiterea unei noi infracțiuni după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare prin care s-a luat o măsură educativă (chiar dacă are loc până la data la care această sancțiune penală este executată sau considerată ca executată) nu reflectă întrunirea condițiilor prevăzute de art. 44 alin. (1) Cod penal. Deși într-o atare situație se naște o pluralitate de infracțiuni, aceasta nu îmbracă haina juridică a pluralității intermediare de infracțiuni, după cum nu lasă loc nici reținerii concursului de infracțiuni, faptele penale fiind separate - din punct de vedere al momentului de comitere - de existența unei hotărâri definitive de condamnare.⁵

Din cele ce preced, desprindem ideea potrivit căreia unitatea de subiect activ în cazul pluralității intermediare este reprezentată de persoana fizică-infractor major, sau de persoana juridică, persoană care, în ciuda unei condamnări definitive la o pedeapsă (neexecutată sau executată doar parțial), perseverează pe calea infracțională, prin reiterarea unui comportament

⁵ Denumim această formă a pluralității de infracțiuni „*pluralitatea sui generis*”, ea acoperind mai multe situații ce ilustrează perseverența infracțională a unei persoane fizice care a suferit (deja) o condamnare definitivă pentru o infracțiune comisă în timpul minorității. Spre exemplu, după o condamnare definitivă la o măsură educativă neexecutată sau executată doar parțial, se săvârșește o nouă infracțiune înainte de împlinirea vârstei de 18 ani (corespunzător art. 123 alin. 1 teza I; art. 124 alin. 3 teza I și alin. 7; art. 125 alin. 3 teza I și alin. Cod penal), sau după împlinirea vârstei de 18 ani (corespunzător art. 129 alin. 2 Cod penal, atunci când, după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare și până la data la care măsura educativă este executată sau considerată ca executată, se săvârșește din nou o infracțiune, după majorat); în aceste cazuri, va exista o pluralitate *sui generis* postcondamnatorie. Pluralitatea *sui generis* se poate naște și prin săvârșirea unei noi infracțiuni, însă după executarea sau considerarea ca executată a unei măsuri educative, cazuri în care va exista o pluralitate *sui generis* postexecutorie.

infracțional care semnifică o formă de antecedentă penală, cu excluderea statutului de infractor recidivist (nu sunt întrunite condițiile pentru starea de recidivă postcondamnatorie).

Din punct de vedere al structurii pe care o prezintă, pluralitatea intermediară presupune existența unei condamnări definitive a persoanei inculcate în urma comiterii unui ansamblu faptic infracțional (primul termen - T1) și săvârșirea unei/unor noi infracțiuni, până la data la care pedeapsa aplicată este executată sau considerată ca executată (al doilea termen - T2), fără a fi întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă. Lianțul (legătura *in personam*) dintre cei doi termeni este dat de aceeași persoană, în calitate de subiect activ al acestei pluralități de infracțiuni, pluralitate care nu se înfățișează, în această situație, nici sub forma concursului de infracțiuni (de care se deosebește structural, deoarece există o condamnare definitivă ce separă cele două sau mai multe infracțiuni, din punct de vedere al momentului de comitere), nici sub forma recidivei postcondamnatorii, de care pluralitatea intermediară, în egală măsură, se și apropie (identificând asemănări), dar se și distinge (identificând deosebiri).

Apropierea este dată de existența unei condamnări definitive și de intervalul de timp în care se săvârșește noua infracțiune, respectiv înainte de trecerea la executarea pedepsei aplicate sau în cursul executării acesteia (deci până la data la care pedeapsa este executată sau considerată ca executată). Reținem și asemănarea care are în vedere persoana (fizică) care ocupă locul persoanei ce suferă condamnarea definitivă, respectiv infractorul major, atât timp cât - *de lege lata* - condamnările pentru infracțiuni comise în timpul minorității nu atrag nici starea de recidivă, nici pluralitatea intermediară! Diferența este dată de neîntrunirea a cel puțin unei condiții prevăzute de lege pentru starea de recidivă postcondamnatorie, condiție ce poate privi fie T1 sau T2, fie deopotrivă T1 și T2.

Pe cale de consecință, rezultă că nu va exista pluralitate intermediară când, după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare și după ce pedeapsa anterioară a fost executată sau considerată ca executată, se comite din nou o infracțiune și nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru recidiva postexecutorie. Desprindem de aici următoarele: pluralitatea

intermediară NU reprezintă nici concurs de infracțiuni (dar concursul de infracțiuni poate intra în structura pluralității intermediare)⁶, nici stare de recidivă (postcondamnatorie sau postexecutorie), pluralitatea intermediară existând (tocmai) atunci când nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă postcondamnatorie, dar fiind exclusă atunci când nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă postexecutorie. De asemenea, trebuie eliminată orice confuzie față de pluralitatea *sui generis* de infracțiuni (condiționată de existența unei condamnări definitive pentru o infracțiune comisă în timpul minorității, condamnare privitoare la o măsură educativă, în raport de care se reiterează comportamentul infracțional, prin comiterea unei noi infracțiuni tot pe perioada minorității sau după împlinirea vârstei majoratului)!

Potrivit doctrinei majoritare - cu referire la legea penală în vigoare - pluralitatea intermediară este o formă distinctă a pluralității de infracțiuni, consacrată explicit prin dispozițiile art. 44 Cod penal (în baza denumirii marginale), ocupând o poziție intermediară între concursul de infracțiuni și recidivă, dar nefiind îndeplinite condițiile recidivei (postcondamnatorii), după cum nu sunt îndeplinite nici condițiile concursului de infracțiuni, ceea ce permite departajări (surprinderea de asemănări și deosebiri).⁷ Sub acest

⁶ În structura pluralității intermediare, concursul de infracțiuni poate figura în T.1 sau/și în T.2. Despre problematica complexă pe care o dezvoltă acest subiect, ne vom ocupa, însă, într-o continuare a prezentului articol, atunci când vom aborda sancționarea pluralității intermediare de infracțiuni. În acest cadru, amintim doar că, în ipoteza concursului aflat în T.1, interesează pedeapsa rezultantă aplicată prin hotărârea de condamnare, putând distinge mai multe situații, după forma de vinovăție ce caracterizează infracțiunile comise, cât și după pedepsele stabilite fiecărei infracțiuni concurente, în vederea determinării pedepsei concursuale. Când cel de-al doilea termen este format dintr-un concurs de infracțiuni, de asemenea, pot să apară mai multe situații, după cum una/unele dintre infracțiunile concurente sunt comise în stare de recidivă postcondamnatorie, iar alta/altele în pluralitate intermediară, sau toate infracțiunile concurente atrag pluralitatea intermediară.

⁷ A se vedea: C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 319 și p. 357-358; T. Dima, *Drept penal. Partea generală*, ediția a 3-a, revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 349 și p. 396; V. Pașca, *Drept penal. Partea generală*, ediția a III-a, actualizată cu modificările la zi ale noului Cod penal, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 323 și p. 352; M. Udriou, *Drept penal. Partea generală*, ediția a 2-a, Ed. C.H.Beck, București, 2015, p. 176 și p. 216; G.

aspect, semnalăm resuscitarea discuțiilor în legătură cu însăși existența (cât și denumirea atribuită de legiuitorul penal actual) instituției disciplinate în art. 44 Cod penal, instituție care continuă să nu fie la adăpost de orice critică.⁸

Bodoroncea, în: G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.M. Vasile, *Codul penal. Comentariu pe articole*, Ed. C.H.Beck, București, p. 146; M. Ioana Rusu, *op.cit.*, p. 235 și p. 266.

⁸ A se vedea: G. Antoniu, „*Observații critice cu privire la noul Cod penal*”, în *Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, Nr.2/2010, p. 15-17. http://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2010-02/1_GEORGE_ANTONIU.pdf . Autorul exprima (serioase) rezerve asupra existenței pluralității de infracțiuni sub o altă formă decât, după caz, concurs de infracțiuni sau stare de recidivă, inclusiv în ceea ce privește denumirea de „pluralitate intermediară”. Reflectând o opinie adoptată și sub reglementarea anterioară, opinie care a câștigat și continuă să câștige adepti, înțelegem să o reproducem (integral) în cele ce urmează, apreciind că înlesnește înțelegerea unei critici (avizate) în materie: „Se știe că ceea ce separă concursul de infracțiuni de recidivă este existența unei hotărâri definitive anterioare (recidivă) sau inexistența unei atari hotărâri (concurusul de infracțiuni). A treia posibilitate de pluralitate de infracțiuni este exclusă (*tertium non datur*). Codul penal în vigoare, în art. 32 [precizăm că autorul are în vedere, aici, concepția legală anterioară - subl.ns.] exprimă aceasta în mod explicit (pluralitatea de infracțiuni constituie după caz concurs de infracțiuni sau recidivă). Noul Cod penal a omis să mai cuprindă și acest text lăsând să se creadă că ar putea exista și o altă formă de pluralitate de infracțiuni denumită pluralitate intermediară, definită în art. 44. Raționamentul care stă la baza acestei soluții este discutabil. Formele pluralității de infracțiuni se definesc după structura lor, nu în funcție de tratamentul lor juridic, iar structura formelor pluralității de infracțiuni rezultă din poziția faptei în raport cu existența sau inexistența unei hotărâri definitive pentru o faptă anterioară. Sub acest aspect, așa zisa pluralitate intermediară are structura recidivei, deoarece este vorba de o faptă săvârșită după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare anterioare săvârșirii unei noi infracțiuni. Împrejurarea că în cadrul pluralității intermediare nu se aplică regulile recidivei, ci ale concursului de infracțiuni, are în vedere nu structura instituției, ci tratamentul ei penal. Ca urmare, această formă așa zisă intermediară de pluralitate de infracțiuni este în realitate o recidivă, însă se aplică regulile de sancționare ale concursului de infracțiuni. Întrucât formele pluralității de infracțiuni se deosebesc în raport cu structura lor, pluralitatea intermediară constituie o recidivă, fără să constituie în același timp o stare de recidivă, adică o pluralitate care îndeplinește anumite condiții care îi conferă calitatea de stare de recidivă. Procedând astfel, legiuitorul a elaborat două concepte de recidivă. Recidiva de fapt, ca formă a pluralității de infracțiuni și care se definește în raport cu existența sau nu a unei condamnări definitive anterioare, și recidiva legală, definită prin recidiva de fapt plus unele condiții restrictive privind termenii recidivei. Prin urmare, o anumită structura a recidivei în raport cu existența unei condamnări definitive, este o cerință comună atât a

În opinia noastră, existența unei pluralități de infracțiuni care să îmbrace altă formă/ alte forme decât concursul de infracțiuni sau starea de recidivă, este de necontestat. Dacă ne îndreptăm atenția spre instituția disciplinată de art. 44 Cod penal - cu apartenență la pluralitatea de infracțiuni - obiecția ce se (mai) poate susține privește denumirea acordată acestei forme de manifestare a unei pluralități de fapte penale separate prin existența unei condamnări definitive la o pedeapsă (neexecutată sau executată parțial) și care nu lasă loc recidivei. Instituția în discuție – care se bucură de consacrare explicită sub denumirea de „pluralitate intermediară” – este o formă postcondamnatorie a pluralității de infracțiuni, care există în cazul persoanei fizice-infractor major și al persoanei juridice, „clădită” legal tot pe doi termeni, dar nedeseemnând o (stare de) recidivă.

Astfel, dacă există (stare de) recidivă postcondamnatorie, în cazul persoanei fizice, atunci când după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare la o anumită pedeapsă privativă de libertate - închisoare mai mare de un an sau detențiune pe viață - se săvârșește din nou o infracțiune cu intenție, sau cu intenție depășită, de o anumită gravitate abstractă - pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de un an, sau mai mare, ori detențiunea pe viață - infracțiune comisă înainte ca pedeapsa anterioară să fi fost executată sau considerată ca executată - impunându-se întrunirea cumulativă a condițiilor/cerințelor ce privesc, deopotrivă, primul său termen, cât și termenul secund! - așa-numita pluralitate intermediară (denumită astfel, acum, de către însuși legiuitorul penal) va exista atunci când, în ciuda existenței (în mod necesar) a unei hotărâri definitive de condamnare la o

recidivei de fapt cât și a celei legale, iar pluralitatea intermediară ar fi o recidivă ca structură, dar căreia îi lipsesc condițiile suplimentare spre a fi și o recidivă legală. Tratatul acestei pluralități nu poate să modifice structura pluralității, astfel că, pluralitatea intermediară trebuie definită ca o recidivă, după criteriul determinant la care să se adauge o mențiune legată de specificul recidivei, în aceste condiții. Sub acest aspect apare nesatisfăcătoare și denumirea marginală a art.40 din legea în vigoare [precizăm că autorul are în vedere, și aici, concepția legală anterioară - subl.ns.]. Situația acolo reglementată ar fi trebuit să fie definită ca recidivă care nu îndeplinește condițiile legale pentru a fi sancționată ca atare. Cu atât mai puțin ar fi fost justificată denumirea de pluralitate intermediară de infracțiuni”. În același sens, a se vedea și: Ghe. Ivan, în: G. Antoniu (coordonator), *Explicații preliminare ale noului Cod penal, Volumul I (Articolele 1-52)*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 471, 472.

pedeapsă neexecutată sau executată parțial, se comite, de către cel condamnat, o nouă infracțiune, fără a fi întrunite condițiile/cerințele prevăzute de lege pentru starea de recidivă (putând să lipsească, dintre acestea, cel puțin una, unele sau chiar toate). Sub acest aspect, rezultă existența unei pluralități de infracțiuni – născută ulterior rămânerii definitive a unei hotărâri de condamnare – ca entitate juridică distinctă de recidiva postcondamnatorie, cu fizionomie proprie (dublată de un „joc de fizionomie”, prin varii „chipuri” sub care se poate înfățișa – ceea ce vom arăta în continuare). Chiar dacă se pliază pe structura unei recidive, distingând un prim termen care constă în condamnarea definitivă la o pedeapsă și un termen secund reprezentat de săvârșirea unei noi infracțiuni, până la executarea integrală a pedepsei anterioare, lipsa (cel puțin) unei condiții/cerințe specifice recidivei postcondamnatorii, „deplasează” pluralitatea de infracțiuni în zona delimitată/acoperită de pluralitatea intermediară.

În ordinea celor ce preced, pluralitatea intermediară de infracțiuni în cazul persoanei fizice va exista, spre exemplu, atunci când:

1) După rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare, pronunțată în urma comiterii unei infracțiuni intenționate sau praeterintenționate, *la pedeapsa închisorii de 1 an sau mai mică de 1 an, ori la pedeapsa amenzii*, și până la data la care această pedeapsă este executată sau considerată ca executată, condamnatul săvârșește o altă infracțiune (nu interesează forma de vinovăție ce caracterizează infracțiunea nou comisă - intenție, praeterintenție sau culpă - și nici gravitatea sa abstractă, reflectată în pedeapsa prevăzută de lege). În această ipoteză, nu este întrunită cerința referitoare la gravitatea condamnării definitive, care se reflectă în pedeapsa concretă, pentru a fi stare de recidivă postcondamnatorie. Se va lăsa loc pluralității intermediare de infracțiuni.

2) După rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare pronunțate în urma comiterii *unei infracțiuni din culpă*, (chiar) la pedeapsa închisorii mai mare de un an, și până la data la care această pedeapsă este executată sau considerată ca executată, condamnatul săvârșește o altă infracțiune (nu interesează forma de vinovăție ce caracterizează infracțiunea nou comisă - intenție, praeterintenție sau culpă - și nici gravitatea sa abstractă, reflectată în pedeapsa prevăzută de lege). În această ipoteză, nu este întrunită cerința

referitoare la forma de vinovăție (intenție sau intenție depășită) a infracțiunii care a atras condamnarea rămasă definitivă, condamnările privitoare la infracțiuni săvârșite din culpă reprezentând condamnări care nu atrag starea de recidivă, corespunzător art. 42 lit. c) Cod penal. Se va lăsa loc pluralității intermediare de infracțiuni.

3) După rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare pronunțate în urma comiterii unei infracțiuni intenționate sau praeterintenționate, la pedeapsa închisorii mai mare de 1 an sau detențiune pe viață, și până la data la care această pedeapsă este executată sau considerată ca executată, condamnatul săvârșește din nou o infracțiune (intenționată sau praeterintenționată), *pentru care legea prevede pedeapsa închisorii mai mică de 1 an, sau amenda*. În această ipoteză, nu este întrunită cerința referitoare la gravitatea abstractă a infracțiunii intenționate sau praeterintenționate care s-a comis, din nou, de către condamnat, pentru a fi stare de recidivă postcondamnatorie. Se va lăsa loc pluralității intermediare de infracțiuni.

4) După rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare pronunțate în urma comiterii unei infracțiuni intenționate sau praeterintenționate, la pedeapsa închisorii mai mare de 1 an sau detențiune pe viață, și până la data la care această pedeapsă este executată sau considerată ca executată, condamnatul săvârșește o *infracțiune din culpă* (nu interesează gravitatea sa abstractă, reflectată în pedeapsa prevăzută de lege). În această ipoteză, nu este întrunită cerința referitoare la reiterarea unui comportament infracțional intenționat sau praeterintenționat, pentru a fi stare de recidivă postcondamnatorie. Se va lăsa loc pluralității intermediare de infracțiuni.

5) Dacă după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare pronunțate în urma comiterii unei *infracțiuni din culpă*, la pedeapsa închisorii de 1 an sau mai mică, ori la pedeapsa amenzii, și până la data la care această pedeapsă este executată sau considerată ca executată, condamnatul săvârșește o altă *infracțiune din culpă*, *pentru care legea prevede pedeapsa închisorii mai mică de 1 an, sau amenda*. În această ipoteză, nu este îndeplinită nici o cerință legală care să privească cei doi termeni din structura unei recidive postcondamnatorii. Se va lăsa loc pluralității intermediare de infracțiuni.

După cum s-a precizat, enumerarea acestor cazuri – care ilustrează pluralitatea intermediară în cazul persoanei fizice – este doar una

exemplificativă, cele cinci situații neepuizând gama variată oferită de această formă a pluralității de infracțiuni. Orice altă combinație, chiar și parțială, a ipotezelor exemplificate, va atrage existența pluralității intermediare de infracțiuni.

Din examinarea pluralității intermediare în cazul persoanei fizice, doctrina penală vine cu o bună observație, potrivit căreia „structura sa poate interveni în foarte multe variante - simple sau combinate - fundamentale fiind patru: condamnarea anterioară privește o infracțiune din culpă; pedeapsa aplicată prin condamnarea anterioară este închisoarea mai mică de un an sau amenda; infracțiunea săvârșită anterior (reiterată) este din culpă; pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea nouă este închisoarea mai mică de un an. Cele patru cauze enunțate, fiind fundamentale, pot provoca fiecare în parte și în mod suficient inexistența recidivei și existența pluralității intermediare. Ele se pot însă combina în toate felurile posibile, cumularea lor neprezentând vreo relevanță suplimentară”⁹.

În aprecierea noastră, din conținutul normativ al art. 44 alin. (1) Cod penal, cu referire la cazul persoanei fizice, putem desprinde un set de *condiții generale cerute pentru existența formei pluralității intermediare de infracțiuni*, și anume:

- *Condiții pozitive*, care trebuie realizate și care privesc structura acestei forme a pluralității de infracțiuni (aspect sub care se apropie de recidiva postcondamnatorie), referitoare la: 1) existența unei condamnări definitive la o pedeapsă; 2) săvârșirea unei noi infracțiuni până la executarea integrală a pedepsei anterioare; 3) unitatea de subiect activ – condamnarea anterioară și noua infracțiune să privească aceeași persoană, infractor major.
- Aceste condiții pozitive (mai exact, primele două) sunt dublate de *condiția* – de largă acoperire – *de ordin negativ*, a neîntrunirii a cel puțin unei cerințe legale (pozitive) pentru starea de recidivă postcondamnatorie, cu manifestare, după caz, în ceea ce privește condamnarea definitivă prin care s-a aplicat o pedeapsă, sau/și săvârșirea unei noi infracțiuni până la executarea integrală a pedepsei.

⁹ V. Pașca, *op.cit.*, p. 353.

Cu alte cuvinte, pluralitatea intermediară se deosebește de starea de recidivă postcondamnatorie prin aceea că nu este îndeplinită/întrunită cel puțin una dintre cerințele legale corespunzătoare celor doi termeni din structura acesteia (cerința ce nu este satisfăcută poate privi condamnarea definitivă la o pedeapsă, spre exemplu, atrasă în urma comiterii unei infracțiuni din culpă, sau privitoare la o pedeapsă care nu este pedeapsa închisorii mai mare de 1 an, după cum cerința nesatisfăcută poate privi noua infracțiune, săvârșită până la executarea sau considerarea ca executată a pedepsei, spre exemplu, pedeapsa abstractă pentru noua infracțiune are un maxim special inferior unui an de zile închisoare, sau este exclusiv amenda, ori s-a comis o infracțiune din culpă). Insistând asupra acestui aspect, vrem să subliniem faptul că, *pentru existența pluralității intermediare se cer întrunite cumulativ numai condițiile ce au în vedere existența unei condamnări definitive la o pedeapsă și săvârșirea din nou a unei infracțiuni, până la data la care pedeapsa este executată sau considerată ca executată (de către același subiect activ - persoană fizică majoră), fără a fi condiționată existența pluralității intermediare de lipsa (cumulativă, a) tuturor cerințelor legale care ar caracteriza pluralitatea de infracțiuni drept stare de recidivă postcondamnatorie (ci doar de absența uneia singure – oricare – dintre acestea)!*

Reformulând: dacă cel puțin o cerință legală ce particularizează termenii unei recidive postcondamnatorii nu se întrunește, se va lăsa loc pluralității intermediare. Cu atât mai mult, lipsa întrunirii mai multor/tuturor cerințelor legale ce particularizează termenii unei recidive postcondamnatorii, lasă loc aceleiași pluralități de infracțiuni, sub forma pluralității intermediare. În acest sens ne-am pronunțat în rândurile precedente, afirmând fizionomia proprie a instituției pluralității intermediare (fizionomie proprie dobândită prin însăși voința legiuitorului, ce o consacră ca formă distinctă a pluralității de infracțiuni), totodată punând în discuție acel „joc de fizionomie”, prin „varii” chipuri, sub care aceasta se poate înfățișa pe caz concret.

În comentariile de specialitate, unii autori apreciază că ne aflăm în prezența unei pluralități intermediare de infracțiuni în cazul persoanei fizice, (doar) atunci când nu se întrunesc, în mod cumulativ, toate condițiile prevăzute pentru recidivă, cu privire la ambii termeni ai recidivei, înscriind

printre aceste condiții (cumulative), pe de o parte, existența unei condamnări definitive la o pedeapsă privativă de libertate, în executarea căreia se află cel condamnat, după cum și condiția privitoare la aspectul ca, atât pedeapsa ce se execută pentru prima infracțiune, cât și pedeapsa aplicată pentru noua infracțiune, să nu întrunească condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă. Se adaugă acestor condiții: săvârșirea unei noi infracțiuni până la data la care pedeapsa este executată sau considerată ca executată, precum și mențiunea privitoare la natura infracțiunii, după forma de vinovăție ce caracterizează infracțiunile - după caz: intenție, culpă sau intenție depășită.¹⁰

Nu împărtășim această optică, din cel puțin două motive. Existența unei condamnări definitive doar la o pedeapsă privativă de libertate îngustează (dincolo de prevederile legale) sfera de cuprindere a cazurilor de pluralitate intermediară, prin excluderea pedepsei amenzii. Dacă recidiva postcondamnatorie impune, cu privire la primul termen, o condamnare definitivă la o pedeapsă privativă de libertate (închisoare mai mare de 1 an sau detențiune pe viață) pentru o infracțiune intenționată sau praeterintenționată, înseamnă că nu poate constitui primul său termen o condamnare definitivă (doar) la amendă, condamnare care poate intra, însă, în structura pluralității intermediare (tocmai acesta fiind motivul pentru care nu se verifică starea de recidivă postcondamnatorie), caz în care, practic, nu mai interesează forma de vinovăție ce caracterizează infracțiunea comisă.¹¹ Totodată, condiționarea atât a pedepsei concrete (corespunzătoare T.1) cât și a celei abstracte (corespunzătoare T.2) de a nu întruni condițiile prevăzute de lege pentru recidivă, semnifică o nouă îngustare a sferei de cuprindere a pluralității intermediare (adăugând, astfel, la lege). Indiferent dacă pedeapsa concretă corespunzătoare primului termen, sau pedeapsa abstractă corespunzătoare celui de al doilea termen, este o pedeapsă care nu satisface cerințele recidivei (postcondamnatorii), reiterarea unui comportament

¹⁰ A se vedea: T. Dima, *op.cit.*, p. 397; M.I. Rusu, *op.cit.*, p. 266.

¹¹ Este de semnalat inconsecvența probată de unul dintre autori, ce afirmă condiția aflării condamnatului în executarea unei pedepse privative de libertate, autor care atunci când operează distincțiile în raport de recidivă, oferă exemplul pluralității intermediare dacă prin condamnarea definitivă s-a aplicat pedeapsa închisorii de un an sau mai mică, ori amenda, în cazul primului termen. A se vedea: M.I. Rusu, *op.cit.*, p. 266.

infracțional în raport de o condamnare definitivă la o pedeapsă neexecutată integral va atrage existența pluralității intermediare (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

Din cele expuse până aici, rezultă că nu va exista pluralitate intermediară de infracțiuni în cazul persoanei fizice:

- În lipsa existenței unei *condamnări* / definitive / la o pedeapsă aplicată. Instanța nu condamnă atunci când rezolvarea acțiunii penale se finalizează prin pronunțarea - corespunzător prevederilor din art. 396 Cod procedură penală - unei hotărâri de: renunțare la aplicarea pedepsei, ori a uneia de amânare a aplicării pedepsei, sau a uneia de achitare ori de încetare a procesului penal. Acestea din urmă sunt hotărâri distincte de cea de condamnare a inculpatului, hotărâri care (rămase definitive) vor exclude posibilitatea nașterii pluralității intermediare de infracțiuni, prin reiterarea unui comportament infracțional ulterior. Pluralitatea intermediară este o instituție condiționată, după cum s-a arătat, de un prim termen care rezidă într-o hotărâre de condamnare, hotărâre rămasă (și) definitivă; mai mult, condamnarea definitivă trebuie să privească o pedeapsă (nu alt fel de sancțiune penală), care să fie aplicată.

Sunt excluse condamnările pentru fapte care nu mai sunt prevăzute de legea penală, cât și condamnările pentru infracțiuni amnistiate – corespunzător prevederilor art. 42 lit. a) și b) Cod penal – având în vedere natura juridică a dezincriminării, respectiv a clemenței sub forma unei amnistii postcondamnatorii. Altfel spus, reiterarea unui comportament infracțional în raport de condamnările prevăzute de art. 42 lit. a) și b) Cod penal, nu atrage pluralitatea intermediară de infracțiuni (în aceste cazuri sunt înlăturate consecințele condamnării). De asemenea, sunt excluse condamnările pentru infracțiuni săvârșite în timpul minorității, reprezentând condamnări care nu atrag pedepse, ci măsuri educative. Se impune observația potrivit căreia, în egală măsură, toate aceste condamnări sunt și condamnări care nu atrag starea de recidivă, sens în care atragem atenția asupra gravei greșeli în considerarea că, dimpotrivă, ar atrage pluralitatea intermediară de infracțiuni!

- Dacă noua infracțiune s-a săvârșit după ce pedeapsa anterioară definitivă a fost executată sau considerată ca executată (și nu sunt întrunite condițiile recidivei) - spre exemplu, după executarea unei pedepse aplicate pentru o

infracțiune din culpă și până la reabilitare sau împlinirea termenului de reabilitare, se săvârșește o altă infracțiune culpoasă/intenționată/cu intenție depășită - precizăm că nu sunt întrunite condițiile pentru existența stării de recidivă postexecutorie! Or, pluralitatea intermediară există atunci când nu se verifică existența stării de recidivă postcondamnatorie. Situația anterior prezentată este tot o formă de manifestare a pluralității de infracțiuni, dar care excede conținutului normativ al art. 44 alin. (1) Cod penal, situație care este acceptată în literatura de specialitate – de către unii autori – sub denumirea de *pluralitate nenumită de infracțiuni* (denumirea se poate susține prin lipsa unei norme de reglementare în Partea generală a Codului penal, care să dispună și în privința unui tratament penal specific acestei situații).

În cazul persoanei fizice, este de observat ca pluralitatea intermediară de infracțiuni poate lua naștere prin comiterea noii infracțiuni în raport de existența unei condamnări definitive la o pedeapsă neexecutată sau executată parțial – însă în lipsa întrunirii condițiilor cerute pentru existența stării de recidivă postcondamnatorie, după cum se exprimă legiuitorul nostru penal – înainte de începerea executării pedepsei, sau în timpul executării acesteia, respectiv pe durata termenului de supraveghere al unei condamnări cu suspendarea executării pedepsei sub supraveghere [art. 96 alin. (4) și (5) Cod penal], sau pe durata termenului de supraveghere al unei liberări condiționate [art. 104 alin. (2) Cod penal], ori pe durata termenului de încercare al unei grațieri condiționate, inclusiv atunci când, în timpul executării pedepsei într-un loc de deținere - penitenciar - se comite infracțiunea de evadare (art. 285 Cod penal), sau când noua infracțiune s-a săvârșit în stare de evadare. În aceeași ordine de idei, semnalăm și posibilitatea nașterii pluralității intermediare de infracțiuni în cazul persoanei fizice, în condițiile în care intervine sancțiunea anulării, operantă în raport de instituțiile de individualizare a pedepsei, respectiv: renunțarea la aplicarea pedepsei [art. 82 alin. (3) Cod penal]; amânarea aplicării pedepsei [art. 89 alin. (1) Cod penal]; suspendarea executării pedepsei sub supraveghere [art. 97 alin. (1) Cod penal]; liberarea condiționată [art. 105 alin. (1) Cod penal].

Pluralitatea intermediară în cazul persoanei juridice

La prima vedere, s-ar putea susține că includerea art. 44 – care dispune în materia pluralității intermediare de infracțiuni – în cadrul legal

oferit de Titlul II, Capitol V, art. 38 și următoarele din Partea generală a Codului penal, ar avea în vedere numai persoana fizică-infractor major, deci s-ar exclude pluralitatea intermediară de infracțiuni în cazul persoanei juridice. Dacă ne îndreptăm atenția și spre un alt text legal – art. 147 Cod penal – observăm referiri exprese/explicite la pluralitatea de infracțiuni, sub forma concursului cât și a pluralității intermediare, în raport de infractorul-persoană juridică (așa cum rezultă din conținutul de reglementare al textului indicat, cu denumirea marginală: „Atenuarea și agravarea răspunderii penale a persoanei juridice”).

Pluralitatea de infracțiuni în cazul persoanei juridice nu se reduce doar la aceste două forme! A stat în intenția legiuitorului actual reglementarea recidivei în cazul acestei categorii de infractori, printr-un articol distinct, respectiv art. 146 Cod penal (cu reconsiderarea opticii în materie), printr-o definiție ce diferențiază (net) această formă a pluralității de infracțiuni, de starea de recidivă atrasă în cazul infractorilor-persoane fizice, precum și prin instituirea unui regim distinct de sancționare (îndeosebi în ce privește forma postcondamnatore a recidivei, în cazul persoanei juridice).

După cum a reieșit din analiza conținutului normativ al art. 44 alin. (1) Cod penal, ține de esența formei pluralității intermediare de infracțiuni: existența unei condamnări definitive, la o pedeapsă neexecutată sau executată parțial, în raport de care se reiterează un comportament infracțional, nefiind întrunite condițiile stării de recidivă (postcondamnatore). Va exista pluralitate intermediară de infracțiuni, în cazul persoanei juridice, atunci când, după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare la pedeapsa amenzii, și până la data la care această pedeapsă (de ordin pecuniar) este executată sau considerată ca executată, se săvârșește din nou o infracțiune și nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă (postcondamnatore).

O scurtă privire asupra recidivei postcondamnatore în cazul persoanei juridice credem că va înlesni înțelegerea configurației pluralității intermediare în cazul acestui subiect activ al pluralității de infracțiuni. Urmând această cale, credem că vom găsi un suport în avansarea ideii conform căreia, același text legal – reprezentat de art. 44 alin. (1) Cod penal – este cel care trebuie avut în vedere și pentru pluralitatea intermediară în cazul persoanei juridice.

Există recidivă postcondamnatorie în cazul persoanei juridice atunci când, după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare la pedeapsa amenzii și până la data la care pedeapsa este executată sau considerată ca executată, persoana juridică săvârșește din nou o infracțiune, cu intenție sau cu intenție depășită. Existența recidivei postcondamnatorii este condiționată de rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare la pedeapsa amenzii (indiferent de cuantumul acesteia), hotărâre atrasă în urma comiterii unei infracțiuni intenționate sau praeterintenționate, în raport de care se săvârșește din nou o infracțiune intenționată sau praeterintenționată, până la data la care amenda aplicată este executată sau considerată ca executată (înainte de a se trece la executare sau în cursul executării amenzii pentru infracțiunea anterioară).

Spre deosebire de starea de recidivă în cazul persoanei fizice, recidiva în cazul persoanei juridice are un caracter absolut, în sensul necondiționării condamnării definitive de o anumită gravitate a pedepsei aplicate, deci neinteresând cuantumul amenzii – de altfel, singura pedeapsă principală aplicabilă persoanei juridice. În egală măsură, starea de recidivă în cazul persoanei juridice nu este condiționată nici de o anumită gravitate a pedepsei abstracte prevăzute pentru noua infracțiune comisă.

Starea de recidiva (postcondamnatorie) implică întrunirea cumulativă a condițiilor privitoare la cei doi termeni din structura sa, dispozițiile art. 42 Cod penal – condamnări care nu atrag starea de recidiva – aplicându-se corespunzător. *Per a contrario, va exista pluralitate intermediară de infracțiuni în cazul persoanei juridice, atunci când după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare la pedeapsa amenzii (indiferent de cuantumul acesteia) și până la data la care pedeapsa este executată sau considerată ca executată, persoana juridică săvârșește, din nou, o infracțiune și nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru starea de recidivă (postcondamnatorie), în sensul în care dispune art. 44 alin. (1) Cod penal.*

În aprecierea noastră, din conținutul normativ al art. 44 alin. (1) Cod penal, cu referire și la cazul persoanei juridice, putem desprinde un set de condiții generale cerute pentru existența formei pluralității intermediare de infracțiuni, și anume:

- *Condiții pozitive*, care trebuie realizate și care privesc structura acestei forme a pluralității de infracțiuni, aspect sub care se apropie de recidiva postcondamnatore. Acestea sunt referitoare la: 1) existența unei condamnări definitive la o pedeapsă; 2) săvârșirea unei noi infracțiuni până la executarea integrală a pedepsei anterioare; 3) unitatea de subiect activ – condamnarea anterioară și noua infracțiune să privească aceeași persoană juridică.

- Aceste condiții pozitive (mai exact, primele doua) sunt dublate de o *condiție de ordin negativ* (de data aceasta, cu o acoperire simțitor restrânsă față de cazul persoanei fizice), respectiv cea a neîntrunirii a cel puțin unei cerințe legale (pozitive) pentru starea de recidivă postcondamnatore (cu manifestare, după caz, în ceea ce privește condamnarea definitivă prin care s-a aplicat pedeapsa amenzii sau/și săvârșirea unei noi infracțiuni până la executarea integrală a pedepsei amenzii).

Cu alte cuvinte, pluralitatea intermediară (și în cazul persoanei juridice) se deosebește de starea de recidivă postcondamnatore prin aceea că nu este îndeplinită/întrunită cel puțin una dintre cerințele legale corespunzătoare celor doi termeni din structura acesteia. Insistând asupra acestui aspect, de asemenea, vrem să subliniem faptul că, *pentru existența pluralității intermediare în cazul persoanei juridice, se cer întrunite cumulativ numai condițiile ce au în vedere existența unei condamnări definitive la pedeapsă - de ordin pecuniar (amenda) - și săvârșirea din nou a unei infracțiuni până la data la care pedeapsa este executată sau considerată ca executată (de către același subiect activ – persoana juridică), fără a fi condiționată existența pluralității intermediare de lipsa (cumulativă, a) tuturor cerințelor legale care ar caracteriza pluralitatea de infracțiuni în cauză drept o stare de recidivă postcondamnatore!*

În ordinea celor ce preced, *pluralitatea intermediară de infracțiuni, în cazul persoanei juridice* va exista atunci când:

1) După rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare pronunțată în urma comiterii unei *infracțiuni din culpă*, la pedeapsa amenzii (indiferent de cuantumul acesteia) și până la data la care această pedeapsă este executată sau considerată ca executată, persoana juridică săvârșește o alta infracțiune (nu interesează forma de vinovăție ce caracterizează infracțiunea nou comisă: intenție, praeterintenție sau culpă). În această ipoteză, nu este

întrunită cerința referitoare la forma de vinovăție (intenție sau intenție depășită) a infracțiunii care a atras condamnarea rămasă definitivă (T.1), condamnările privitoare la infracțiuni săvârșite din culpă reprezentând condamnări care nu atrag starea de recidivă, corespunzător art. 42 lit. c) Cod penal. Se va lăsa loc pluralității intermediare de infracțiuni.

2) După rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare pronunțată în urma comiterii unei infracțiuni intenționate sau praeterintenționate, la pedeapsa amenzii (indiferent de quantum) și până la data la care această pedeapsă este executată sau considerată ca executată, persoana juridică săvârșește o *infracțiune din culpă*. În această ipoteză, nu este întrunită cerința referitoare la forma de vinovăție (intenție sau intenție depășită) care să caracterizeze noua infracțiune comisă (T.2). Se va lăsa loc pluralității intermediare de infracțiuni.

3) După rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare pronunțată în urma comiterii unei *infracțiuni din culpă*, la pedeapsa amenzii (indiferent de quantumul acesteia) și până la data la care această pedeapsă este executată sau considerată ca executată, persoana juridică săvârșește o altă *infracțiune din culpă*. În această ipoteză, nu sunt întrinite cerințele referitoare la forma de vinovăție (intenție sau intenție depășită), care să caracterizeze, deopotrivă, cei doi termeni. Se va lăsa loc pluralității intermediare de infracțiuni.

Enumerarea acestor situații posibile – care ilustrează pluralitatea intermediară în cazul persoanei juridice – este (de această dată, spre diferență de cazul persoanei fizice) una limitativă, cele trei situații menționate epuizând gama oferită de această formă a pluralității de infracțiuni, structura sa putând interveni într-un număr limitat de variante. Mai exact, se va reține varianta exclusivă a culpei, respectiv atunci când una dintre infracțiuni, dacă nu chiar ambele infracțiuni, reprezintă fapte penale săvârșite din culpă! Este o deosebire (cantitativă) între pluralitatea intermediară în cazul persoanei juridice (ce se limitează la varianta culpei pe oricare din termeni) și pluralitatea intermediară în cazul persoanei fizice (când se oferă o gamă amplă a cazurilor ce o pot ilustra în practică).

Din cele expuse până aici, rezultă că nu va exista pluralitate intermediară de infracțiuni în cazul persoanei juridice:

- În lipsa existenței unei *condamnări* / definitive / la o pedeapsă (desigur, exclusiv de ordin pecuniar) aplicată. Instanța nu pronunță soluția de condamnare, atunci când rezolvarea acțiunii penale se finalizează printr-o hotărâre de achitare sau de încetare a procesului penal (corespunzător prevederilor art. 396 Cod procedură penală, cu mențiunea potrivit căreia, în cazul persoanei juridice, nu se poate dispune renunțarea la aplicarea pedepsei, nici amânarea aplicării pedepsei). Acestea sunt hotărâri distincte de aceea de condamnare, hotărâri care (rămase definitive) vor exclude posibilitatea nașterii pluralității intermediare de infracțiuni, prin reiterarea unui comportament infracțional. Pluralitatea intermediară este o instituție condiționată, după cum s-a arătat, de un prim termen care rezidă într-o hotărâre de condamnare, hotărâre rămasă (și) definitivă; mai mult, condamnarea definitivă trebuie să privească o pedeapsă (singura pedeapsa principală aplicabilă, în acest caz, fiind cea de ordin pecuniar: amenda), cu executare.

Sunt excluse condamnările pentru fapte care nu mai sunt prevăzute de legea penală, cât și condamnările pentru infracțiuni amnistiate – coresponzător prevederilor art. 42 lit. a) și b) Cod penal, având în vedere natura juridică a dezincriminării, respectiv a clemenței sub forma unei amnistii postcondamnatorii. Altfel spus, reiterarea unui comportament infracțional în raport de condamnările prevăzute de art. 42 lit. a) și b) Cod penal, nu atrage pluralitatea intermediară de infracțiuni (în aceste cazuri sunt înlăturate consecințele condamnării). Se impune observația potrivit căreia, în egală măsură, aceste condamnări sunt și condamnări care nu atrag starea de recidivă, sens în care atragem atenția asupra gravei greșeli în considerarea că, dimpotrivă, ar atrage pluralitatea intermediară de infracțiuni!

- Dacă noua infracțiune s-a săvârșit după ce pedeapsa anterioară definitivă a fost executată sau considerată ca executată (și nu sunt întrunite condițiile recidivei), spre exemplu, după executarea unei pedepse aplicate pentru o infracțiune din culpă și până la reabilitare, se săvârșește o altă infracțiune culpoasă, precizăm că nu sunt întrunite condițiile pentru starea de recidivă postexecutorie! Or, pluralitatea intermediară există atunci când nu se verifică existența stării de recidivă postcondamnatorie. Situația anterior prezentată este tot o formă de manifestare a pluralității de infracțiuni, dar care excede conținutului normativ al art. 44 alin. (1) Cod penal, situație care este

acceptată în literatura de specialitate – de către unii autori – sub denumirea de *pluralitate nenumită de infracțiuni* (denumirea se poate susține prin lipsa unei norme de reglementare în Partea generală a Codului penal, care să dispună și în privința unui tratament penal specific acestei situații).

În cazul persoanei juridice, este de observat ca pluralitatea intermediară de infracțiuni poate lua naștere prin comiterea noii infracțiuni în raport de existența unei condamnări definitive la pedeapsa amenzii (neexecutată sau executată parțial) - însă în lipsa întrunirii condițiilor cerute pentru existența stării de recidivă postcondamnatorie, după cum se exprimă legiuitorul nostru penal - respectiv înainte de începerea executării pedepsei sau în timpul executării acesteia. Spre deosebire de pluralitatea intermediară în cazul persoanei fizice, în cazul persoanei juridice nu este posibilă nașterea acestei forme a pluralității de infracțiuni în raport de o condamnare cu suspendarea executării pedepsei sub supraveghere sau în raport de instituția liberării condiționate, instituții de individualizare inaplicabile în cazul persoanelor juridice. În egală măsură, este evidentă (și) imposibilitatea nașterii pluralității intermediare prin săvârșirea infracțiunii de evadare (art. 285 Cod penal) sau prin comiterea unei infracțiuni în stare de evadare de către persoana juridică, în calitate de autor (sub acest din urmă aspect, din punct de vedere teoretic, nu excludem posibilitatea de angajare a răspunderii penale a persoanei juridice, pentru asemenea infracțiuni, de pe poziția participantului – instigator sau complice). Pe de altă parte, ca și în cazul persoanei fizice, în cazul persoanei juridice se poate naște pluralitatea intermediară în raport de instituția grațierii (condiționate), formă a clemenței aplicabilă și în raport de această categorie de persoane (deși este exclusă nașterea pluralității intermediare în ipoteza comiterii unei infracțiuni în raport de incidența unei grațieri individuale - necondiționate).

Concluzii

Pluralitatea intermediară este o formă a pluralității de infracțiuni, bucurându-se de reglementare expresă, fiind definită de legiuitorul actual corespunzător prevederilor art. 44 alin. (1) Cod penal. După cum s-a arătat, pluralitatea intermediară este considerată - în aprecierea doctrinei majoritare - drept *formă distinctă* care se impune în peisajul juridic oferit de pluralitatea de infracțiuni, reprezentând una dintre modalitățile sub care aceasta se poate

manifesta, aspect sub care trebuie operate departajări, îndeosebi față de concursul de infracțiuni și de recidivă (nu sunt de neglijat nici deosebirile față de alte manifestări ale pluralității de infracțiuni: *pluralitatea nenumită* sau *pluralitatea sui-generis*).

Pluralitatea intermediară diferă de concursul de infracțiuni întrucât între infracțiunile săvârșite s-a interpus o hotărâre de condamnare rămasă definitivă. Ea se apropie de recidiva (postcondamnatorie) din punct de vedere al structurii pe care o prezintă (existența a doi termeni al căror liant este dat de unitatea subiectului activ, respectiv un prim termen care constă în existența unei hotărâri definitive de condamnare la o pedeapsă și un termen secund care implică săvârșirea unei noi infracțiuni până la executarea sau considerarea ca executată a pedepsei anterioare). Diferă însă de aceasta din urmă, prin neîntrunirea a cel puțin unei cerințe legale / sau a mai multor cerințe legale pentru existența stării de recidivă (postcondamnatorie).

Există pluralitate intermediară de infracțiuni, atât în cazul persoanei fizice–infractor major, cât și în cazul persoanei juridice. Totuși, sunt prezente diferențe semnificative în ceea ce privește gama amplă a cazurilor în care, neîntrunirea condițiilor prevăzute de lege pentru starea de recidivă postcondamnatorie, în cazul persoanei fizice, este acoperită de existența pluralității intermediare (privită de noi ca o instituție cu o fizionomie proprie (dublată de acel „joc de fizionomie”, sub „varii” chipuri sub care se poate înfățișa pe caz concret) și limitarea existenței pluralității intermediare în cazul persoanei juridice, doar la ipoteza săvârșirii unei infracțiuni din culpă (pentru care este atrasă condamnarea definitivă, sau care se comite după condamnarea definitivă neexecutată sau executată doar parțial, ori atunci când ambii termeni privesc o atare infracțiune).

Sub aspectul naturii juridice, pluralitatea intermediară de infracțiuni este (legal) apreciată drept cauză generală de agravare a răspunderii penale (stare de agravare a pedepsei) - și după cum se susține potrivit curentului majoritar din doctrina noastră penală - ceea ce se reflectă în regimul de sancționare prevăzut de lege. Indiscutabil, această natură juridică reiese din reglementarea explicită oferită în cazul persoanei juridice (art. 147 Cod penal). În principiu, sancționarea (pedepsirea) pluralității intermediare se realizează potrivit regulilor de la concursul de infracțiuni, legea înscriind tratamentul penal prin contopirea pedepselor principale potrivit dispozițiilor

de la concursul de infracțiuni [art. 44 alin. (2) C. pen. - în cazul persoanei fizice; art. 147 alin. (1) C. pen. - în cazul persoanei juridice). Regimul de sancționare, cu referire la pedepsele secundare și măsurile de siguranță, este cel reglementat de art. 45 Cod penal (în cazul persoanei fizice), respectiv de art. 147 alin. (2) și (3) Cod penal (în cazul persoanei juridice).

Despre dezbateri privitoare la natura juridică atribuită pluralității intermediare de infracțiuni, cât și despre tratamentul penal rezervat acestei forme a pluralității de infracțiuni (regulă și excepții în sancționarea pluralității intermediare) - dată fiind vasta problematică pe care o dezvoltă - ne vom ocupa, însă, cu un alt prilej (într-o continuare a prezentului articol).

LA CAPACITE PENALE A L'ENGAGEMENT DE LA
RESPONSABILITE PENALE EN DROITS POSITIFS FRANÇAIS ET
ROUMAIN

GBENANMIN LIDWINE-PRISCA TOSSA¹

Introduction²

Considérée comme “*la bouée de secours des pénalistes dans l’océan tumultueux de la responsabilité pénale*”³, la capacité pénale est comparée à “*un roc de dur granit*” qui a fini par “*s’effriter comme un château de sable*”⁴. Elle n’a pas été réellement intégrée par la doctrine, peut-être en raison de sa “*faiblesse*”⁵ ou de son “*immaturité conceptuelle*”⁶. On ne trouve en effet que quelques références expresses à la capacité pénale dans le code pénal ou le code de procédure pénale français⁷ et roumain⁸. Si certains articles font explicitement référence à l’incapacité⁹ de la victime d’une infraction, la plupart évoquent l’incapacité de l’auteur de l’infraction.¹⁰

¹ Docteur, Enseignante à l’Ecole Nationale d’Administration et de Magistrature Université d’Abomey-Calavi, Bénin.

² Je présente mes sincères remerciements aux Professeurs Tudorel TOADER, Doyen de la Faculté de Droit de l’Université ‘Alexandru Ioan Cuza de Iași’ et Andra IFTIMEI, Enseignante à la Faculté de Droit de ladite Université, sans qui ce projet n’aurait pas abouti. Je remercie particulièrement Madame IFTIMEI pour toutes les séances consacrées à discuter du droit pénal roumain et à la traduction du code pénal.

³ G. Levasseur, *L’imputabilité en droit pénal*, Rapport de synthèse présenté à l’IVe Congrès de l’Association Française de droit pénal à Nantes du 21 au 23 octobre 1982, RSC 1983, p. 5.

⁴ Ibidem, p. 10.

⁵ A. Boulaich, *Etude sur la capacité pénale dans la doctrine contemporaine*, Thèse de doctorat, Université de Toulouse, 1985; A.L. Moullet, *La Capacité pénale de la femme de 1810 à nos jours*, Thèse de doctorat, Université de Lausanne, 1994, n° 7.

⁶ Ibidem.

⁷ Le Nouveau Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994.

⁸ Le Code pénal roumain a été publié dans le Journal Officiel no. 510 du 24 juillet 2009 et est entré en vigueur le 1^{er} février 2014.

⁹ L’article 131-10 du Code pénal français prévoit la possibilité de prononcer l’ ‘incapacité ou [le] retrait d’un droit’ comme peine complémentaire en matière criminelle ou

Bien qu'inspirée de la capacité civile, la capacité pénale¹¹ se présente comme un concept original, radicalement novateur, qui s'est progressivement imposé en doctrine. Si quelques auteurs privilégient une approche assez large de celle-ci¹², d'autres définissent la capacité pénale comme la capacité de comprendre et de vouloir, indispensable, selon eux, à la caractérisation d'une infraction pénale. «Pourtant, c'est généralement comme une aptitude psychologique à subir une sanction¹³, voire à profiter de celle-ci qu'est généralement conçue la capacité pénale, ce que semble confirmer la genèse de ce concept. L'incapacité pénale pourrait alors être comprise comme l'inaptitude d'un sujet à être responsable pénalement. Aussi séduisante soit-elle, cette conception large de la capacité semble, *a priori*, fait double emploi avec la notion de responsabilité. Généralement définie comme l'aptitude d'un individu à répondre de ses actes, la responsabilité¹⁴ apparaît, par conséquent, comme une hypothèse particulière

correctionnelle. Dans le même ordre d'idées, l'interdiction de droits civique, civil et de famille peut également être décidée par la juridiction de jugement, ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale

¹⁰ P. Fauconnet, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Paris, Félix Alcan, 1920, p. 90 : Fauconnet considère ainsi les termes de 'capacité' et de 'responsabilité pénale' comme synonymes puisque toutes deux expriment l'aptitude d'un sujet à être puni.

¹¹ C'est au juriste français, R. Saleilles qu'on doit la paternité sinon l'une des premières références à l'expression 'capacité pénale' en droit pénal français. S'inscrivant dans la lignée des travaux des utilitaristes, Saleilles soutient que le prononcé d'une peine suppose de pouvoir en comprendre le sens puisque la peine 'vise à une influence psychologique'. Il oppose alors les criminels 'ordinaires' qui peuvent encore être corrigés par la peine, à ceux pour lesquels la sanction n'a pas d'utilité car ils ne peuvent en percevoir la signification. Au sujet des criminels incorrigibles, il affirme ainsi que 'sur certaines natures perverses à fond la peine proprement dite ne produit plus d'effet; pour ces sortes de nature il n'y a plus rien à attendre d'elles' et en conclut qu'ils n'ont plus la capacité pénale. De même que les enfants ne l'ont pas encore, alors même qu'au fond ils seraient déjà responsables, de même le criminel de criminalité constitutionnelle a perdu son aptitude psychologique à la peine : il est redevenu un incapable au point de vue pénal'

¹² Les philosophes utilitaristes tels que Jérémy Bentham se sont interrogés sur l'efficacité de la sanction en insistant notamment sur l'importance de la fonction dissuasive de la peine. Sur ce courant, v. *infra* n° 355.

¹³ R. Ottenhof, Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal, Archives de politique criminelle, Pedone, 2000, n° 10, p. 83 : il soutient que 'le droit pénal qu'on le veuille ou non, demeure la branche du droit dont la spécificité réside dans sa sanction : la peine'.

¹⁴ Toute la question de la responsabilité pénale est désormais traitée et organisée en quinze articles du nouveau code pénal français articles 121. 1 à 122. 8

de capacité¹⁵. On retrouve ainsi cette acception de la capacité pénale sous la plume de plusieurs auteurs, notamment le sociologue Paul Fauconnet¹⁶ qui définit la responsabilité pénale comme la capacité de subir la peine, ou bien l' "habileté" à être puni¹⁷.

La question de la capacité d'un sujet à engager sa responsabilité pénale se différencie ainsi de celle, plus large, de la responsabilité pénale de cet individu. La première application du concept de capacité pénale est donc assez naturellement l'aptitude à pouvoir engager sa responsabilité pénale. La responsabilité pénale est dans ce sens une conséquence juridique de la capacité pénale¹⁸. En d'autres termes, sans la capacité pénale, la responsabilité pénale serait vidée de son sens. Si cette affirmation paraît simple à formuler, elle doit néanmoins être précisée.

Comment l'individu capable pénalement peut-il voir sa responsabilité pénale engager en droits positifs français et roumain ? Le seul critère de capacité est-il suffisant pour engager la responsabilité pénale d'un sujet de droit, qu'il soit mineur ou majeur ou même une personne morale ? Toutes ces questions ramènent au vieux débat sur le lien existant entre la capacité pénale et la responsabilité pénale. En d'autres termes, comment la capacité pénale engage la responsabilité pénale ? Cette préoccupation fondamentale justifie le choix de notre sujet intitulé : "La capacité pénale à l'engagement de la responsabilité pénale en droits positifs français et roumain"¹⁹. La problématique ainsi spécifiée permettra d'appréhender la

¹⁵ Du terme latin '*respondere*' signifiant 'se porter garant', la responsabilité désigne l'aptitude à répondre de ses actes.

¹⁶ P. Fauconnet, *op. cit.*, p. 250.

¹⁷ Un psychiatre français de la première moitié du XXe siècle, le docteur L. Lavastine¹⁷, plaidera pour substituer au concept trop métaphysique de responsabilité, celui, plus fonctionnel et pragmatique, de 'capacité pénale' qui présenterait ainsi le mérite de remplacer terme maladroit de '*punissabilité*'. Selon le médecin, 'quand [l'expert] conclura à la capacité pénale, il voudra dire tout simplement que l'inculpé est punissable, c'est-à-dire susceptible d'être intimidé ou amendé par application stricte des peines prévues par le Code pénal'.

¹⁸ La présente étude adopte cette conception. La responsabilité pénale est considérée comme une conséquence de la capacité pénale. Ainsi, *a priori*, sans capacité pénale, il ne saurait être question de responsabilité pénale.

¹⁹ Le Bénin, ancienne colonie de la France, a hérité du droit français. Le droit pénal béninois tient beaucoup du droit pénal français. C'est pourquoi, la présente étude prendra en compte les droits positifs français et roumain étant donné que le droit pénal français n'est pas très différent de celui béninois.

capacité pénale comme l'aptitude à engager la responsabilité pénale (I). Toutefois, il existe des situations qui font échec à l'engagement de la responsabilité pénale en dépit de toute capacité pénale (II).

I. La capacité pénale comme aptitude à la responsabilité pénale

Aux termes des dispositions de l'article 121-1 du nouveau code pénal français, "Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait". L'analyse de la lettre et de l'esprit de cette disposition autorise à affirmer que la répression ne doit s'exercer que vis-à-vis des personnes responsables. En d'autres termes, la sanction pénale ne peut être prise qu'à l'encontre de la personne responsable de l'infraction. Être responsable pénalement, revient à répondre d'une infraction commise par soi, en toute connaissance de cause et subir la sanction y afférente. Ainsi, *a priori*, seuls les sujets de droit peuvent voir leur responsabilité pénale engagée. Seulement, cette responsabilité sinon cette capacité pénale n'est pas reconnue de la même manière à tous les sujets de droit. Elle est générale ou totale pour certains (A) et limitée ou spéciale pour d'autres (B).

La responsabilité pénale totale des sujets de droit

Le sujet de droit est toute personne dotée de la personnalité juridique définie comme l'aptitude à être titulaire actif ou passif de droits subjectifs que le droit objectif reconnaît à chacun. Les sujets de droit sont les personnes physiques et les personnes morales. Si de manière traditionnelle, la capacité pénale des personnes physiques est, dans une large mesure, admise (1), celle des personnes morales reconnue récemment, fait l'objet de vives controverses (2).

1. La traditionnelle capacité pénale des personnes physiques

Un être humain vivant sans distinction de sexe, de race et de religion. Même si cette définition exclut de la catégorie des personnes physiques, l'animal, il faut reconnaître que le statut juridique de celui-ci est en pleine évolution. Autrefois considéré comme un bien meuble²⁰, l'animal

²⁰ L'article 528 du code civil fait la distinction entre les animaux et les corps inertes et les déclare en tant que biens comme étant des meubles par nature parce que soit ils se meuvent par eux-mêmes, soit ils peuvent être déplacés. Les articles 522 et 524 du même code considèrent que dans certaines circonstances les animaux peuvent être des biens immeubles,

est aujourd'hui appréhendé par le droit français comme "un être vivant doué de sensibilité". Même si cette nouvelle réforme ne modifie pas substantiellement le régime juridique des animaux puisqu'ils ne sont pas toujours dotés de la personnalité juridique, ils sont soumis au régime des biens corporels aussi bien en France qu'en Roumanie. La récente création d'un droit de l'animal ou droit animalier selon la doctrine envisagée n'a pas pour autant convaincu le droit pénal de considérer les animaux comme pénalement responsables puisque le statut de sujet ou d'objet de droit des animaux reste une question non tranchée à l'heure actuelle. En réalité, le droit adopte une position simpliste mais logique : soit il rend responsable le propriétaire de l'animal, soit il prend des mesures visant à empêcher les animaux de nuire à l'avenir. C'est le cas en 2013 en Roumanie où face au danger que représentaient les chiens errants, il a été adopté une loi permettant leur euthanasie. Cette mesure est intervenue suite à la mort d'un enfant de quatre ans attaqué et tué dans une rue de Bucarest par cinq chiens²¹.

Finalement, traiter de la responsabilité pénale des personnes physiques revient à étudier la responsabilité pénale des êtres humains qui comporte deux volets à savoir la constatation ainsi que la caractérisation de l'infraction d'une part et l'engagement de la responsabilité d'autre part.

Sur le premier point, il faut souligner que la mise en cause de la responsabilité pénale d'une personne physique suppose la satisfaction de certaines conditions qui sont cumulatives. Préalablement à la reconnaissance d'une responsabilité pénale et pour qu'il y ait infraction pénale, trois éléments doivent être réunis :

- l'élément légal: un texte doit incriminer le comportement en cause ;
- l'élément matériel: les faits reprochés doivent se retrouver dans le texte d'incrimination ;
- l'élément moral ou intentionnel: l'auteur de l'acte incriminé doit avoir un minimum d'intelligence et de volonté. L'article 121-3 du code Pénal insiste tout particulièrement sur l'exigence de l'élément

c'est-à-dire qui ne peuvent être déplacés comme un troupeau qui n'est pas dissociable du fonds d'une exploitation agricole constitué également de terre, de bâtiments et d'engins ou d'abeilles et de leur ruche. L'article 714 dudit code appréhende l'animal sauvage comme une 'res nullius', une chose n'appartenant à personne.

²¹<http://www.lexpress.to/archives/13017/>, consulté le 4 mai 2015.

moral puisqu'il dispose qu'"Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre". Cette intention exigée pour la commission d'une infraction peut être définie comme étant la volonté consciente et intelligente de commettre une infraction. Elle s'analyse en une conscience infractionnelle à laquelle s'ajoute une mentalité dissociable.

Sur le second point, il est évident que la commission d'une infraction n'implique pas automatiquement la sanction prévue par la loi : il faut être reconnu pénalement capable pour répondre de ses actes délictueux et exécuter la peine qui en découle. Deux éléments doivent être requis pour que la responsabilité de quelqu'un puisse être engagée :

- la culpabilité : elle suppose la commission d'une faute intentionnelle par imprudence ou négligence constituant l'élément moral de l'infraction. C'est la situation d'une personne qui se voit reprocher l'élément moral d'une infraction;
- l'imputabilité : elle est la possibilité de mettre la faute au compte de celui qui l'a commise, supposant donc une conscience et une volonté libre. C'est le fondement moral de la responsabilité pénale, reposant sur le discernement et le libre arbitre.

Ainsi, en matière de responsabilité pénale des personnes physiques, une faute doit avoir été commise par l'auteur de l'infraction et celle-ci doit lui être imputable. Tel n'est pas le cas, lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

2. La récente et controversée responsabilité pénale des personnes morales

L'examen attentif de l'histoire du droit pénal dans l'espace et dans le temps révèle que cette discipline du droit privé²² a connu très peu de réformes révolutionnaires ou radicales. En effet, les grands principes sur lesquels se fonde l'idéologie ou le raisonnement pénal²³ sont restés pratiquement

²² A. Iftimiei, *Perspectives constitutionnelles et pénales sur le droit à la vie privée : vision comparative entre la Roumanie et la France*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 4, octobre-décembre 2013, p. 885. En France et dans la plupart des pays colonisés par la France, le droit pénal est une discipline du droit privé. En Roumanie, le droit pénal est rattaché au droit public.

²³ Il s'agit des principes de :
- la légalité des délits et des peines ;

inchangés depuis la naissance de ce droit. Toutefois, de temps en temps cette "eau dormante" est troublée par des réformes visant principalement la modernité du droit pénal. Il en est ainsi de la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales²⁴ qui constitue indéniablement un événement juridique majeur. Cette évolution²⁵ a radicalement changé les schémas habituels du droit pénal aussi bien en Roumanie qu'en France.

En effet, jusqu'en mars 1994 en France et un peu plus tard en Roumanie²⁶, la responsabilité pénale des personnes morales ne pouvait être que civile, administrative ou disciplinaire²⁷. Il en est ainsi simplement parce que la théorie dominante à l'époque considérait la personne morale comme une fiction juridique. A cet égard, il serait illogique de lui reconnaître une

-
- la classification tripartite des infractions en crimes, délits et contraventions ;
 - l'interprétation stricte de la loi pénale ;
 - non-rétroactivité des lois pénales de fond ;
 - l'application immédiate des lois pénales de forme ;
 - territorialité.

²⁴La personne morale est un groupement de personnes et de biens ayant une existence juridique distincte de celle des membres qui composent le groupement. Au-delà des querelles doctrinales sur la nature de la personne morale appréhendée comme une fiction juridique par une certaine école et comme une réalité juridique par une autre, il faut reconnaître que le droit français penche pour la réalité de la personnalité morale c'est-à-dire que la personnalité juridique est reconnue à un groupement en dehors de la loi à condition 'qu'il soit pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par la suite d'être reconnus et protégés par la loi'. La personnalité morale est reconnue aux groupements organisés ayant des intérêts distincts de ses membres. La loi peut créer une personne morale mais le juge peut également reconnaître à un groupement la personnalité morale. Il existe deux sortes de personnes morales :

- celles de droit public état, collectivités territoriales, établissements publics hôpitaux, universités. Elles sont spécifiques en ce qu'elles exercent des prérogatives de puissance publique ;
- celles de droit privé groupements de personnes : les sociétés, les associations et les syndicats.

En réalité, l'analyse de l'histoire du droit pénal révèle que la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales par le droit français n'est pas une innovation puisqu'elle a toujours existé notamment dans le *common law* et même avec la loi du 19 janvier 1991 sur le tabagisme et l'alcoolisme.

²⁶ Elle a été consacrée en 2006.

²⁷ En Roumanie, avec l'adoption du nouveau code pénal, la responsabilité de la personne morale peut être engagée voir l'article 135 du code pénal. Tout comme en droit français, ce principe exclut la responsabilité pénale de l'Etat et des institutions publiques.

quelconque responsabilité pénale. Cette Ecole, dont l'un des pionniers est sans nul doute G. Jeze, fonde son raisonnement sur quatre arguments²⁸. A cette doctrine s'oppose une autre plus récente qui prône la réalité juridique de la personne morale²⁹. Pour les tenants de cette Ecole, la personne morale peut voir sa responsabilité pénale engagée. Si le législateur et plus tard le juge ont adopté cette tendance, force est de reconnaître que sur la question de savoir à quel point la responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée, l'unanimité n'est pas faite par les trois piliers du droit. D'abord, le législateur s'est gardé de répondre clairement à la question. Ensuite la doctrine reste divisée : on a d'une part les adeptes de la responsabilité par ricochet³⁰ et de l'autre ceux de la responsabilité autonome³¹. En effet, la thèse par ricochet est combattue par d'autres auteurs, partisans de la théorie autonome ou de la faute distincte, qui estiment ainsi que la culpabilité de la personne morale doit être appréciée de manière indépendante³². L'affirmation s'appuie essentiellement sur deux arguments.

En premier lieu, il semble que la thèse de la responsabilité par ricochet rendrait l'article 121-2, alinéa 3, incompréhensible. Celui-ci dispose,

²⁸Quatre arguments étaient traditionnellement avancés par la doctrine pour justifier l'irresponsabilité pénale des personnes morales :

- le groupement est une fiction juridique incapable de volonté, condition indispensable de la responsabilité pénale.
- la reconnaissance juridique, en droit civil, des groupements supposait l'existence d'un objet social, qui ne peut consister en aucun cas en la commission d'une infraction
- un groupement ne peut faire l'objet d'une peine qui ne peut se concevoir qu'à l'encontre des personnes physiques.
- elle porte atteinte au principe de la personnalité des peines en ce qu'elle a pour effet de punir indistinctement tous les membres d'un groupement y compris ceux qui n'ont pas voulu la commission d'une infraction.

²⁹ Il faut rappeler la célèbre querelle entre G. Jeze qui affirmait 'Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale' et à J-C. Soyer de rétorquer 'Moi non plus, mais je l'ai souvent vue payer l'addition'. Il s'agit là du vieux débat sur la fiction ou la réalité de la personne morale.

³⁰ La thèse du ricochet soutient que la personne morale est responsable pénalement, mais indirectement de la faute pénale commise par une personne physique, 'pour leur compte, par leurs organes ou représentants'.

³¹ La thèse de la faute autonome, quant à elle voudrait que les personnes morales soient directement responsables même si nulle personne physique n'a préalablement été reconnue responsable ou tout simplement identifiée.

³² C. Lombrois, *Droit pénal général*, Paris, Hachette, 1994, p. 73 et 74.

en effet, que "La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celles des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits". Or, affirmer que la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celles des personnes physiques paraît bien indiquer que celle-là pourrait être retenue indépendamment de celle-ci³³.

En second lieu, il fut observé que la responsabilité par ricochet³⁴ implique logiquement l'irresponsabilité par ricochet. Il en résulte que toute cause d'exonération de la responsabilité de la personne physique produit automatiquement un effet exonératoire sur celle de la personne morale. Une telle mécanique conduit à des solutions absurdes : si, par exemple, une entreprise pratique une politique de restriction budgétaire quant à ses équipements et que la vétusté de ceux-ci est à l'origine d'une pollution de rivière, le dirigeant en état de contrainte irrésistible devra être relaxé. Mais il est beaucoup plus douteux que la personne morale bénéficie mécaniquement d'une telle exonération, c'est-à-dire qu'elle puisse se prévaloir de son propre comportement fautif.

Enfin, le juge à qui incombe le délicat rôle de trancher la question considère tantôt la responsabilité de la personne morale comme une responsabilité par ricochet³⁵ et tantôt comme une responsabilité autonome³⁶.

³³ Il faut par ailleurs ajouter que l'article 121-2, al. 3, pose une règle de fond et non une règle de procédure. La concurrence des responsabilités n'est donc pas la manifestation du principe de l'opportunité des poursuites. Mais si les deux responsabilités peuvent être légalement et concurremment engagées, le parquet peut choisir en opportunité de poursuivre la personne morale ou la personne physique.

³⁴ J.H. Robert, *Droit pénal général*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 1998, p. 355.

³⁵ Dans cette affaire, une personne avait été heurtée mortellement par un TGV alors que, unique voyageur, elle descendait d'un TER. Par un arrêt confirmatif du 15 déc. 1998, la Cour d'appel de Nîmes condamna la SNCF pour homicide involontaire et statua sur les intérêts civils des ayants droit. L'arrêt reposait sur deux fondements. En premier lieu, le manquement à une obligation de sécurité ayant causé la mort d'autrui. Le lieu de l'accident avait, en effet, été classé par la SNCF 'point d'arrêt non géré'. A ce titre, aucun agent ne se trouvait sur place pour assurer la surveillance de la traversée des voies par les voyageurs alors qu'il n'y avait d'autre possibilité que d'utiliser le passage situé sur les rails et que les trains étaient susceptibles de se croiser à grande vitesse. Si l'infraction était donc matériellement constituée, encore fallait-il, en second lieu, pouvoir l'imputer juridiquement à la personne morale. Or on sait que la responsabilité des personnes morales est, d'une part, une responsabilité spéciale, c'est-à-dire une responsabilité dont le domaine est limité, et, d'autre part, une responsabilité dont les conditions d'imputation sont strictement définies par l'article 121-2 du code pénal. La première question ne soulevait aucune difficulté car l'article 221-7 envisage la condamnation

Toutefois, en Roumanie, dans plusieurs affaires qui portent notamment sur l'évasion fiscale³⁷ et la fausse déclaration³⁸ ; le trafic de drogue³⁹, le juge a retenu la responsabilité pénale de la personne morale.

Somme toute, la réalité juridique que représente la personne morale a conduit le droit à lui reconnaître une certaine responsabilité pénale. Mais la question demeure de savoir comment lui imputer l'infraction alors même qu'elle n'a pas de volonté pour agir ? La règle est que la responsabilité de la

possible d'une personne morale pour homicide involontaire. Mais pour satisfaire les conditions d'imputation posées par l'article 121-2, la cour précisa que 'la SNCF, par l'intermédiaire de ses ingénieurs et responsables locaux, avait bien évalué l'existence des dangers et pris la mesure des risques ... que la situation de cette gare et les accidents survenus dans d'autres sites auraient dû conduire la SNCF à prendre des mesures de sauvegarde allant au besoin jusqu'à la fermeture'. Il fut alors conclu que 'la SNCF a commis soit par elle-même, soit par ses agents qui avaient la maîtrise des décisions, des négligences, imprudences, manquements aux obligations de sécurité qui ont concouru à la réalisation de l'accident'. C'est ce motif terminal qui est cassé pour défaut de base légale par la Chambre criminelle dans un arrêt du 18 janvier 2000. Visant l'article 121-2 du code pénal, elle déclare tout d'abord 'qu'il résulte de ce texte que les personnes morales ne peuvent être déclarées responsables que s'il est établi qu'une infraction a été commise, pour leur compte, par leurs organes ou représentants'. La Cour reproche ensuite aux juges du fond de ne pas avoir recherché 'si les négligences, imprudences et manquements aux obligations de sécurité énoncés avaient été commis par les organes ou représentants de la SNCF'. Ce n'est donc pas la caractérisation de la faute pénale qui est critiquée par les hauts magistrats, mais l'imputation de cette infraction à la personne morale alors qu'une des conditions légales faisait défaut : la faute n'avait pas été commise par des organes et représentants.

L'arrêt paraît d'une rigueur incontestable. Il est clair, en effet, que les juges du fond n'avaient pas attribué la faute pénale à une personne physique déterminée pouvant être qualifiée d'organe ou de représentant. Il n'avait d'ailleurs même pas été soutenu que les ingénieurs et responsables locaux - simples préposés - étaient des organes ou représentants. Simplement fut-il constaté que, par leur intermédiaire, la personne morale avait pu évaluer les dangers et les risques. Par conséquent, l'objectif de la cour d'appel était en réalité de démontrer qu'une faute pénale n'avait personnellement été commise par la SNCF. En se retranchant derrière les termes de l'article 121-2 qui exigent qu'une infraction ait été commise par les organes et représentants, la Cour de cassation semble repousser une telle analyse faisant ainsi de la responsabilité des personnes morales le simple reflet de la responsabilité des personnes physiques, c'est-à-dire une responsabilité par ricochet.

³⁶ T. corr. Lyon, 9 oct. 1997, préc.; T. corr. Paris, 3 nov. 1995, Dr. soc. 1996, p. 157, obs. A. Coeuret; T. corr. Versailles, 18 déc. 1995, Dr. pénal 1996, Comm. n° 71; JCP 1996, II, n°

³⁷ SC GALAXY TOBACCO SA

³⁸ SC SILVFALAPS SRL

³⁹ SC TRANS COJANCOM SRL

personne morale requiert que l'infraction ait été commise pour son compte, par ses organes ou représentants⁴⁰. Cette responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle de la personne physique auteur ou complice des faits⁴¹. Ainsi, La responsabilité de la personne morale se trouve engagée lorsque ses organes ou représentants commentent une infraction de manière non intentionnelle. Il y a cumul de responsabilité lorsqu'il y a commission d'une infraction intentionnelle. En droit roumain, par exemple, il est prévu des peines principales comme l'amende et des peines complémentaires telles que la suspension des activités, la fermeture des succursales, la surveillance judiciaire, la publication de la décision de condamnation⁴² etc. De toute évidence, comme une personne physique, la personne morale pourra voir sa responsabilité engagée comme auteur ou coauteur ou complice selon que son organe ou son représentant aurait commis l'infraction, pour le compte de la personne morale. Le mineur tout comme la personne morale a vu sa responsabilité évoluer. Il lui est reconnu une certaine capacité pénale qui est pour le moins conforme à celle reconnue aux majeurs.

A. La responsabilité pénale limitée des mineurs

A quel point la responsabilité pénale du mineur peut-elle être engagée ? Cette interrogation multiséculaire suscite encore de nos jours de lancinants débats. Elle plonge le législateur dans un dilemme dans lequel il doit choisir entre faire du mineur un instrument d'éducation ou un instrument de répression. En d'autres termes, la délinquance des mineurs constitue certainement l'une des meilleures illustrations des difficultés qu'éprouve le législateur contemporain à adapter le droit pénal aux personnes dont le discernement est inexistant ou incomplet. Elle divise la doctrine qui hésite entre continuer par considérer le mineur comme l'*infans* ou le traiter en adulte responsable. Si aujourd'hui, il est concédé à l'enfant une certaine capacité pénale et par ricochet une certaine responsabilité pénale, force est de reconnaître que cette responsabilité est spéciale. Son

⁴⁰ Les organes sont l'assemblée générale d'une société, le conseil d'administration, le conseil municipal, le conseil général etc. Les représentants sont les dirigeants ou le gérant d'une société, le PDG, le maire, l'administrateur provisoire, le liquidateur etc.

⁴¹ Voir les articles 121-1 du code pénal français et 135 alinéas 3 du code pénal de la Roumanie.

⁴² Article 136 du Code Pénal de la Roumanie.

régime juridique (1) ainsi que les mesures (2). susceptibles d'être prononcées à l'encontre du mineur pénalement responsable sont différents de ceux des majeurs ou encore des personnes morales.

1. Le régime juridique de la responsabilité pénale des mineurs

La responsabilité pénale des mineurs a une double caractéristique : elle est non seulement fondée sur le discernement du mineur mais elle est aussi graduée en fonction de l'âge de celui-ci. Si les droits positifs de la France et de la Roumanie fondent la responsabilité pénale du mineur sur des critères comme l'âge et le discernement, force est de constater que ces deux critères ne s'appliquent pas de la même manière dans les deux législations.

En effet, l'article 122-8 du code pénal français prescrit que "les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables de crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables (...)". Cette disposition vient consacrer l'arrêt Laboube rendu le 13 décembre 1956 par la chambre criminelle. En l'espèce, un enfant âgé de six ans avait blessé un de ses camarades. Le tribunal de Strasbourg jugea l'enfant coupable de "blessures par imprudence" avant de prononcer à son encontre la plus clémente des mesures éducatives : la remise à parents. La Cour d'appel de Colmar même si elle réforma les motifs, maintient ce dispositif. La chambre criminelle cassa cet arrêt au motif que pour prononcer une mesure d'éducation, le mineur, à qui les faits sont reprochés, doit avoir "compris et voulu son acte". De toute évidence, selon la Cour, toute infraction suppose que son auteur, qui plus est s'il est mineur, ait agi avec "intelligence et volonté".

Dans le droit roumain et conformément aux dispositions de l'article 113 alinéa 1 du code pénal, seuls les mineurs ayant au moins 14 ans et qui agissent avec discernement peuvent voir leur responsabilité pénale engagée. Ainsi, seul le mineur discernant engage sa responsabilité pénale aussi bien en France qu'en Roumanie néanmoins, il faut qu'il soit âgé d'au moins 14 ans au moment de la commission de l'infraction en Roumanie et 10 ans en France. La question se pose de savoir si tous les mineurs discernant peuvent voir leur responsabilité engagée de la même manière ?

L'article 122-8 du code pénal français apporte des réponses sans équivoque à cette interrogation en prescrivant que les mineurs capables de discernement âgés de treize à dix-huit ans peuvent subir des sanctions

pénales. Ainsi, une distinction fondamentale est faite entre les mineurs âgés de moins de 13 ans et ceux âgés de 13 à 18 ans. Dans la première catégorie, on distingue les mineurs âgés de moins de 10 ans et ceux ayant entre 10 et 13 ans. Les premiers sont exclus du champ d'application du droit pénal ; ils ne peuvent donc pas être jugés parce que considérés comme incapables pénalement. En Roumanie, aux termes des dispositions de l'article 111 du code pénal, l'âge de la capacité pénale est de 14 ans. Les seconds pourront voir leur responsabilité engagée s'ils ont agi avec discernement ou "intelligence et volonté". Il en est ainsi aussi des mineurs ayant entre 13 et 18 ans⁴³ à la différence que les mesures à prononcer à leur encontre seront différentes. De plus, les mineurs âgés de 16 à 18 ans ayant commis un crime sont justiciables devant la Cour d'assises des mineurs⁴⁴.

2. Les mesures applicables aux mineurs délinquants

Aussi bien en droit français qu'en droit roumain, il est prévu deux grandes mesures qui pourraient être appliquées selon le cas aux mineurs. Il s'agit des mesures privatives de liberté et celles non privatives de liberté. Contrairement à la France, la Roumanie n'a pas fait une répartition des mesures en fonction de l'âge du mineur délinquant. Ainsi, aux termes des dispositions de l'article 111 alinéas 2 du code pénal roumain, les mesures non privatives de liberté suivantes peuvent être appliquées aux mineurs âgés de 14 à 18 ans : stage de formation civique, surveillance, assistance de l'agent de probation etc. Les mesures privatives de liberté dans les centres éducatifs ou de détention sont prévues par l'article 115 du même code.

Aux termes des dispositions de l'article 122-8 du code pénal français, des mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation peuvent être prononcées par le tribunal pour enfants à l'encontre des mineurs âgés de 10 à 18 ans. Il s'agit de véritables mesures éducatives dont le détail est donné par l'article 15 de l'ordonnance de 1945. C'est ainsi

⁴³ Quant aux sanctions pénales encourues par les délinquants mineurs âgés d'au moins treize ans, elles ne sont pas énoncées par le code pénal, mais par l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, car le droit pénal des mineurs est un droit autonome.

⁴⁴ Il est important de souligner que c'est l'âge qu'a le mineur au moment où il a commis les faits qui est pris en compte et non l'âge qu'il a au moment où il est jugé.

qu'en Roumanie, un mineur a fait l'objet de mesure éducative alors qu'il a été jugé pour avoir volé un portable au cours d'une fête en état d'ébriété⁴⁵.

Par ailleurs, il peut s'agir d'une mesure rééducatrice qui suppose des efforts de la part du mineur en vue de le réinsérer dans la société en lui apprenant un métier. A cet effet, on le place dans un établissement public ou privé d'éducation ou de formation professionnelle habilité.

De plus, il peut être prononcé à l'encontre du mineur de cette tranche d'âge des mesures qui restreignent dans une certaine mesure sa liberté. A cet égard, le mineur peut être placé dans un établissement médical ou médico-pédagogique habilité. Le mineur peut être aussi placé dans un internat approprié aux mineurs délinquants d'âge scolaire et ceux de plus de 13 ans peuvent être placés dans une institution publique d'éducation corrective.

Le deuxième type de mesures applicables aux mineurs âgés de 10 à 18 ans est visé à l'article 15-1 de l'ordonnance précitée. Il s'agit des sanctions éducatives introduites par la loi du 9 septembre 2002. Elles se situent entre les sanctions pénales et les mesures éducatives : elles empruntent la sévérité des premières et l'objet des secondes. On peut citer parmi ces sanctions la confiscation d'un objet appartenant au mineur et ayant servi à la commission de l'infraction, l'interdiction de paraître dans certains lieux, de fréquenter certaines personnes. L'obligation de suivre un stage de formation civique pour rappeler au mineur les obligations résultant de la loi. Toutefois, ces sanctions ne peuvent être prononcées seulement lorsque les circonstances et la personnalité du mineur l'exigent.

En plus de ces mesures applicables à tous les mineurs délinquants âgés d'au moins 10 ans, il existe d'autres mesures et sanctions qui ne peuvent être infligées qu'au mineur dont l'âge est compris entre 13 et 18 ans. Il faut alors distinguer les mesures pouvant être prises à l'encontre des mineurs âgés de 13 à 16 ans d'une part et celles pouvant être appliquées aux mineurs ayant entre 16 et 18 ans.

Les mineurs âgés de 13 à 16 ans : le principe est l'application de mesures ou de sanctions éducatives. Toutefois, les juges peuvent prononcer une peine à leur encontre lorsque les circonstances et surtout la personnalité de l'auteur l'exigent. Il s'agit souvent d'un mineur qui se soustrait systématiquement aux mesures ou sanctions éducatives ou qui est

⁴⁵ Dossier n° 4537/260/2012 Moinesti.

multirécidiviste. Il faut remarquer que les mineurs bénéficient d'une atténuation de leur responsabilité par rapport aux majeurs. Ainsi les mineurs âgés de plus de 13 ans ne peuvent voir prononcer à leur encontre une peine privative de liberté supérieure à la moitié de la peine encourue par un majeur. Si la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, les juges ne pourront prononcer une peine supérieure à 20 ans. Concernant les amendes, elles ne peuvent atteindre un montant supérieur à la moitié de l'amende encourue ou excéder 7500 euros. Pour les mineurs de 16 à 18 ans : l'application de l'atténuation de responsabilité en fonction de l'âge est facultative. Ainsi, si la personnalité du mineur semble l'imposer, le juge pourra prononcer la peine encourue par les majeurs. Il doit cependant motiver sa décision. Un mineur n'encourt en aucun cas les peines d'interdiction du territoire, d'interdiction des droits civiques, civils et de la famille, l'interdiction de séjour et toutes les peines prévues à l'article 20-4 de l'ordonnance.

Somme toute, entre rééducation et répression, le droit pénal des mineurs en Roumanie et en France a opté pour l'application de ces deux mesures en fonction de l'âge du mineur et des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise. Le but ici est de dissuader le mineur d'entrer précocement dans une "carrière criminelle". Toutefois, il est nettement apparu que les mesures éducatives restent le principe.

II. Les échecs à l'engagement de la responsabilité pénale

La responsabilité pénale suppose qu'il y ait une faute pénale mais aussi que cette faute soit imputable à l'auteur de l'acte mais tel n'est pas toujours le cas. En effet, la loi exclut toute possibilité de déclaration de culpabilité soit pour des causes extérieures à l'agent ou causes opérant *in rem*, soit pour des raisons tenant à la personne même de l'agent appelées causes opérant *in persona*. Tandis que les causes *in rem* suppriment la responsabilité pénale et par conséquent la peine(A), les causes *in persona* suppriment la peine mais pas la responsabilité (B).

A. Les causes 'in rem' d'exclusion de la responsabilité pénale

Les circonstances ou raisons opérant *in rem* sont en réalité les causes objectives de non-responsabilité légalement dénommées les faits justificatifs (1). Elles ôtent la criminalité de l'acte et opèrent à l'égard aussi bien des

auteurs que des complices⁴⁶. En plus des faits justificatifs, il convient d'ajouter d'autres circonstances particulières qui opèrent aussi *in rem* (2).

1. Les faits justificatifs

Les faits justificatifs comme causes d'exonération de la responsabilité pénale existent aussi bien en droit pénal roumain que français. Les faits justificatifs sont ceux qui prennent en compte les cas dans lesquels une infraction n'entraîne pas de sanction à l'égard de son auteur ainsi que des complices éventuels. L'acte se trouve ainsi légitime nonobstant la psychologie de son auteur dès lors que les conditions légales prévues à cet effet sont remplies. Il serait fastidieux et peu scientifique d'évoquer dans la présente étude les faits justificatifs spéciaux propres à certaines infractions⁴⁷ néanmoins, nous allons examiner chacun des trois faits justificatifs généraux à savoir : l'autorisation de la Loi, la légitime défense et l'état de nécessité.

L'autorisation de la Loi trouve son fondement dans l'article 122-4⁴⁸ du nouveau code pénal français et l'article 21 du code pénal roumain. Dans l'intérêt de la société, il arrive que la loi permette qu'une infraction commise par un individu ne soit pas considérée comme telle. C'est ainsi que le médecin qui révèle aux autorités compétentes l'existence de cas de maladies contagieuses ou encore les abus ou les sévices infligés à un mineur, par exemple, ne sera pas poursuivi pour violation du secret professionnel. C'est également le cas de l'officier de police judiciaire qui place régulièrement un suspect en garde à vue. Il ne peut pas être poursuivi pour séquestration arbitraire. Les deux exemples ci-dessus donnés sont des cas dans lesquels la loi ou le règlement assimilé à la loi ordonne expressément. Il existe des cas

⁴⁶<http://fxrd.blogspot.com/archive/2008/03/24/1-imputabilite-la-culpabilite-et-la-responsabilite.html> consulté le 09 mai 2015.

⁴⁷ Il en est ainsi par exemple en matière de diffamation où la preuve des faits allégués va constituer en principe un fait justificatif excluant la responsabilité du diffamateur ou encore en matière de concurrence et plus précisément en cas de refus de vente, lorsque le commerçant qui refuse la vente d'un bien ou d'un service le justifie par un motif légitime tel que par exemple l'indisponibilité juridique ou matérielle du bien que l'acheteur vient précisément acquérir.

⁴⁸ Cet article dispose que 'N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal'.

où la loi se contente de permettre. Il en est ainsi lorsqu'un individu appréhende un malfaiteur. Dès lors qu'il n'a pas fait preuve de trop de zèle, il ne sera pas poursuivi pour arrestation arbitraire. Tout comme l'autorisation de la Loi, la légitime défense fait partie des faits justificatifs.

La légitime défense est prévue par les droits positifs de la France et de la Roumanie⁴⁹. L'analyse de la lettre et de l'esprit du code pénal français autorise à affirmer qu'il existe deux types de légitime défense : celle des personnes et celle des biens. La première trouve son fondement dans l'article 122-5 du code pénal français qui dispose que "N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte". La seconde⁵⁰ est encadrée par le même article qui exige qu'elle soit nécessaire et proportionnelle.

Le législateur, soucieux du danger que pourrait constituer ce fait justificatif qui accorde une "véritable police privée" a, dans une perspective de recherche d'équilibre, énoncé les conditions dans lesquelles la légitime défense pourrait être mise en œuvre. Elle doit être actuelle, répondre à une agression injuste, nécessaire et mesurée. Actuelle en ce sens qu'aux termes des dispositions de l'article 122-5 du code pénal, l'agression et la riposte doivent avoir lieu dans le même temps. La riposte tardive alors que l'atteinte a cessé ne peut, quant à elle, être reçue favorablement par les tribunaux. A cet effet, les coups de feu tirés par un cafetier sur un groupe de jeunes dans son bar, vingt minutes après l'incident initial a été considéré comme un délai

⁴⁹ Voir article 19 du Code Pénal roumain.

⁵⁰ L'article 328 du Code pénal de 1810 ne prévoyait nullement ce cas particulier de légitime défense.

Toutefois, un arrêt de la chambre des requêtes rendu le 25 mars 1902 avait clairement étendu l'application du fait justificatif aux infractions dirigées contre les biens, solutions maintes fois confirmée par la suite Crim. 21/12/1954 ou encore 28/11/1972. Cette position a été consacrée par le législateur lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Ainsi, l'article 122-5 alinéa 2 dispose : 'n'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction'.

trop long assimilant, ce faisant, l'acte de défense comme un acte de vengeance inspiré par la peur, l'émotion ou la colère.

De même, dans le cas où le danger serait éventuel ou futur, celui qui se prétend menacé ne saurait justifier une infraction commise à titre préventif. Ainsi, par exemple, le fait que des menaces aient été proférées ne justifie pas la commission de violences préventives⁵¹. Seule l'agression imminente, sur le point de se produire, est de nature à légitimer une défense. Toutefois, celui qui a été cambriolé à plusieurs reprises, qui avise la police ainsi que les tiers de l'installation d'un dispositif explosif chez lui afin d'éviter les accidents, devrait dès lors pouvoir bénéficier de la légitime défense en cas de blessure ou de mort d'homme ainsi que le développe le juge dans l'affaire LEGRAS⁵².

Répondre à une agression injuste et être nécessaire en ce sens qu'elle doit consister une réponse inévitable, un ultime recours. Faisant application de ce principe, le juge roumain n'a pas refusé la légitime défense dans une affaire dans laquelle au cours d'une soirée la victime en état d'ébriété frappe l'inculpé parce qu'elle n'a pas supporté le fait qu'il parle à une fille. La riposte de l'inculpé a été cinglante, violente et disproportionnée. Le tribunal a jugé que quand bien même l'inculpé a été frappé par la victime, celle-ci avait en ce moment un trouble du comportement dû à l'alcool⁵³. Elle doit être enfin mesurée et c'est là une exigence de proportionnalité. Répondre à une gifle par un coup de revolver ne constitue pas un cas de légitime défense, faute de proportionnalité entre l'infraction et la riposte. De la même façon, celui qui avait été pris au collet par une personne de sa connaissance lors d'une querelle dans un bar et qui en réponse lui avait explosé une bouteille sur la tête en lui causant une blessure très grave n'a pas pu

⁵¹ Crim. 3/11/2004.

⁵² Arrêt de la Cour d'appel de Reims du 9 novembre 1978 : en l'espèce, lassé de voir son pavillon de week-end régulièrement cambriolé 12 cambriolages en quelques mois, L. Legras y cache en novembre 1976 un vieux transistor bourré d'explosifs. Dans le jardin de cette maison baptisée *Texas*, il dispose des panneaux 'Danger de mort', 'Défense d'entrer'. Mais, le 21 novembre 1976, R. Vermeulen et A. Rousseau, deux bûcherons désœuvrés, entrent de force dans la maison. Ils finissent par découvrir le transistor piégé. L'explosion tue le premier, arrache un œil au second. L'affaire se termine par l'acquiescement de l'accusé, monsieur LEGRAS devant les Assises.

⁵³ Décision n° 552 du 26 mars 2003.

bénéficiaire de la légitime défense⁵⁴. Toutefois, une femme ayant tué son violeur peut bénéficier de la légitime défense. La Cour de cassation a aussi jugé qu'une commerçante ayant utilisé une bombe lacrymogène contre un huissier de justice pouvait bénéficier de l'état de légitime défense. Et ce, dans la mesure où l'huissier était en l'espèce, "entré dans son magasin, accompagné et à son insu, par une porte non accessible au public et opérait des pressions indiscutables sur elle, l'empêchant de sortir des lieux après lui avoir subtilisé ses clés"⁵⁵.

Le troisième fait justificatif est l'état de nécessité qui est admis lorsqu'un danger ne peut être écarté ou qu'un bien ou un droit ne peut être sauvegardé que par l'accomplissement d'un acte pénalement interdit. Il découle d'une consécration jurisprudentielle dans les années 1950⁵⁶ et tire sa source de l'adage qui affirme que "nécessité n'a pas de loi" même si l'article 122-7⁵⁷ du code pénal français et celui 20 du code pénal roumain ont fini par lui donner une certaine base légale dans les deux Etats. Il peut se réaliser soit dans l'intérêt propre de l'agent, c'est le cas par exemple lorsqu'un individu parce que risquant de mourir de faim vole du pain, soit dans l'intérêt d'autrui. Il en est ainsi lorsqu'on fait un excès de vitesse pour conduire une personne grièvement blessée à l'hôpital ou rentrer chez quelqu'un par infraction dans le but d'éteindre l'incendie qui s'est déclenché dans la maison. Trois critères doivent être réunis : existence d'un danger imminent ou actuel⁵⁸, nécessité de commettre une infraction dans un but de sauvegarde

⁵⁴ 1961

⁵⁵ Crim. 20/10/1993

⁵⁶ Arrêt Reminiac, chambre criminelle, 19 fév. 1959 : en l'espèce, le 'sieur éponyme' avait refusé l'entrée à son domicile à un individu ivre qui voulait rendre visite à une domestique dont il avait été autrefois l'amant et qu'il continuait de fréquenter. La personne s'était alors introduite par escalade dans la propriété. Alors qu'il fumait une cigarette derrière un buisson *Reminiac* fit feu sur lui à deux reprises depuis le premier étage de son habitation. La Cour de cassation a conclu à l'absence de dangers graves et imminents dont auraient pu se croire menacés les habitants de la maison et refusa donc la mise en oeuvre de cette présomption.

⁵⁷ Il dispose en effet que 'N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace'.

⁵⁸ Dans un jugement en date du 26 février 1997, les juges du Tribunal correctionnel de Poitiers vont en effet relaxer une mère de famille élevant seule ses deux enfants de santé

et la proportionnalité entre les moyens employés et la gravité de la menace. Il faut noter enfin qu'à la différence de la légitime défense où aucune réparation civile n'est due, avec l'état de nécessité, l'auteur de la réaction pourra voir sa responsabilité engagée pour les dommages subis. Il en est ainsi simplement parce que contrairement à la légitime défense dans laquelle l'agression volontaire entraîne la riposte, dans l'état de nécessité il n'y a pas d'agression.

Il convient de souligner que le droit roumain a prévu en plus de ces faits justificatifs, le consentement de la victime. Il ressort de la lettre et de l'esprit de l'article 22 du code pénal de cet Etat qu'il suffit qu'il n'y ait aucun doute sur le consentement éclairé, manifeste et sans équivoque de la victime de l'infraction pour que la responsabilité de l'auteur de l'infraction ne soit pas engagée. Toutefois, conformément à l'article 22 alinéa 2, le consentement de la victime ne produit pas d'effets lorsque l'infraction est un homicide.

2. Les circonstances particulières

Traditionnellement, la responsabilité pénale peut être mise en échec par les faits justificatifs. Néanmoins, il existe des "raisons pratiques, morales

précaire, disposant de revenus en dessous du minimum vital et qui, pour manger, avait volé de la viande sur le fondement de l'état de nécessité, la prévenue n'ayant d'autre argument pour se défendre que sa détresse matérielle. Contre toute attente, la Cour de Poitiers a infirmé le 11 avril 1997 le jugement considérant que l'infraction de vol se trouvait constituée, jugeant en cela que l'état de nécessité ne pouvait être constaté. Selon la Cour, les difficultés financières de la prévenue étaient insuffisantes pour caractériser ce danger. Cette décision illustre bien que le mobile de l'acte se distingue de l'élément intentionnel. Toute intéressante est l'affaire Menard du 14 mars 1898 dans laquelle une mère de famille avait été relaxée après avoir volé du pain pour nourrir son enfant. Les juges avaient alors fondé leur décision de relaxe sur l'état psychologique de cette femme qui n'avait d'autre choix que de voler pour nourrir son enfant. Toute aussi édifiante est la décision de la chambre criminelle du 19 novembre 2002. Dans cette affaire, il a été jugé que la nécessité d'alerter l'opinion publique sur le risque que présentent les organismes génétiquement modifiés OGM ne pouvait justifier, à en croire les juges, la destruction de plants à des fins d'expérimentation. En revanche, les juges ont admis qu'une personne souffrant de douleurs paraplégiques très intenses était menacé par un danger actuel et qu'il était de notoriété publique que le cannabis cultivé dans son jardin pouvait alléger ce type de souffrances. Le moyen employé ici, à savoir les 400 plants de cannabis cultivés, n'a pas été jugé disproportionné par rapport à la gravité de la menace.

ou politiques⁵⁹, qui neutralisent aussi la responsabilité pénale. Il s'agit globalement des immunités, de la prescription ainsi que de l'amnistie.

Du latin *immunitas* qui signifie exemption, dispense ou remise, l'immunité est une exception prévue par la loi, interdisant la condamnation d'une personne qui se trouve dans une situation bien déterminée⁶⁰. Elle est donc une "une sorte de passe-droit, de faveur qui place telle ou telle personne à l'abri de poursuites pénales quant à tel ou tel type d'infraction"⁶¹. Exceptions ou faveurs, les immunités peuvent être considérées comme des causes d'exemption de la peine car les personnes qui en bénéficient peuvent avoir commis une faute, mais les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'apprécier ce point, car la poursuite doit être abandonnée dès que l'on aperçoit qu'elle viserait une personne bénéficiant de l'immunité⁶². Les immunités peuvent être parlementaires⁶³, diplomatiques et consulaires⁶⁴ ou familiales.

⁵⁹ M. Delmas-Marty, *La responsabilité pénale en échec prescription, amnistie, immunités*, in <http://www.sos-attentats.org/publications/delmas.pdf>, consulté le 13 mai 2015.

⁶⁰ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 306.

⁶¹ J.P. Doucte, *Dictionnaire de droit criminel*, en ligne sur <http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire%20i/lettre%20i%20i.htm>, consulté le 31 Mars 2008.

⁶² G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Droit pénal général*, 19^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 498.

⁶³ L'immunité parlementaire est une disposition du statut des parlementaires député, sénateur et député européen français qui les protège, dans le cadre et pour la durée de leur mandat, contre toute mesure d'intimidation de la part des pouvoirs publics ou de pouvoirs privés afin de garantir leur indépendance. Elle est prévue par l'article 26 de la Constitution française et 69 de la Constitution roumaine qui les exemptent de toute poursuite pour des actions accomplies dans l'exercice de leur mandat irresponsabilité et de toute mesure coercitive pour des activités extra-parlementaires inviolabilité. Dans ce second cas seulement l'Assemblée peut décider de lever cette immunité. In <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Immunit%C3%A9.htm> consulté le 11 mai 2015.

⁶⁴ L'immunité diplomatique est l'ensemble des privilèges dont bénéficient les membres du corps diplomatique et leur famille dans le pays où ils sont en fonction. Elle a pour fondement la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. Il s'agit principalement : de l'exonération fiscale des diplomates, de l'inviolabilité des ambassades, de la liberté des communications valise diplomatique, de l'exemption de poursuite judiciaire.

L'immunité diplomatique est inaliénable, y compris en cas de rupture des relations diplomatiques ou de conflit entre les Etats. Elle peut cependant être levée en cas de crime ou de blanchiment d'argent avec preuves, par exemple, avec l'autorisation du pays dont le diplomate assure la représentation.

L'exemple de l'immunité familiale⁶⁵ qui tire son fondement de l'article 312 et suivant du code pénal français est digne d'intérêt. Elle a pour but de protéger les liens de solidarité familiale sur le plan patrimonial⁶⁶ ou moral⁶⁷ et produit certains effets à l'égard de l'auteur et des autres protagonistes d'une affaire pénale⁶⁸. Elle implique que l'existence de liens familiaux fasse échec à l'application de certaines règles de droit criminel. De toute évidence, le principe de légalité de tous les citoyens devant la loi pénale est sacrifié pour assurer la sauvegarde de l'unité familiale. L'immunité familiale se manifeste sous trois cas généraux : exception à l'obligation de dénoncer les infractions, exception à l'obligation de témoigner sous serment et l'interdiction de poursuites pour atteinte patrimoniale dans le cadre de la famille. Contrairement à l'immunité qui tient compte du statut de l'agent, la prescription est basée sur le délai.

En effet, les poursuites pénales entamées à la suite d'une infraction ne peuvent durer éternellement : telle est la raison d'être de la notion de prescription. Elle est régie non seulement par le code pénal⁶⁹ mais aussi par celui de procédure pénale⁷⁰. Il s'agit d'un délai mathématique dans lequel la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit être définitivement jugée ; à défaut, elle ne peut plus être ni poursuivie, ni jugée sur sa culpabilité pénale. Eteignant ainsi l'action publique, l'écoulement du temps empêche le juge de dire la "vérité judiciaire" au plan pénal : il ne peut pas,

⁶⁵ L'immunité familiale n'est pas prévue par le droit roumain.

⁶⁶ Sur le plan patrimonial, la solidarité familiale s'oppose à ce que l'on punisse pénalement certaines infractions qui ont comme objet direct et principal une atteinte à la propriété. L'immunité a été logiquement écartée pour des infractions qui ne lésaient pas uniquement le patrimoine d'un familier ex : le détournement d'objets saisis, le détournement de gage, l'abus de blanc-seing, l'abus des besoins d'un mineur, l'abus de biens sociaux, le faux en écritures, soustraction des biens d'un failli, incendie volontaire, bris de clôture, bris de scellés.

⁶⁷ Sur le plan moral, la solidarité familiale s'oppose à ce que l'on oblige un individu à dénoncer les infractions commises par ses propres parents. Le code pénal prévoit de retenir le bénéfice de l'immunité familiale aux infractions suivantes : ¾ la non dénonciation de crime art. 434-1 al 2 C. P. sauf les crimes commis sur les mineurs de 15 ans, le recel de criminel art. 434-6 al 2, l'omission de témoigner en faveur des innocents art. 434-11 al 3.

⁶⁸ <http://www.memoireonline.com/02/11/4258/m/De-limmunit%C3%A9-p%C3%A9nale-des-vols-commis-entre-parents-et-alli%C3%A9s-en-droit-rwandais1.html>

⁶⁹ Voir article 154 du code roumain.

⁷⁰ Les articles 21 à 25 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale. Voir aussi les articles 53 et 131 du code pénal roumain.

même si la personne était en aveux, la déclarer coupable, ni lui infliger une peine⁷¹. Il existe deux types de prescription : la prescription de l'action publique et la prescription de la peine. Si la première vise à faire obstacle aux poursuites, du fait de l'écoulement d'un certain délai, la seconde a pour but d'éteindre les peines restées inexécutées, du fait de l'écoulement du temps depuis la décision de condamnation.

Les délais de prescription de l'action publique varient selon le type d'infraction. Ainsi, en matière de crime, l'action publique se prescrit par 10 années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite⁷². En matière de délit, elle est de 3 années révolues⁷³ et en matière contraventionnelle, sa durée est d'une année révolue⁷⁴. S'agissant de la peine, les délais de prescription sont de 20 ans pour un crime⁷⁵ ; 5 ans pour un délit⁷⁶ et 3 ans pour une contravention⁷⁷. Il convient toutefois de noter que certains délais de prescription particuliers, applicables notamment en matière de presse ou de terrorisme, ou en matière d'infractions sexuelles commises contre les mineurs, existent. Le point de départ du délai de prescription est le jour de la commission de l'infraction. Néanmoins, ce principe mérite d'être nuancé. En effet, le point de départ de la prescription est différent, selon qu'il s'agisse d'une infraction instantanée ou d'une infraction continue⁷⁸. L'infraction instantanée⁷⁹ est celle qui se commet en une seule fois tandis que l'infraction continue⁸⁰ est celle qui se répète et continue d'être commise. Dans le cas d'une infraction instantanée, le délai de prescription commence à courir au jour de la commission de l'infraction. Par contre, dans le cas d'une infraction continue, le délai de prescription commence à courir au jour du dernier acte délictueux. En principe la prescription joue pour toutes les sanctions. Il

⁷¹ <http://www.justice-en-ligne.be/article79.html>

⁷² *Article 7 du Code de procédure pénale*

⁷³ *Article 8 du Code de procédure pénale*

⁷⁴ *Article 9 du Code de procédure pénale*

⁷⁵ *Article 133-2 du Code pénal*

⁷⁶ *Article 133-3 du Code pénal*

⁷⁷ *Article 133-4 du Code pénal*

⁷⁸ <http://www.legadroit.com/prescription.html>

⁷⁹ Le vol, par exemple.

⁸⁰ Le recel de choses volées, par exemple.

existe cependant des exceptions énumérées par l'article 53 alinéa 2 du code pénal de la Roumanie : les crimes contre l'humanité ainsi que les crimes de guerre, le génocide, les homicides volontaires sont imprescriptibles.

Du grec ancien *amnestia* qui signifie l'oubli, le pardon, l'amnistie est définie étymologiquement comme le pardon collectif accordé par le souverain⁸¹. Elle se distingue de la grâce⁸². En droit pénal, une amnistie est un acte du pouvoir législatif⁸³ qui arrête les poursuites et annule les condamnations relatives à un crime, un délit ou une contravention de droit commun ou politique, commis pendant une période donnée. Elle en supprime leurs conséquences pénales sans toutefois faire disparaître les faits matériels ni supprimer leurs conséquences civiles⁸⁴.

Il faut ici faire une grande distinction selon que la loi d'amnistie entre en vigueur avant ou après un jugement définitif de condamnation. Si l'amnistie intervient avant la fin du procès, elle met fin au procès pénal; elle éteint

⁸¹<http://www.toupie.org/Dictionnaire/Amnistie.htm>

⁸²Prévue par l'article 17 de la constitution, la grâce entraîne la dispense d'exécution totale ou partielle d'une peine ou la commutation de celle-ci en une peine moins lourde. La grâce est une prérogative personnelle du chef de l'État. Elle ne s'applique qu'à une condamnation définitive et exécutoire, mais n'efface pas cette dernière, qui continue à figurer au casier judiciaire avec la mention de la mesure gracieuse octroyée in <http://www.senat.fr/lc/lc177/lc1770.html>, consulté le 15 mars 2015.

⁸³C'est ainsi que l'article 34 de la Constitution de la France précise que l'amnistie est du domaine législatif. Voir aussi l'article 152 du code pénal roumain.

⁸⁴Les conditions ne sont pas fixées par le code pénal, mais par chaque loi d'amnistie. La Loi n° 95-884 du 3 août 1995 portant amnistie, fixe une date-butoir avant laquelle une infraction doit avoir été commise pour pouvoir être amnistiée. Cette date-butoir est le 18 mai 1995. Il y a tout d'abord les infractions qui sont automatiquement amnistiées. Ex: toutes les contraventions, les délits pour lesquels seule une peine d'amende est prévue. Sont également amnistiés certains délits, qui sont punis par le texte d'incrimination d'une peine d'emprisonnement de moins de dix ans. Ex: délits prévus par la loi de 1981 sur la liberté de la presse, délits commis à l'occasion d'un conflit du travail, conflits en relation avec le domaine agricole, conflits en relation avec les élections, délits commis à l'occasion d'un conflit de l'enseignement. Sont amnistiés certains délits commis avant le 18 mai 1995, qui ont été punis par un tribunal d'une peine inférieure à un certain montant; ce sont les infractions qui ont été punies par un tribunal d'un emprisonnement n'excédant pas trois mois sans sursis ou avec sursis avec mise à l'épreuve ainsi que les infractions punies d'un emprisonnement n'excédant pas neuf mois avec sursis simple. Ainsi, le Président décida en mai 2006 de prendre une mesure d'amnistie individuelle en faveur d'un ancien champion olympique, condamné en octobre 2005 à 15 mois de prison avec sursis.

l'action publique, sauf lorsque le bénéfice de l'amnistie dépend du montant de la sanction pénale. Dans ce cas, il faut poursuivre le procès. Si l'amnistie intervient après un jugement définitif de condamnation, l'art. 133-9 du Code pénal énonce que l'amnistie entraîne la remise de toutes les peines principales et complémentaires. Si elle intervient après le paiement total ou partiel d'une peine d'amende, la part payée ne peut être restituée⁸⁵.

A. Les causes ‘in persona’ d'exclusion de la peine

Les causes *in persona* ou causes de non imputabilité sont des raisons subjectives d'irresponsabilité pénale, en ce sens qu'elles agissent non pas *in rem* mais *in persona*. Elles font obstacle à la condamnation de l'agent dont la volonté n'est pas libre ou éclairée. Le code pénal prévoit trois causes *in persona* d'exclusion de la peine. Il s'agit des troubles psychiques ou neuropsychiques(1) et d'autres causes (2) non moins importantes à savoir la contrainte et l'erreur de droit.

1. Les troubles psychiques ou neuropsychiques

Egalement désigné sous les vocables de trouble psychiatrique ou trouble mental, le trouble psychique désigne “un ensemble d'affections et troubles d'origines très différentes entraînant des gênes dans la vie quotidienne d'un individu, des souffrances et des troubles comportementaux légers, moyens à sévères selon la maladie”⁸⁶. Ces troubles peuvent être chroniques ou permanents. Les caractérisations du trouble varient selon les individus et l'âge. La dépression, les addictions et les troubles liés à la consommation de drogues ou d'alcool, l'anxiété et les phobies, les troubles de comportement alimentaires, les troubles schizophréniques, bipolaires ou borderlines sont des exemples de troubles psychiques. Les troubles neuropsychiques, quant à eux, se définissent comme l'ensemble des troubles provoqués par une lésion cérébrale⁸⁷. Ils incluent les troubles de la personnalité⁸⁸, la perturbation des

⁸⁵http://fr.jurispedia.org/index.php/Amnistie_%28fr%29, consulté le 15 mars 2015.

⁸⁶ ‘Dossier de presse santé mentale troubles psychiques 2014’ [archive] [PDF], sur www.santementale2014.org consulté le 10 mai 2015.

⁸⁷<http://sante-medecine.commentcamarche.net/faq/47731-troubles-neuropsychiques-definition> consulté le 10 mai 2015.

⁸⁸ Irritation, angoisse, colère.

émotions⁸⁹ et l'altération des fonctions cognitives⁹⁰. Psychiques ou neuropsychiques, ces troubles peuvent mettre l'individu dans le déni. C'est pourquoi, ils sont considérés par le droit pénal comme des causes d'exclusion de la peine.

En effet, aux termes des dispositions de l'article 122-1 du code pénal français "N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime". Il faut alors distinguer les troubles altérant le discernement de ceux qui l'abolissent. Tandis que les premiers sont une cause d'atténuation de la peine, les seconds permettent à l'agent d'échapper à toute responsabilité pénale. Parmi les causes altérant le discernement figure la complexion⁹¹. Dans une affaire récemment jugée en France, il a été retenu l'altération du discernement d'une aide-soignante de

⁸⁹ Sauts d'humeur soudains et sans raison valable.

⁹⁰ Troubles du langage, perte de mémoire, difficultés à se concentrer ou à se situer dans le temps et dans l'espace.

⁹¹ Crim., 25 septembre 1995 : "aux motifs que sur le plan psychologique, Jérôme X. n'était pas atteint au moment des faits, de troubles psychiques, ou neuropsychiques, de nature à abolir son discernement ou le contrôle de ces actes; que sa complexion physique était de nature à altérer son discernement et à entraver le contrôle de ses actes; "alors que toute contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs; que pour renvoyer Jérôme X. des chefs de viols et d'attentats à la pudeur sur la personne d'un mineur de 15 ans, devant la cour d'assises pour mineurs, la chambre d'accusation a constaté tout à la fois que le mis en examen n'était pas atteint de troubles psychiques ou neuropsychiques de nature à abolir son discernement ou le contrôle de ses actes et que sa complexion physique était de nature à altérer son discernement et à entraver le contrôle de ses actes; qu'en statuant ainsi, la chambre d'accusation a violé l'article 593 du Code de procédure pénale"; Attendu que, pour renvoyer Jérôme X. devant la cour d'assises sous l'accusation de viols et d'attentats à la pudeur, les juges énoncent que l'intéressé aurait commis, par l'effet de la contrainte, des actes de pénétration sexuelle et des actes impudiques sur la personne de Gérard Y.; qu'ils ajoutent que Jérôme X. était atteint, au moment des faits, non de troubles psychiques ou neuropsychiques de nature à abolir son discernement sur le contrôle de ses actes, mais seulement d'une complexion psychique "de nature à altérer son discernement et à entraver le contrôle de ses actes"; Attendu qu'en cet état la juridiction d'instruction du second degré a, sans se contredire, justifié sa décision; Que dès lors, le moyen ne saurait être accueilli; rejette le pourvoi.

51 ans pesant 160 kilos jugée pour avoir étranglé huit de ses enfants à la naissance. Contrairement aux réquisitions de l'Avocat Général qui proposait une peine de 18 ans, Dominique Cottrez a été condamnée à neuf ans de prison⁹². Ce verdict s'est basé sur des *expertises psychiatriques ainsi que sur les difficultés dont souffre l'accusée*⁹³.

En revanche, la schizophrénie constitue un trouble mental qui abolit toute forme de discernement de sorte qu'elle fait obstacle à ce que la responsabilité pénale de l'auteur soit recherchée dans son principe⁹⁴. C'est ainsi qu'un jeune homme âgé de 16 ans au moment des faits, avait été jugé en première instance en novembre 2012 "irresponsable pour un trouble mental ayant aboli le discernement au moment des actes". Il avait alors tué par balles ses parents et ses frères jumeaux⁹⁵.

⁹² Cela signifie que D. Cottrez n'était pas pleinement maître de ses actes lorsqu'elle a tué. Les experts psychiatres l'ont dit. Ils ont retracé sa vie d'enfant non désirée, gavée de nourriture par sa mère, rejetée à l'école, murée dans le silence, traumatisée par un premier accouchement cauchemardesque, négligée par son mari. Ils ont rappelé «*la détresse et la solitude*» dont souffrait cette aide-soignante de 51 ans, dévouée aux personnes âgées qu'elle assistait, à son mari, à ses filles, «*faisant tout pour tout le monde, tout le temps*».

⁹³ http://www.liberation.fr/societe/2015/07/02/dominique-cottrez-condamnee-a-neuf-ans-de-prison_1341835

⁹⁴ *Crim.*, 18 février 1998 : 'aux motifs que la Cour estime que l'information est complète; qu'il convient, au vu des conclusions concordantes des divers experts, de confirmer l'ordonnance de non-lieu rendue en application de l'article 122-1, alinéa 1er, du Code pénal; " 1° alors que, d'une part, la cassation de l'arrêt avant dire droit entraînera par voie de conséquence l'annulation de l'arrêt subséquent déclarant pénalement irresponsable la personne mise en examen; 2° alors que, d'autre part, en se bornant à confirmer l'ordonnance de non-lieu au seul vu des "conclusions concordantes des divers experts", qui n'ont fait l'objet d'aucune analyse, la chambre d'accusation a privé son arrêt des conditions essentielles à son existence légale "; Attendu que, pour confirmer l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, la chambre d'accusation, après avoir exposé les faits et analysé les conclusions concordantes des quatre expertises psychiatriques et médicopsychologiques, d'où il résulte que l'inculpé, atteint d'une psychose dissociative de type schizophrénique, a commis " à son insu " les actes qui lui sont reprochés, énonce que Jean-Luc Guillois n'est pas pénalement responsable; Attendu qu'en l'état de ces motifs la chambre d'accusation a justifié sa décision; D'où il suit que le moyen, qui ne contient aucun des griefs que l'article 575 du Code de procédure pénale autorise la partie civile à proposer à l'appui de son seul pourvoi, en l'absence de recours du ministère public, n'est pas recevable; Et attendu que les arrêts sont réguliers en la forme; Rejette les pourvois.

⁹⁵ http://article.wn.com/view/2013/12/05/Debut_du_proces_dAndy_rejuge_a_huis_clos_pour_le_meurtre_de__7

Il faut souligner que contrairement au droit français, le droit pénal roumain n'opère pas la distinction entre les troubles altérant et ceux abolissant le discernement.

Pour être cause d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité pénale, l'existence du trouble mental doit être appréciée au jour de la commission des faits reprochés⁹⁶.

2. Les autres causes

Il s'agit de la contrainte et de l'erreur. La contrainte comme cause *in persona* d'exclusion de la peine tire son fondement de l'article 122-2 du code pénal qui dispose que "N'est pas pénalement responsable la personne qui agit sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu

⁹⁶ *Crim., 10 juin 1985*; "au motif que, dans un rapport du 25 janvier 1982, les experts médicaux avaient conclu que le demandeur n'était plus en état de démence; "alors que l'état de démence visé à l'article 64 du code pénal suspend nécessairement, pendant sa durée, toute poursuite à l'encontre du prévenu; que les conditions de régularité et d'existence des actes de procédure doivent être appréciées au jour de leur intervention; qu'en l'espèce Columeau avait été déclaré en état de démence à la suite d'un rapport des experts médicaux du 9 août 1978, la cessation de cet état ayant quant à elle été constatée par un rapport du 25 janvier 1982; que l'ordonnance de renvoi de Columeau devant le tribunal correctionnel était intervenue le 6 novembre 1979, c'est-à-dire à une époque où il était toujours déclaré dément; que cet acte ne pouvait donc produire un quelconque effet à l'encontre du demandeur, pas plus que la citation ultérieure devant le tribunal correctionnel, la déclaration de cessation de démence du prévenu étant postérieure de plus de deux ans à ces actes; qu'ainsi la procédure de renvoi devant le tribunal correctionnel devait être annulée, ce qui entraîne la cassation de l'arrêt attaqué; " attendu que, pour rejeter les conclusions dont elle était saisie, reprises au moyen et tirées de l'état de démence dans lequel le prévenu se serait trouvé pendant une période au cours de laquelle auraient été accomplis des actes d'information à son encontre, la cour d'appel, après s'être référée aux conclusions d'une expertise mentale ordonnée avant dire-droit par les premiers juges, énonce que Columeau n'était pas atteint de troubles mentaux à la date des délits qui lui sont reprochés et que, n'en souffrant plus, "il a pu et peut valablement se défendre devant le tribunal et la cour d'appel"; attendu qu'en prononçant ainsi, abstraction faite d'un motif surabondant sinon erroné, les juges ont donné une base légale à leur décision, sans encourir les griefs allégués par le demandeur; qu'en effet, il n'importe que l'ordonnance de renvoi soit rendue et la citation à comparaître délivrée à une époque à laquelle le prévenu se trouve en état de démence, des lors qu'il est établi que cet état est apparu postérieurement aux faits poursuivis - en excluant ainsi l'application de l'article 64 du code pénal - et qu'il a cessé à la date de l'examen de l'affaire au fond par la juridiction de jugement; que tel est le cas en l'espèce et que le moyen doit être écarté; " Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme; rejette le pourvoi.

résister". Après avoir présenté les différentes formes de contrainte qui peuvent être envisagées, il conviendra de préciser les conditions auxquelles la mise en œuvre de cette cause de non imputabilité est soumise.

Il existe deux grands types de contrainte : la contrainte physique⁹⁷ et celle morale⁹⁸. La première découle d'une force physique exercée sur l'agent qui peut être externe ou interne. Elle doit être imprévisible et irrésistible⁹⁹

⁹⁷ Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt de sa Chambre criminelle en date du 15 novembre 2005 pourvoi n° 04-87. 813, a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes qui avait retenu que !le prévenu, qui a agi sous l'empire d'une contrainte à laquelle il n'a pu résister, n'est pas pénalement responsable des infractions reprochées'.

⁹⁸ La Cour d'appel de Dijon a ainsi pu reconnaître la contrainte morale dans un arrêt du 19 décembre. En l'espèce, les grands-parents maternels ayant la garde de leur petit-fils avaient refusé de satisfaire au droit de visite et d'hébergement du père. L'enfant présentait en effet de graves problèmes de santé qui nécessitaient des soins. Craignant que le père du garçon, ressortissant algérien, n'emmène l'enfant en Algérie, ils alléguaient le fait que l'enfant ne pourrait bénéficier de soins comparables à ceux prodigués en France et surtout qu'il serait quasiment impossible de faire revenir l'enfant chez eux. La Cour d'appel les a ainsi relaxés du chef de non-représentation d'enfant en violation d'une décision de justice au motif 'qu'ils ont cédé à une contrainte morale irrésistible résultant de menaces d'enlèvement ou de la crainte d'un mal suffisamment pressant pour leur petit-fils et abolissant leur volonté et leur liberté de choix'.

⁹⁹ *Crim., 9 mai 1967*, Sur le moyen unique de cassation pris de la violation des articles 1382 du code civil, R. 10 du code de la route, R. 40, paragraphe 4 du code pénal, et 7 de la loi du 20 avril 1810 pour insuffisance de motifs et manque de base légale, "en ce que l'arrêt attaque a écarté la responsabilité de Sigaud dans l'accident litigieux, bien que son véhicule ait heurté l'arrière de celui de Chalmin qui le précédait; aux motifs qu'aucune faute n'était établie à son encontre car il n'était pas justifié qu'il ait eu la possibilité de l'arrêter à temps; alors qu'il résulte des constatations de l'arrêt incriminé que Sigaud suivait le véhicule de Chalmin, qu'il devait dès lors conserver la distance de sécurité qu'impose à tout conducteur prudent l'éventualité d'un incident de route toujours à prévoir distance de sécurité permettant d'arrêter en temps voulu et que la cour ayant constaté que Chalmin circulait à vitesse excessive, Sigaud roulait nécessairement à la même vitesse; alors qu'en tout état de cause la cour ne pouvait exonérer Sigaud de toute responsabilité sans constater que la première collision intervenue entre le véhicule de Chalmin et celui de Faure circulant en sens inverse avait eu pour Sigaud le caractère d'un cas de force majeure"; vu lesdits articles; attendu que tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier sa décision; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence; attendu que, pour infirmer la décision du premier juge, décharger Sigaud de toute responsabilité et débouter Chalmin de sa constitution de partie civile, l'arrêt attaqué énonce "qu'aucune faute n'est établie à l'encontre de Sigaud, car il n'est pas justifié que celui-ci qui s'est trouvé brusquement, dans un virage sans visibilité devant l'obstacle inattendu constitué par les deux voitures accidentées de Faure et de Chalmin, ait eu la possibilité de s'arrêter à temps"; mais attendu que l'article R. 10 du code de la route impose

pour être source d'irresponsabilité. La contrainte morale, quant à elle, résulte de pressions exercées sur la volonté de l'agent¹⁰⁰. Les pressions exercées doivent toute fois être suffisamment intenses pour constituer juridiquement une contrainte morale. A défaut, en effet, l'abolition de la volonté ne saurait valablement être invoquée¹⁰¹. La contrainte ne peut valablement être

à tout conducteur de rester maître de sa vitesse, de régler celle-ci en fonction des difficultés de la circulation et des obstacles prévisibles, et de la réduire notamment lorsque les conditions de visibilité sont insuffisantes et dans les virages; qu'en l'état de ces seuls motifs, desquels il ne résulte pas que Sigaud s'est trouvé en présence d'un obstacle ayant un caractère imprévisible et inévitable, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision; d'où il suit que le moyen doit être accueilli; par ces motifs : casse et annule l'arrêt de la cour

d'appel d'Aix-en-provence en date du 1er juillet 1966 dans ses dispositions concernant les intérêts civils.

¹⁰⁰ G. Stefani, G. Levasseu, B. Bouloc, *op. cit.*, p. 498.

¹⁰¹ *Crim.*, 23 janvier 1997 'Attendu que, selon l'arrêt attaqué, entre le mois de juin 1942 et le mois d'août 1944, 1560 personnes, dont de nombreux enfants, d'origine juive, réparties en 11 convois, ont, le plus souvent après un regroupement au camp de Mérignac-Beaudésert, été acheminées de Bordeaux à Drancy avant d'être déportées au camp d'Auschwitz où la plupart d'entre elles ont péri, soit qu'elles y aient subi des traitements inhumains, soit qu'elles y aient été exterminées; que certains de ces convois ont été précédés d'arrestations massives, effectuées dans la population juive; Attendu que, pour écarter l'argumentation de Maurice Papon, les juges précisent qu'il ne saurait invoquer les instructions données le 8 janvier 1942 par les autorités françaises à Londres demandant aux fonctionnaires demeurés en France de rester à leur poste mais d'entraver autant que possible les ordres des occupants dans la mesure où ces directives n'avaient qu'un caractère purement incitatif et ne pouvaient justifier des opérations tendant à la déportation de personnes; qu'ils énoncent que Maurice Papon ne saurait davantage invoquer la cause d'irresponsabilité tirée de la contrainte, les pressions alléguées des autorités allemandes n'ayant pas été d'une intensité de nature à abolir son libre arbitre et aucune menace de représailles contre les fonctionnaires français n'ayant jamais été exécutée; qu'ils ajoutent que l'intéressé ne saurait davantage se prévaloir ni de l'ordre de la loi ou du commandement de son supérieur hiérarchique, l'illégalité d'un ordre portant sur la commission de crimes contre l'humanité étant toujours manifeste, ni de la responsabilité propre de ses subordonnés; qu'ils estiment, enfin, que la qualité de membre de la Résistance, invoquée par Maurice Papon, ne permet pas d'exclure qu'il ait apporté, librement et avec connaissance, un concours personnel aux actes criminels perpétrés par les nazis à l'encontre des Juifs; Attendu qu'en l'état de ces motifs, qui caractérisent, sans insuffisance ni contradiction, des actes de complicité, au sens des articles 60 ancien et 121-7 nouveau du Code pénal, qui auraient été commis pour préparer ou consommer des arrestations et des séquestrations arbitraires, ainsi que des assassinats ou tentatives d'assassinats, crimes de droit commun constitutifs de crimes contre l'humanité dont l'existence n'est pas contestée, l'arrêt attaqué n'encourt pas les griefs allégués; Qu'en effet les chambres d'accusation apprécient souverainement si les faits, retenus à la charge des personnes mises en examen, sont

invoquée si l'événement qui la crée résulte d'une faute antérieure de l'agent¹⁰².

L'erreur de droit est une cause d'irresponsabilité pénale prévue à l'article 122-3 du code pénal qui dispose que : "n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte". L'erreur ne peut valablement être invoquée que par la personne

constitutifs d'une infraction en tous ses éléments légaux, tant matériels qu'intentionnel, et la Cour de Cassation n'a que le pouvoir de vérifier, à supposer ces faits établis, si leur qualification justifie la saisine de la juridiction de jugement; Que tel est le cas en l'espèce et que, dès lors, les moyens, notamment en ce qu'ils invoquent le dernier alinéa de l'article 6 du statut du tribunal militaire international, lequel n'exige pas que le complice de crimes contre l'humanité ait adhéré à la politique d'hégémonie idéologique des auteurs principaux, ni qu'il ait appartenu à une des organisations déclarées criminelles par le tribunal de Nuremberg, ne peuvent qu'être écartés; Et attendu que la chambre d'accusation était compétente, qu'il en est de même de la cour d'assises devant laquelle le demandeur est renvoyé; que la procédure est régulière et que les faits, objet de l'accusation, sont qualifiés de crime par la loi; REJETTE le pourvoi.

¹⁰² *Crim., 13 septembre 2000* : Attendu que, pour d'un mal suffisamment pressant pour leur petit-fils et abolissant leur volonté et leur liberté de choix'.

¹⁰² *Crim., 13 septembre 2000*, condamner le prévenu pour contravention à la réglementation relative aux activités de surveillance à distance, la cour d'appel se prononce par les motifs reproduits au moyen; Attendu qu'en cet état, les juges ont justifié leur décision, dès lors qu'en vertu des articles 1er et 5 du décret du 26 novembre 1991, les entreprises de surveillance à distance doivent, pour appeler les services de police ou de gendarmerie, utiliser un numéro téléphonique réservé mis à leur disposition par ces services et qu'il leur est interdit, sous peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5ème classe, d'utiliser toute autre procédure; Qu'il résulte de ce texte que, tant que l'entreprise de surveillance à distance n'a pas obtenu, amiablement ou à la suite d'un recours contentieux, de numéro réservé, dans une circonscription, pour lui permettre d'appeler les services de police ou de gendarmerie qui y sont implantés, elle ne peut avoir téléphoniquement recours à ces services pour faire vérifier la réalité du danger signalé par le déclenchement d'une alarme dans des bâtiments placés sous sa surveillance ;

Qu'ainsi, le prévenu ne saurait prétendre avoir agi sous l'empire d'une force majeure et sans intention d'enfreindre la réglementation en vigueur, dès lors qu'il lui appartenait, pour ne pas commettre les infractions qui lui sont reprochées, soit de refuser d'assurer la télésurveillance de biens dans un département où il ne possédait pas de numéro réservé, soit de mettre en place tout autre système de son choix pour remplir légalement ses obligations contractuelles; D'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli; Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ; rejette le pourvoi.

poursuivie¹⁰³. L'exemple classique de l'erreur de droit est celui pris de la délivrance, par l'autorité compétente, d'une autorisation administrative comportant des indications erronées¹⁰⁴.

¹⁰³*Crim., 15 novembre 1995* Sur le moyen unique de cassation proposé et pris de la violation de l'article 122-3 du Code pénal entré en vigueur le 15 mars 1994 : Vu ledit article, ensemble les articles 591 et 593 du Code de procédure pénale; Attendu qu'il résulte de l'article 122-3 du Code pénal que seule la personne poursuivie est fondée à invoquer une erreur sur le droit au sens de ce texte; Attendu, en outre, que tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier la décision; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence; Attendu que, pour relaxer les prévenus et débouter la partie civile de sa demande, la juridiction du second degré retient " qu'il est constant que le transformateur litigieux a été édifié conformément à un permis de construire délivré le 13 mars 1986; que cette autorisation, émanant d'une administration compétente, était réputée révélatrice d'une conformité de la construction envisagée aux règles d'urbanisme et notamment aux dispositions du plan d'occupation des sols; qu'elle a généré, chez les personnes responsables de cette construction, la croyance en une possibilité d'accomplir légitimement l'acte incriminé, par une erreur de droit qu'elles n'étaient pas, au sens de l'article 122-3 du Code pénal, en mesure d'éviter "; Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que les prévenus ne s'étaient pas eux-mêmes prévalus des dispositions de l'article 122-3 et que, par ailleurs, les juges ont relevé que l'arrêté préfectoral du 17 octobre 1985, dont l'objet était de modifier le plan d'occupation des sols pour rendre la construction licite, avait été annulé le 3 juillet 1986 par le tribunal administratif avant la reprise des travaux, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des principes sus énoncés; D'où il suit que la cassation est encourue; Par ces motifs : casse et annule, mais seulement en ses dispositions civiles, l'arrêt de la cour d'appel de Versailles, du 6 octobre 1994, toutes autres dispositions étant expressément maintenues; Et pour qu'il soit jugé à nouveau conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée : renvoie la cause et les parties devant la cour d'appel de Rouen.

¹⁰⁴*Crim., 24 novembre 1998*, Sur le moyen unique de cassation pris de la violation de l'article 122-3 du Code pénal; Attendu que, pour faire bénéficier des dispositions visées au moyen Loïc Le Breton, gérant d'une entreprise de déménagements, poursuivi pour avoir, en violation de l'article L. 212-7 du Code du travail, toléré, à douze reprises en un mois, une prolongation excessive de la durée de travail effectif de ses salariés, le jugement attaqué relève que l'intéressé n'a fait qu'appliquer les clauses d'un accord professionnel élaboré sous l'égide d'un médiateur désigné par le Gouvernement et faisant référence au Code du travail; qu'il en déduit que le prévenu soutient, à bon droit, n'avoir pu penser que les stipulations de cet accord étaient moins favorables pour les travailleurs que les prescriptions légales; Attendu qu'en prononçant ainsi, le tribunal, qui a pu admettre que l'erreur invoquée résultait, en l'espèce, d'une information erronée fournie par l'Administration, représentée aux négociations préalables à la signature de l'accord illicite, n'a pas encouru le grief allégué; D'où il suit que le moyen doit être écarté; Et attendu que le jugement est régulier en la forme; rejette le pourvoi; ainsi juge et prononce par la cour de cassation, chambre criminelle, en son audience publique, les jour, mois et an que dessus.

En revanche, ne peut constituer une erreur au sens du droit pénal, l'information fautive donnée par un professionnel du droit¹⁰⁵.

Conclusion

Les notions de "capacité" et de responsabilité" prennent tout leur sens en droit pénal. Basé en grande partie sur la répression des infractions, le droit pénal ne peut s'appliquer qu'aux agents capables. En d'autres termes, nul ne peut être jugé en matière pénale, s'il n'est capable et si sa responsabilité pénale n'est engagée par la commission d'une infraction à lui imputable. Difficile alors de confondre, comme certains auteurs, la capacité pénale à la responsabilité pénale.

En droits positifs français et roumain, il existe des constances en matière de régime juridique applicable à la responsabilité pénale des personnes juridiques telles que les personnes physiques et les personnes morales. La situation des mineurs à qui est reconnue une sorte de responsabilité spéciale ou limitée doit être nuancée aussi bien en ce qui concerne l'âge de la capacité pénale qui est différente dans les deux

¹⁰⁵ *Crim.*, 7 janvier 2004 Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles 122-3 et 227-3 du Code pénal, L. 621-43 et L. 621-46 du Code de commerce, 593 du Code de procédure pénale; "en ce que l'arrêt attaqué a déclaré Philippe X. coupable d'abandon de famille et l'a condamné à 4 mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve pendant 18 mois et à des réparations civiles; "aux motifs que le prévenu ne saurait davantage se retrancher derrière l'avis du représentant des créanciers qui n'est pas constitutif de l'erreur de droit qui peut exonérer le prévenu de sa responsabilité pénale; "alors que la lettre de Me A. du 19 octobre 2001 indiquant que Fabienne Z., épouse Y., était dépourvue de tout droit à réclamer le paiement des pensions alimentaires du fait de la suspension de poursuites et qu'il fallait s'opposer à ses demandes, a nécessairement provoqué chez Philippe X. une erreur de droit quant à l'exigibilité des pensions alimentaires qu'il ne pouvait éviter; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les textes visés au moyen"; Attendu que, pour rejeter l'argumentation du prévenu qui invoquait une lettre du représentant des créanciers lui enjoignant de cesser de payer la pension alimentaire et lui refuser le bénéfice des dispositions de l'article 122-3 du Code pénal, l'arrêt prononce par les motifs reproduits au moyen; Attendu qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel a justifié sa décision au regard de ce texte, dès lors qu'elle a, par des motifs exempts d'insuffisance et de contradiction, retenu que Philippe X. ne justifiait pas avoir cru, par une erreur sur le droit qu'il n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement refuser de payer la pension alimentaire dont il était débiteur; Qu'en effet, ne saurait constituer une telle erreur, un simple avis donné par un professionnel du droit; D'où il suit que le moyen ne peut qu'être écarté; Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme, rejette le pourvoi.

législations ainsi que les mesures prévues qui ne sont pas hiérarchisées en droit roumain. Par ailleurs, les causes d'exonération de la responsabilité pénale sont pratiquement les mêmes dans les deux législations mais leur régime n'est pas toujours le même en droit français et en droit romain. C'est ainsi qu'au moment où le droit français hésite à reconnaître le consentement de la victime comme un fait justificatif¹⁰⁶, le droit roumain en a fait un fait justificatif sous certaines conditions.

L'examen attentif de la législation, de la jurisprudence ainsi de la doctrine nous amène à considérer la responsabilité pénale comme une conséquence de la capacité pénale. Il en est ainsi simplement parce qu'en principe la responsabilité pénale ne saurait être engagée sans que l'agent ayant commis l'infraction ne soit capable. Dans la même logique, l'agent peut être capable sans que sa responsabilité pénale ne soit engagée. Il est donc clair que même si la capacité pénale demeure un élément important dans la mise en œuvre de la responsabilité pénale, elle n'est pas suffisante dans certaines conditions pour engager la responsabilité. En effet, la responsabilité pénale suppose qu'il y ait une faute pénale mais aussi que

¹⁰⁶ Le consentement de la victime est une hypothèse que le code pénal français n'envisage pas mais que la jurisprudence a souvent eu à examiner. C'est l'hypothèse où une infraction est commise par une personne qui a consenti à l'infraction, voire qui l'a demandée comme par exemple la stérilisation sur demande ou un duel. La question est de savoir si ce consentement justifie l'infraction. La règle est que le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif. Il ne rend pas pénalement irresponsable l'auteur de l'infraction. Cette solution provient de la jurisprudence. Ainsi, la personne participant à un duel reste punissable. Cette solution de principe s'explique aisément. Une infraction est incriminée ou punie pour protéger l'ordre social et si l'infraction est réalisée, l'ordre social a été troublé, bien que la victime ait consenti à l'infraction. La sauvegarde de l'ordre social ne dépend pas du consentement d'une seule personne.

Toutefois, exceptionnellement, le consentement de la victime entraîne l'irresponsabilité de l'auteur de l'infraction dans les hypothèses suivantes :

1. Infraction volontaire commise à l'occasion de la participation à un sport. Ex: la boxe, le rugby. Il faut cependant que les règles du jeu aient été respectées;
2. Infraction volontaire commise par les chirurgiens dans l'exercice de leurs fonctions. Les soins peuvent être qualifiés de coups et blessures volontaires. Même sans le consentement de l'opéré, on considère qu'il ne s'agit que des chirurgiens agissant dans un but curatif. Les chirurgiens esthéticiens sont moins souvent admis à invoquer le consentement de la victime. Cependant, les médecins restent responsables des dommages commis durant l'exercice de leurs fonctions. Depuis la loi dite 'Perben II', il faut cependant une faute d'une certaine gravité.

cette faute soit imputable à l'auteur de l'acte mais tel n'est pas toujours le cas. Tandis que les causes *in rem* suppriment la responsabilité pénale et par conséquent la peine, les causes *in persona* suppriment la peine mais pas la responsabilité.

**DESPRE CUM O INTERPRETARE CORECTĂ A LEGII POATE FI
ABSURDĂ: MEDIEREA PRIVIND LATURA PENALĂ – CAUZĂ *SUI
GENERIS* DE ÎNLĂTURARE A RĂSPUNDERII PENALE (SAU:
INTERPRETAREA ÎN *LITERA LEGII* VS. INTERPRETAREA ÎN
SPIRITUL LEGII)**

**ABOUT HOW A CORRECT LEGAL INTERPRETATION OF THE
LAW MAY BE ABSURD: THE MEDIATION AGREEMENT
REGARDING THE CRIMINAL ASPECT OF THE SOME CASES AS
A *SUI GENERIS* REASON FOR REMOVAL OF CRIMINAL
LIABILITY (OR: LITERAL INTERPRETATION OF THE LAW VS.
INTERPRETING THE LAW IN IT'S SPIRIT)**

MIHAI DUNEA ¹

Rezumat: Prezentul articol urmărește să formuleze, cu titlu de temă de reflecție pentru doctrina juridico-penală, o interogație de ordin general-filosofic, cu incidență - în acest domeniu specific al dreptului - pentru un spectru larg, nedeterminat, de probleme practice, concrete, prezente și viitoare, de interpretare a legii, plecând de la prezentarea unei probleme particulare, determinate, și de la viziunea autorului asupra rezolvării atinse și impuse în respectivul caz. Interogația în cauză poate fi rezumată, în esență, astfel: în caz de conflict între ele, care interpretare a normei juridice ar trebui să prevaleze – aceea realizată *în litera legii*, ori aceea efectuată *în spiritul legii*? Cazul particular din prezentarea căruia s-a extras interogația vizează un aspect legat de procedura medierii, astfel cum se poate realiza aceasta în privința laturii penale a unor cauze. Mai precis, este vorba despre stadiul normativ care a determinat pronunțarea, cu titlu de hotărâre prealabilă (așadar, cu forță juridică obligatorie pentru instanțe) a deciziei nr. 9/2015 a Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, aparținând Înaltei Curți de Casație și Justiție a României. Prin această decizie s-a statuat asupra naturii juridice a acordului de mediere intervenit cu privire la latura penală a unor cauze (s-a determinat că acesta are valoare autonomă, drept cauză *sui-generis* de înlăturare a

¹ Asistent univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: mihai.dunea@uaic.ro

răspunderii penale, fără a constitui doar o modalitate aparte prin care se poate realiza instituția *împăcării* - cauză de înlăturare a răspunderii penale reglementată de Codul penal). În subsidiar, decizia în cauză a tranșat și problema referitoare la posibilitatea ca un asemenea acord de mediere să intervină, în cauzele penale, în faza de judecată, pe întreg parcursul procesului, până la rămânerea definitivă a hotărârii, iar nu doar până la citirea actului de sesizare a instanței (moment dincolo de care nu mai este posibilă incidența instituției *împăcării*).

Cuvinte-cheie: mediere; latură penală; cauze generale de înlăturare a răspunderii penale; momentul procesual până la care acordul de mediere cu privire la latura penală a unor cauze poate interveni pentru a înlătura răspunderea penală; decizia nr. 9/2015 (hotărâre prealabilă) a Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție a României.

Abstract: This article seeks to formulate, as a matter of reflection for the criminal law doctrine, an interrogation that has a general-philosophical incidence - in this specific area of law - for a broad area of practical problems (both present and future ones) encountered in the process of interpreting the law, following the submission of a particular case and the author's vision on the manner in which it was solved. The interrogation may be summed up, essentially, as follows: in case of conflict between them, which method of interpretation of the legal norms should prevail - the one carried out in strict observance to *the letter of the law*, or the one conducted with more regard to *the spirit of the law*? The particular case from which this interrogation was extracted concerns an aspect of the mediation procedure, as this can be carried out in criminal cases, in Romania. More specifically, it consist in a critical description of the legislation that gave rise to the legally binding (for the Courts) decision no. 9/2015 enacted by the Panel of judges with authority to solve issues of interpretation of the law, in criminal matters, from the High Court of Cassation and Justice of Romania. This decision stated on the issue of determining the legal nature of the mediation agreement in criminal cases, as an independent (*sui-generis*) cause of removal of criminal liability, and not just as one particular way for the accomplished of another institution, the reconciliation, regulated in the Criminal Code of Romania as a cause of removing criminal liability. In secondary, the decision stated on the possibility of the mediation agreement to take place, in criminal cases (thus removing the criminal liability) at any stage during the trial in front of the Court, and not only to the point when the indictment is read (the moment when the case is referred to the Court by the prosecutor's office), as it is the case for the institution of reconciliation, according to the new Romanian Criminal Code.

Key words: mediation agreement; the criminal side of some cases; legal general causes for removal of criminal liability; the procedural moment by which the

mediation agreement regarding the criminal side of some cases may intervene in order to remove criminal liability; Decision no. 9/2015 (preliminary ruling) pronounced by the Panel of judges with authority to unravel (solve) questions of law, from the High Court of Cassation and Justice of Romania.

I. Considerații preliminare

La data de 17 aprilie 2015, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală² din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție³ a României a pronunțat, în vederea asigurării unei practici judiciare unitare, decizia nr. 9/2015 (cu titlu de hotărâre prealabilă pentru dezlegarea unei chestiuni de drept în materie penală)⁴, referitoare la natura juridică a medierii desfășurate cu privire la latura penală a cauzei și (în subsidiar⁵), la momentul procesual până la care poate opera aceasta cu efect de înlăturare a răspunderii penale. Prin această hotărâre s-a statuat că medierea (încheierea unui acord de mediere cu privire la latura penală a acelor cauze în care legea permite desfășurarea unei asemenea proceduri) reprezintă o cauză autonomă, *sui-generis*, de înlăturare a răspunderii penale, nefiind doar o modalitate prin care să se realizeze în fapt instituția *împăcării* (cauză de înlăturare a răspunderii penale reglementată de Codul penal⁶), respectiv că medierea poate interveni, în asemenea cauze, pe întreaga durată a procesului penal, până la rămânerea definitivă a hotărârii, nefiind limitată temporal de momentul citirii actului de sesizare a instanței (precum este instituția

² În continuare, vom folosi abrevierea: *Comp. D.C.D. - pen.*

³ În continuare, vom folosi abrevierea: *Î.C.C.J.*

⁴ În continuare, vom folosi abrevierea: *H.P. (pen.) nr. 9/2015.*

⁵ Din punct de vedere formal, precum și logic, rezolvarea acestei probleme apare drept secundară, fiind dependentă de soluția atinsă în privința stabilirii naturii juridice a instituției în cauză. În fapt, însă, apreciem că aceasta a reprezentat principala miză a sesizării instanței supreme în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea problemei de drept indicate. Mai mult ca sigur că, din perspectiva practicii judiciare, determinarea scrupuloasă a naturii juridice a acestei instituții nu prezenta în sine o importanță atât de crescută (precum se pare că nu o prezintă nici multe alte instituții sau dispoziții legale juridico-penale al căror statut științific este, încă, subiect al unor controverse), dacă nu ar fi avut atașată consecința pragmatică deosebit de spinoasă a datei limită până la care se poate admite efectul de înlăturare a răspunderii penale a unui infractor, ca urmare a desfășurării procedurii medierii în privința laturii penale a cauzei.

⁶ În continuare, vom folosi abrevierea: *C. pen.*

împăcării, potrivit reglementării instituite de noul Cod penal⁷). Având natura juridică de hotărâre prealabilă pentru dezlegarea unor probleme de drept (în materie penală), decizia a devenit obligatorie pentru instanțe de la momentul publicării sale în Monitorul Oficial al României⁸ (potrivit dispoziției art. 477 alin. 3 Cod procedură penală⁹).

Pronunțarea acestei decizii a fost ocazionată de o sesizare ridicată de un complet al Curții de Apel București, care, plecând de la o cauză aflată pe rol, în calea ordinară de atac a apelului, a constatat potențialul de problemă controversată al aspectelor de drept deja precizate. După cum reiese și din cuprinsul H.P. (pen.) nr. 9/2015, s-au conturat două puncte de vedere asupra problemei de drept în cauză.

Potrivit unei opinii, încheierea acordului de mediere cu privire la latura penală a unei cauze pentru care legea permite această procedură nu ar fi constituit decât o simplă modalitate faptică (legal reglementată) de realizare a condițiilor de incidență specifice pentru una dintre cauzele de înlăturare a răspunderii penale, reglementate de Codul penal, reprezentate - după caz - de (lipsa /) retragerea plângerii prealabile, respectiv de împăcare. Cu alte cuvinte, odată încheiat acordul de mediere în asemenea cauze, odată realizată „înțelegerea” dintre persoana vătămată și infractor, răspunderea penală a acestuia ar fi fost înlăturată, dar nu pe temeiul (direct) al medierii, ci prin aplicarea regimului (lipsei /) retragerii plângerii prealabile, ori al împăcării, după caz. Prin consecință, în cauzele în care legea prevede

⁷ Această limitare temporală nu era reglementată, în materia *împăcării părților* (denumirea anterioară a instituției în cauză), de fostul Cod penal, care permitea împăcarea (părților) – cu efect de înlăturare a răspunderii penale a infractorului – până la momentul rămânerii definitive a hotărârii instanței, adică în aceeași perioadă în care se putea exercita și retragerea plângerii prealabile (fiecare, desigur, în raport de infracțiunile corespunzătoare, pentru care legea prevedea, după caz, posibilitatea împăcării părților sau solicita formularea unei plângeri prealabile; trebuie totuși reamintit faptul că, potrivit vechii reglementări, majoritatea infracțiunilor pentru care legea solicita formularea unei plângeri prealabile – permițând, ca atare, și retragerea acesteia – constituiau, totodată, infracțiuni în cazul cărora era admisă și instituția împăcării părților). Aceasta reprezintă (doar) una dintre reconsiderările de substanță aduse de noua legislație penală, în materia instituției împăcării, față de reglementarea anterioară.

⁸ Decizia nr. 9/2015 a Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție a României a fost publicată în Monitorul Oficial (Partea I) nr. 406 din 9.06.2015.

⁹ În continuare, vom folosi abrevierea: *C. proc. pen.*

posibilitatea împăcării, procedura medierii în privința laturii penale (cu posibila consecință a înlăturării răspunderii penale a infractorului) ar fi admisă numai până la același moment limită până la care este posibilă și împăcarea propriu-zisă, anume, în reglementarea *de lege lata*, citirea actului de sesizare a instanței (potrivit art. 159 alin. 3 C. pen.).

Potrivit celuilalt punct de vedere – apreciat de către magistrații instanței supreme drept majoritar atât în opinia teoreticienilor (cadre didactice) cât și a practicienilor (magistrați de la instanțele din țară) consultați – încheierea unui acord de mediere cu privire la latura penală reprezintă o cauză de înlăturare a răspunderii penale de sine-stătătoare, care nu este subordonată nici uneia dintre celelalte cauze cu acest efect, la care s-a făcut deja referire în acest context, așadar o cauză *sui-generis*, reglementată de o lege specială, anume Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator¹⁰. Consecvent cu acest punct de vedere, reiese că înlăturarea răspunderii penale a infractorului ca urmare a încheierii unui acord de mediere privind (și) latura penală a cauzei nu se supune termenului limitativ indicat în art. 159 alin. 3 C. pen., ca dată după care nu mai poate opera instituția împăcării, anume: momentul citirii actului de sesizare al instanței. Drept urmare, spre deosebire de înlăturarea răspunderii penale decurgând din împăcare, care se poate dobândi în cursul urmăririi penale oricând, dar în cursul judecății numai până la citirea actului de sesizare, beneficiul înlăturării răspunderii penale consecutiv încheierii unui acord de mediere ar putea să fie câștigat oricând pe parcursul procesului penal, până la data rămânerii definitive a hotărârii instanței.

Această din urmă soluționare a problemei de drept a avut câștig de cauză, fiind consacrată prin decizia (obligatorie pentru instanțe) pre-indicată, a instanței supreme.

II. Opinia transmisă instanței supreme de Colectivul de Științe Penale din cadrul Facultății de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, conținând inclusiv o trecere în revistă a principalelor argumente apte a susține punctele de vedere exprimate cu privire la chestiunea de drept ulterior rezolvată prin H.P. (pen.) nr. 9/2015

¹⁰ În continuare, vom folosi abrevierea: *L. nr. 192/2006*.

Cuprinsul H.P. (pen.) nr. 9/2015 este generos în dezvoltarea și reluarea argumentelor întrebuintate pentru susținerea opiniilor exprimate în cauză (în special cu privire la punctul de vedere care a prevalat), atât de către practicienii, cât și de către teoreticienii consultați. În aplicarea dispozițiilor art. 476 alin. 10 C. proc. pen. (cu trimitere, *mutadis mutandis*, la prevederea din art. 473 alin. 5 C. proc. pen.), pentru documentarea necesară pronunțării deciziei s-au solicitat puncte de vedere unor reputeate instituții de învățământ juridic din țară, inclusiv Colectivului de Științe Penale de la Facultatea de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Deoarece în cuprinsul H.P. (pen.) nr. 9/2015 nu s-au indicat decât concluziile lapidar formulate în încheierea acestui punct de vedere, precum și pentru că documentul respectiv conține deja expusă aprecierea noastră cu privire la problema de drept analizată, apreciem utilă redarea, în continuare, a întregului material transmis instanței supreme, în cuprinsul căruia se realizează inclusiv un inventar al principalelor argumente apte a susține opiniile exprimate cu privire la chestiunea de drept la care facem aici referire.

*

„Opinie (punct de vedere) cu privire la problema de drept ridicată în dosarul nr. 533/1/2015 aflat pe rolul Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală al Înaltei Curți de Casație și Justiție - *Formulat de Colectivul de Științe Penale al Facultății de Drept din cadrul Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași* -

Având în vedere obiectul dosarului nr. 533/1/2015 aflat pe rolul Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală al Înaltei Curți de Casație și Justiție, referitor la pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea problemei de drept penal vizând:

- 1) dacă dispozițiile art. 67 din Legea nr. 192/2006 privind medierea (...) se interpretează în sensul că medierea este o cauză *sui-generis* de înlăturare a răspunderii penale sau este o modalitate a împăcării, cauză de înlăturare a răspunderii penale reglementată de dispozițiile art. 159 Cod penal;
- 2) dacă medierea poate interveni numai până la citirea actului de sesizare potrivit dispozițiilor art. 159 alin. 3 Cod penal sau poate interveni în tot cursul procesului penal.

și dând curs solicitării emise de judecătorul raportor, în temeiul art. 476 alin. 10 raportat la art. 473 alin. 5 C. proc. pen. (solicitarea unui punct de vedere asupra problemei de drept în cauză), cadrele didactice membre ale Colectivul de Științe Penale din cadrul Facultății de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași *apreciază următoarele*:

Problema supusă analizei tinde a reprezenta, într-adevăr, o chestiune aptă de controversă, în special datorită deficiențelor în maniera de exprimare și transmitere, de către legiuitor, a voinței sale, pe fondul coexistenței unor dispoziții legale generale (cuprinse în Codul penal și Codul de procedură penală) și speciale (cuprinse în L. nr. 192/2006, privind medierea - cu modificări ulterioare), toate referitoare la înlăturarea răspunderii penale (și – implicit – împiedicarea punerii în mișcare a acțiunii penale, sau stingerea acesteia, după caz, prin clasare ori încetare a procesului penal, în ipoteza în care a început să fie deja exercitată acțiunea penală), legate de sfera infracțiunilor în cazul cărora fie funcționează instituția plângerii prealabile, fie se recunoaște posibilitatea incidenței instituției împăcării (potrivit art. 67 alin. 2 din L. nr. 192/2006, „În latura penală a procesului, dispozițiile privind medierea se aplică numai în cauzele privind infracțiuni pentru care, potrivit legii, *retragerea plângerii prealabile* [sic!] ¹¹ sau *împăcarea părților* [sic!] ¹²

¹¹ Deși textul legal se referă expres doar la ipoteza infracțiunilor pentru care, potrivit legii, *retragerea plângerii prealabile* înlătură răspunderea penală, apreciem că logica impune interpretarea dispoziției normative în cauză ca acoperind, implicit, și ipotezele în care răspunderea penală este înlăturată ca efect al lipsei plângerii prealabile (împrejurare care poate fi consecutivă tocmai realizării unui acord de mediere), ipoteză, de altfel, expres reglementată de aceeași lege specială a medierii, potrivit art. 69. Cu alte cuvinte, formularea literală din art. 67 alin. 2 L. nr. 192/2006 trebuie interpretată extensiv, fiind mai puțin cuprinzătoare decât voința legiuitorului (logic dedusă) pe care trebuie să o exprime, fiind în realitate vorba despre incidența medierii în cazul infracțiunilor în raport de care funcționează instituția plângerii prealabile, în toate modalitățile sale posibile: înlăturarea răspunderii penale ca efect al lipsei ori retragerii acesteia (cazul infracțiunilor pentru care punerea în mișcare – și exercitarea – acțiunii penale este condiționată de introducerea – și menținerea – unei plângeri prealabile de către persoana vătămată). Se poate observa, astfel, dintru-început, caracterul criticabil, deficitar și neperformant al exprimării legiuitorului în cuprinsul legii speciale privind medierea.

¹² Deși este adevărat că legea specială privind medierea este anterioară actualei reglementări generale în materie penală (care nu mai reglementează instituția „împăcării *părților*”, ci doar pe aceea a „împăcării” – consecință a corelării cu noua legislație generală în materie procesual penală, potrivit căreia persoana vătămată nu se mai poate constitui „parte”

înlătură răspunderea penală”). Reținem, totodată, faptul că reglementarea specială din legea medierii a fost elaborată anterior redactării și intrării în vigoare a dispozițiilor noului Cod penal și a noului Cod de procedură penală, fiind așadar concepută și pusă în relație, inițial, cu o altă configurație a instituțiilor la care se raportează pentru a-și determina sfera de aplicare, anume: plângerea prealabilă și împăcarea (pe atunci, „a părților”) – deși, trebuie reamintit că și în raport de acel stadiu normativ, doctrina¹³ semnalase o serie de neconcordanțe și necorelări apte să genereze controverse, cu privire la raportul, condițiile și modul de funcționare a medierii, față de lipsa / retragerea plângerii prealabile și împăcarea părților. Deși modificată ulterior promulgării noilor coduri în materie penală și procesual penală (inclusiv prin legea de punere în aplicare a noului Cod de procedură penală), această lege specială nu a fost corelată dincolo de orice neclaritate cu instituțiile penale substanțiale și procesual penale la care ea însăși face referire (după cum am indicat deja, sub anumite aspecte punctuale).

În acest context, cât privește problema de drept care a determinat solicitarea prezentului punct de vedere, reținem că pot fi identificate argumente pertinente în susținerea ambelor soluții care se configurează, anume: aprecierea medierii drept o cauză *sui-generis* de înlăturare a răspunderii penale (sustrasă, astfel, termenului limită de incidență al împăcării – momentul citirii actului de sesizare a instanței); sau, considerarea acesteia drept o modalitate (formă, cale) particulară de împăcare (desigur, în cauzele în care problema medierii s-ar ridica în legătură cu săvârșirea unei infracțiuni dintre cele pentru care legea prevede posibilitatea înlăturării răspunderii penale prin intermediul împăcării), supusă fiind, astfel, aceluiași

vătămată în procesul penal, rămânând doar cu rolul procesual de „persoană” vătămată), și că la data elaborării acestei legi, fostul Cod penal reglementa, într-adevăr, instituția „împăcării părților”, nu putem să nu observăm că L. nr. 192/2006 a fost modificată după data promulgării noilor coduri (penal și de procedură penală), printre altele, chiar prin legea de punere în aplicare a noului Cod de procedură penală (L. nr. 255/2013), ocazie ce putea fi folosită și pentru a se realiza corelarea terminologică dintre dispozițiile preexistente ale legii medierii și noua denumire a instituțiilor penale și procesual penale la care se face trimitere în cuprinsul acesteia. Este, în opinia noastră, o nouă dovadă a caracterul criticabil, deficitar și neperformant al reglementării speciale privind medierea (inclusiv sub aspectul exprimării legiuitorului).

¹³ A se vedea, printre altele: D. Atășei, H. Țiț, *Mica reformă în justiție. Legea nr. 202/2010 comentată*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 189 ș.u.

moment limită până la care poate interveni împăcarea, în cursul procesului penal.

Trebuie să precizăm, de la început, că una dintre direcțiile de argumentare (aceea care susține înțelegerea atinsă prin acordul de mediere drept o cauză *sui-generis* de înlăturare a răspunderii penale) tinde a fi mai apropiată de ceea ce se poate considera o „interpretare în litera legii”, îndepărtându-se, însă, de ceea ce se poate aprecia drept o „interpretare în spiritul legii”, în timp ce soluția opusă (aceea potrivit căreia înțelegerea atinsă prin acordul de mediere nu reprezintă o cauză *sui-generis* de înlăturare a răspunderii penale, fiind doar o cale aparte prin care, după caz, se realizează împăcarea, ori prin care partea vătămată ajunge la luarea deciziei de neintroducere ori de retragere a plângerii prealabile), tinde a se prezenta ca rezultat mai îndepărtat de „interpretarea în litera legii”, dar constituie, în opinia noastră, o consecință logică mai apropiată de „interpretarea în spiritul legii”. Desigur, această dihotomie antitetice în interpretarea unor dispoziții normative (în special în domeniul juridico-penal) reprezintă un eșec al capacității de exprimare clară și coerentă a legiuitorului penal, un derapaj în raport de exigența *lex certa* (ca o componentă a principiului legalității), care pune într-o poziție imposibilă interpretul și care, dincolo de orice fel de soluție conjuncturală punctuală (care, prin ipoteză, nu poate fi decât parțială și nu poate aduce o rezolvare deplină, ci doar trunchiată a problemei), trebuie abordată de legiuitor însuși, prin procedeele operării unor modificări (completări, clarificări) legislative exprese.

Astfel, considerăm că argumentele care susțin interpretarea realizată preponderent în sensul literei legii (însă nu și în spiritul acesteia) tind a conduce, mai degrabă, la considerarea înțelegerii atinse prin intermediul acordului de mediere, drept o procedură / cauză care lărgeste (întregește) sfera cauzelor generale de înlăturare a răspunderii penale, caracterizată de autonomie funcțională (putând interveni, drept urmare, până la rămânerea definitivă a hotărârii). Acestea sunt, în linii generale, aceleași argumente invocate și în punctul de vedere formulat, cu privire la problema de drept analizată, de către Direcția legislație, studii, documentare și informatică juridică din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție (document care ne-a parvenit alăturat solicitării de emitere a unui punct de vedere al specialiștilor din cadrul Colectivului de Științe Penale de la Facultatea de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, asupra aceleiași probleme).

Pe scurt, într-o trecere în revistă, este vorba despre următoarele argumente:

- art. 16 alin. 1 lit. g) din C. proc. pen.¹⁴ actual pare (într-o interpretare, din mai multe posibile) să prevadă în mod alternativ, drept cazuri de împiedicare a punerii în mișcare și de exercitare a acțiunii penale: ipoteza în care a fost retrasă plângerea prealabilă, în cazul infracțiunilor pentru care retragerea plângerii prealabile înlătură răspunderea penală (teza I; ipoteza referitoare la cazul în care lipsește plângerea prealabilă, necesară pentru punerea în mișcare a acțiunii penale, este prevăzută la lit. e); ipoteza în care a intervenit împăcarea (desigur, în cazul infracțiunilor față de care legea prevede posibila incidență a acestei instituții, cu rol de înlăturare a răspunderii penale [și de stingere a acțiunii civile] – teza a II-a); respectiv, ipoteza în care a fost încheiat un acord de mediere în condițiile legii (teza a III-a). De aici, astfel privit / citit / interpretat textul legal, se poate trage concluzia că legea are în vedere trei situații (din care una este aceea a acordului de mediere), producătoare ale aceleiași finalități (penale și) procesual penale, dar fiecare cu specificul și particularitățile proprii, așadar distincte între ele, iar nu subordonate una alteia.

- art. 67 alin. 2 din L. nr. 192/2006¹⁵, care pune în legătură procedura medierii cu instituția plângerii prealabile și cu aceea a împăcării, prin trimitere / referire expresă la acestea din urmă, poate fi interpretat ca stabilind doar sfera de aplicare / incidență a procedurii medierii care intervine în cauzele penale, pe latura penală a procesului, prin indicarea, din rațiuni de sinteză, a categoriei infracțiunilor față de care legea prevede a fi incidente, după caz, instituțiile plângerii prealabile ori împăcării (și nimic mai mult). Într-o asemenea viziune, procedura medierii nu s-ar subordona pe fond reglementării cauzelor de înlăturare a răspunderii penale reprezentate

¹⁴ Articolul 16 C. proc. pen., referitor la cazurile care împiedică punerea în mișcare și exercitarea acțiunii penale, dispune în alin. 1 lit. g) după cum urmează: „Acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare, iar când a fost pusă în mișcare nu mai poate fi exercitată dacă (...) a fost retrasă plângerea prealabilă, în cazul infracțiunilor pentru care retragerea acesteia înlătură răspunderea penală, a intervenit împăcarea ori a fost încheiat un acord de mediere în condițiile legii”.

¹⁵ Textul normativ avut în vedere stipulează: „În latura penală a procesului, dispozițiile privind medierea se aplică numai în cauzele privind infracțiuni pentru care, potrivit legii, retragerea plângerii prealabile sau împăcarea părților [sic!] înlătură răspunderea penală”.

de lipsa / retragerea plângerii prealabile ori împăcare, ci ar fi doar (și ea) incidentă, ca o alternativă paralelă (uneia dintre acestea, în funcție de infracțiunea comisă), în cazul respectivelor infracțiuni. Sub acest aspect se poate evidenția, inclusiv – așa cum s-a procedat în argumentarea punctului de vedere exprimat de Direcția legislație, studii, documentare și informatică juridică din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție – că sfera de incidență a procedurii medierii, în privința laturii penale din cauzele penale, cuprinde atât sfera infracțiunilor legate de instituția plângerii prealabile, cât și a celor la care se reglementează împăcarea, având așadar o sferă de aplicare mai extinsă decât a fiecăreia dintre aceste două instituții luate în parte, mai ales în condițiile în care, spre deosebire de fosta legislație penală, *de lege lata* domeniile circumscrise cauzelor de înlăturare a răspunderii penale constând în lipsa / retragerea plângerii prealabile, pe de o parte, respectiv în împăcare, pe de altă parte, tind să fie incompatibile. În plus, tot cu referire la interpretarea literei reglementării cuprinse de art. 67 alin. 2 din L. nr. 192/2006, s-ar putea specula pe marginea observației că textul se referă numai la intervenția medierii „în cauzele privind infracțiuni pentru care, potrivit legii, retragerea plângerii prealabile sau împăcarea (...) înlătură răspunderea penală”, nespecificându-se că ar fi vorba și de observarea și respectarea cerințelor / condițiilor acestor instituții, în acele cauze (într-o formulare posibilă de genul : „în cauzele și condițiile (...)” / „în cauzele (...) și condițiile acestora / specifice / prevăzute de lege pentru acestea” ș.a.m.d.).

- art. 70 din L. nr. 192/2006 dispune, generic: „În cazul în care medierea cu privire la latura penală a cauzei se desfășoară *după începerea procesului penal*, urmărirea penală sau, după caz, *judecata se poate suspenda, în temeiul prezentării de către părți a contractului de mediere*” (evidențierile ne aparțin). Așadar, textul nu distinge, în raport de momentul judecării, nici un termen / moment dincolo de care nu se mai permite suspendarea judecării, ca urmare a inițierii procedurii medierii. Potrivit principiului de interpretare *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, se poate concluziona că instanța poate suspenda judecata oricând, în orice stadiu / etapă, dacă se prezintă contractul de demarare a procedurii medierii. Or, pentru ipoteza cauzelor în care medierea ar fi posibilă nu ca urmare a prevederii incidenței instituției plângerii prealabile, pentru infracțiunea săvârșită, ci ca urmare a împrejurării că legea prevede în cazul acesteia posibilitatea împăcării, ar deveni de neînțeles de ce se permite

suspendarea judecării, la orice moment (deci, inclusiv ulterior citirii actului de sesizare – care reprezintă momentul final până la care poate opera împăcarea), pe motivul demarării medierii, dacă oricum, în urma acesteia, nu s-ar putea da efecte (pe latura penală) eventualului acord la care s-ar ajunge (consecința interpretării medierii ca o formă a împăcării), pe motiv că s-a depășit data citirii actului de sesizare. Pe de altă parte, acest impediment ar fi depășit dacă acordul de mediere ar fi conceput drept o cauză de înlăturare a răspunderii penale distinctă de împăcare, căci legea specială a medierii nu prevede expres nicăieri un termen limită până la care poate interveni medierea în latura penală a cauzei, derivând, astfel, logic, că ea (în această interpretare), s-ar putea desfășura oricând, până la rămânerea definitivă a hotărârii. Legiuitorul a avut posibilitatea să modifice legea medierii, prin inserarea unei asemenea prevederi limitative, similare celei de la împăcare (art. 159 alin. 3 C. pen.), dar nu a făcut-o, deși au existat modificări ale L. nr. 192/2006 aduse prin chiar legea de punere în aplicare a noului Cod de procedură penală!

Pe de altă parte, apreciem că argumentele care susțin interpretarea realizată preponderent în sensul spiritului legii (însă nu neapărat și în litera acesteia) tind a conduce, mai degrabă, la considerarea înțelegerii atinse prin intermediul acordului de mediere, drept o procedură / cale / mijloc (particular, dar nu autonom) prin care se poate ajunge, pe caz concret, la manifestarea uneia din cauzele generale de înlăturare a răspunderii penale reprezentate - după caz - de lipsa / retragerea plângerii prealabile, ori de împăcare, față de care rămâne, însă, dependentă (astfel încât nu poate interveni, în cauzele în care se judecă infracțiuni pentru care legea prevede posibilitatea împăcării, decât până la citirea actului de sesizare a instanței, potrivit art. 159 alin. 3 C. pen.).

Principalul argument logico-rațional care poate fi invocat, în acest sens, constă în caracterul inexplicabil al unei opțiuni a legiuitorului care ar limita temporal (procesual) incidența instituției împăcării (limitarea momentului până la care se poate înlătura, astfel, răspunderea penală și bloca sau stinge, prin urmare, exercițiul acțiunii penale), în condițiile în care ar permite, totodată, producerea aceluiași efect (din punct de vedere al dreptului penal substanțial și procesual penal), dar printr-o procedură separată, a acordului de mediere, care se poate argumenta că nu prezintă toate garanțiile de formă pe care le presupune împăcarea, deși, în esență,

constă tot într-o înțelegere între persoanele implicate, de pe poziții distincte (opuse), în comiterea infracțiunii.

Astfel, dincolo de implicarea și aportul „cunoștințelor” și „tehnicilor specifice” ale mediatorului (nu neapărat jurist!), reținem că medierea „reprezintă o modalitate de soluționare a conflictelor pe cale amiabilă”, ca urmare a *negocierilor* dintre părți (art. 1 L. nr. 192/2006); „mediatorul nu are putere de decizie în privința conținutului înțelegerii la care vor ajunge părțile, dar le poate îndruma...” (art. 4 alin. 2 L. nr. 192/2006); „medierea se bazează pe *cooperarea părților (...) comunicare și negociere*”, fără ca mediatorul să poată impune o soluție (art. 50 L. nr. 192/2006); modalitatea pozitivă de încheiere a procedurii medierii este reprezentată de „încheierea unei *înțelegeri* între părți în urma soluționării conflictului” (art. 56 L. nr. 192/2006). Ca atare, este vorba despre o înțelegere între persoana care a suferit în urma comiterii infracțiunii și persoana care a săvârșit-o, adică, pe fond, același nucleu care se regăsește și în cazul instituției împăcării (cu specificarea că aici, prin înțelegere se stinge și acțiunea civilă!) și care – dincolo de caracterul unilateral, din punct de vedere legal – al lipsei / retragerii plângerii prealabile, se poate întâlni și la aceasta.

Pe de altă parte, împăcarea trebuie să respecte anumite condiții de formă; în principiu, de aceasta trebuie să ia la cunoștință direct și nemijlocit instanța, putând fi realizată însă și prin act autentic (a se vedea și decizia nr. 27/2006 a Secțiilor Unite ale Î.C.C.J., pronunțată în dezlegarea unui recurs în interesul legii, apreciată¹⁶ a își fi menținut valabilitatea și – deci – caracterul obligatoriu). În schimb, acordul de mediere, după cum rezulta din reglementarea legii speciale (L. nr. 192/2006), surprins în formă scrisă, are, în principiu, valoare de înscris sub semnătură privată (art. 58), nefiind obligatorie (ci doar posibilă – art. 59) autentificarea sa, cu excepția unor ipoteze care nu se referă și la domeniul cauzelor penale, al laturii penale din procesul penal (art. 58 alin. 4). Considerăm că este absurd ca legiuitorul să nu mai fi permis producerea efectelor de înlăturare a răspunderii penale,

¹⁶ *Analiza deciziilor pronunțate în recursurile în interesul legii în materie penală și procesul penală cu privire la efectele acestora în contextul noilor reglementări*, Studiu care poate fi consultat on-line la adresa de internet: http://www.mpublic.ro/analiza_ril.pdf . În unanimitate, doctrina semnaleză decizia, cu mențiunea că dezlegarea problemei de drept își menține valabilitatea și în reglementarea actuală.

după citirea actului de sesizare, în cazul împăcării, deci al înțelegerii la care s-a ajuns în mod liber (în afara procedurii medierii) între persoanele interesate, ca urmare a luării directe și nemijlocite la cunoștință a acestei voințe de către instanța de judecată, ori a prezentării unui înscris autentic (care girează cu autoritatea notarului public veridicitatea înțelegerii și a caracterelor necesare pentru validitatea sa), permițând însă atingerea acestui efect, oricând până la rămânerea definitivă a hotărârii, față de înțelegerea negociată de părți cu asistența mediatorului și atestată într-o formă potențial inferioară din punct de vedere al garanțiilor juridice corespunzătoare. Or, în acest punct, ne raportăm la cunoscuta regulă de interpretare: *ubi cessat ratio legis, ibi cessat lex!*

În încercarea de a identifica și unele argumente de text în susținerea acestei soluții, care ne apare mai conformă cu logica și coerența spiritului reglementării, în ansamblul ei, se poate susține o modalitate alternativă - în aprecierea noastră viabilă - de interpretare a aceluiași text de lege indicat anterior în susținerea opiniei opuse. Astfel:

- art. 16 alin. 1 lit. g) din C. proc. pen. actual poate fi considerat a prezenta două, iar nu trei situații alternative. Este de observat că, după indicarea ipotezei de retragere a plângerii prealabile se arată sfera infracțiunilor pentru care poate opera aceasta („...în cazul infracțiunilor pentru care retragerea acesteia înlătură răspunderea penală...”), iar după referirea la acordul de mediere, se face, de asemenea, specificarea „...în condițiile legii”. Ambele procedee transmit ideea că împiedicarea punerii în mișcare sau exercitării acțiunii penale, în cazurile indicate, nu poate interveni indiferent de infracțiunea comisă, ci doar în cazul anumitor infracțiuni. Ar fi o lipsă de coerență din partea legiuitorului să lase ipoteza cauzelor pentru care poate funcționa împăcarea lipsită de o asemenea precizare, în condițiile în care ea este prezentă pentru celelalte cazuri. În schimb, dacă s-ar privi acordul de mediere doar ca o formă particulară de realizare a înțelegerii valorificabile sub forma împăcării, textul nu ar mai fi criticabil sub acest aspect, citindu-se ca fiind împărțit în două (iar nu în trei) teze, din care a doua (cea de după virgulă) ar viza doar cazul împăcării, realizată fie în mod direct de către părți, fie prin intermediul acordului de mediere, astfel încât precizarea finală („în condițiile legii”), ar acoperi toate referirile de după virgulă, așadar și împăcarea (propriu-zisă, simplă), și

acordul de mediere (ca formă a împăcării, aşadar împăcarea atinsă pe calea medierii).

- art. 67 alin. 2 din L. nr. 192/2006 poate fi interpretat, cu la fel de multă relevanță, și în sensul că stabilește nu doar sfera de incidență a medierii în cazul infracțiunilor pentru care „retragerea plângerii prealabile sau împăcarea” înlătură răspunderea penală, ci și că, prin această referire la instituțiile în cauză, subordonează procedura medierii acestora, ca pe o formă de fapt prin care se poate ajunge la decizia de a nu se introduce plângerea prealabilă, ori de a se retrage plângerea prealabilă deja introdusă, respectiv de a se împăca titularii acestui drept, desigur, în cazul infracțiunilor unde asemenea căi legale sunt deschise, după caz.

- se poate aprecia că art. 70 din L. nr. 192/2006 prevede suspendarea facultativă (iar nu obligatorie) a judecării, și pentru a lăsa instanței posibilitatea să suspende judecata atunci când s-ar demara procedura medierii, în orice stadiu al procesului, în cauzele în care se judecă infracțiuni pentru a căror tragere la răspundere penală legea solicită formularea și menținerea unei plângeri prealabile, fără a se putea acorda același beneficiu (decât până la citirea actului de sesizare, dar nu și ulterior), în ipoteza similară apărută într-o cauză în care se judecă o infracțiune față de care legea prevede posibilitatea împăcării.

În încheiere, reafirmăm că, în actualul context legislativ, orice soluție s-ar impune pe calea hotărârii prealabile, vor putea exista temeuri de abordare critică împotriva sa. Apreciem că este de datoria legiuitorului să tranșeze problema (inclusiv ulterior pronunțării deciziei în cauza prezentă și separat de orice soluție se va impune, astfel, instanțelor). Până în acel punct, înțelegem să optăm pentru alternativa interpretării în spiritul legii a chestiunii analizate (aşadar: medierea ca formă concretă de realizare a împăcării, supusă limitei temporale reglementată în cazul împăcării, potrivit art. 159 alin. 3 C. pen. – momentul citirii actului de sesizare a instanței), cu precizarea că este posibilă, pertinentă și viabilă (dar în spiritul unei alte forme de interpretare, tehnice, stricte a literei legii) și interpretarea opusă (medierea ca o modalitate autonomă de înlăturare a răspunderii penale, aşadar independentă temporal de termenul indicat pentru împăcare, în art. 159 alin. 3 C. pen. – data citirii actului de sesizare a instanței)!”

*

III. Scurte aprecieri *post-factum* în raport de momentul pronunțării H.P. (pen.) nr. 9/2015 și susținerea unor propuneri *de lege ferenda*

Odată publicată în Monitorul Oficial al României decizia la care facem referire, am putut face următoarele constatări:

1) Este de remarcat (rămâne de discutat și de analizat, în timp, în ce măsură, cu ce arie de extindere și cu ce tipuri de efecte: benefice sau nu) o tendință prevalentă de asigurare a unei interpretări „în litera legii”, mai degrabă decât a unei interpretări „în spiritul legii”, a normelor juridice (a dispozițiilor legale, *lato sensu*) atunci când (din nefericire) tinde să apară un conflict între cele două.¹⁷

2) Poziția pe care, la rândul nostru, am avut-o în vedere (referitor la absurditatea la care conduce soluția impusă în final - rezolvare care este, totuși, corectă, din perspectiva unei interpretări normative preponderent orientată către observarea fidelă a „literei legii” - precum și referitor la necesitatea unei intervenții legislative exprese, dincolo de soluția momentan fixată prin decizia obligatorie a Î.C.C.J.), se regăsește - explicit sau implicit formulată - și în alte opinii exprimate, aparținând unor reputeți specialiști din domeniul juridico-penal de referință.

Cu privire la acest din urmă aspect, avem în vedere, în primul rând, punctul de vedere instituțional formulat de Departamentul de drept public al Facultății de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca, transmis, de asemenea, la solicitarea instanței supreme, în vederea documentării necesare pentru pronunțarea H.P. (pen.) nr. 9/2015, în măsura în care acesta a fost reprodus în cuprinsul decizie menționate.¹⁸ În această

¹⁷ Totuși, trebuie să remarcăm că ideea respectării „spiritului” legii în interpretarea normelor legale și în soluționarea judiciară a unor conflicte nu a ajuns să fie complet străină practicii instanțelor române. Astfel, chiar de dată recentă, este de remarcat o soluție de speță pronunțată de instanța supremă, în care – într-un context de drept privat, legat de conceptul de „fraudă la lege” – se subliniază împrejurarea că, uneori, este important a observa nu doar soluțiile conforme cu „litera” normei, ci și a le cenzura pe acestea potrivit criteriului conformității cu „spiritul” reglementării! A se vedea: *Decizia nr. 1386 din 4 aprilie 2014, pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție* – decizia poate fi consultată on-line, la adresa de internet: [http://www.scj.ro/1093/Detail-jurisprudenta?customQuery\[0\].Key=id&customQuery\[0\].Value=108255](http://www.scj.ro/1093/Detail-jurisprudenta?customQuery[0].Key=id&customQuery[0].Value=108255) (verificată pe 30.09.2015).

¹⁸ A se vedea punctul VI din H.P. (pen.) nr. 9/2015, unde sunt indicate (părți din) opiniile specialiștilor, transmise la solicitarea instanței supreme.

opinie, după ce se argumentează din mai multe perspective (prin invocarea și interpretarea mai multor texte de lege) soluția considerării medierii în latura penală a unor cauze drept o instituție (cauză) *sui-generis* de înlăturare a răspunderii penale, se specifică expres și următoarele: „(...) de lege ferenda, ar fi recomandat să se revină la termenul anterior până la care s-ar putea realiza împăcarea, deoarece situația actuală poate conduce la *consecințe absurde*. De exemplu, instanța de apel este obligată să ia act de acordul de mediere și să înceteze procesul penal ca urmare a medierii realizate de mediator, dar aceeași instanță, ca organ decident, nu ar putea să ia act în mod nemijlocit de voința părților de a stinge litigiul. *Adică părțile nu se pot «media» direct în sala de judecată, fiind obligate să treacă pe la mediator în prealabil, încălcându-se, printre altele, și regula firească din teoria dreptului care stabilește că cine poate mai mult poate și mai puțin*” [evidențierile din text, efectuate prin caractere italice, ne aparțin - M.D.].

Am adăuga la cele astfel evidențiate (aspecte convergente, pe fond, celor precizate și în punctul de vedere instituțional transmis de Colectivul de Științe Penale al Facultății de Drept din cadrul Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași), că potrivit propriei legi speciale care le organizează activitatea, mediatorii nu sunt decât intermediari neutri între persoanele implicate în procedura medierii, care vin pur și simplu, cu expertiza specifică, să creeze un cadru propice dialogului între acestea, în vederea atingerii unei înțelegeri.¹⁹ Desigur, asemenea competențe pot fi cruciale

¹⁹ Potrivit art. 1 din L. nr. 192/2006, „(1) Medierea reprezintă o *modalitate de soluționare a conflictelor pe cale amiabilă, cu ajutorul unei terțe persoane specializate* în calitate de mediator, în condiții de neutralitate, imparțialitate, confidențialitate și având liberul consimțământ al părților. (2) Medierea se bazează pe *încrederea pe care părțile o acordă mediatorului, ca persoană aptă să faciliteze negocierile dintre ele și să le sprijine pentru soluționarea conflictului*, prin obținerea unei soluții reciproc convenabile, eficiente și durabile” [evidențierile din text, efectuate prin caractere italice, ne aparțin - M.D.]. De asemenea, conform art. 4 alin. 2 din L. nr. 192/2006, „În exercitarea atribuțiilor sale, *mediatorul nu are putere de decizie în privința conținutului înțelegerii* la care vor ajunge părțile, dar le poate îndruma să verifice legalitatea acesteia (...)” [evidențierile noastre: M.D.]. Totodată, art. 50 din același act normativ dispune că „(1) *Medierea se bazează pe cooperarea părților și utilizarea, de către mediator, a unor metode și tehnici specifice, bazate pe comunicare și negociere.* (...) (3) *Mediatorul nu poate impune părților o soluție* cu privire la conflictul supus medierii” [evidențierile noastre: M.D.]. Așadar părțile negociază, amiabil, iar mediatorul (doar) facilitează dialogul necesar pentru această negociere, în vederea soluționării conflictului! Și atunci, dacă persoanele în cauză se înțeleg, uneori, direct, fără a mai necesita

atunci când persoanele respective nu pot, din diferite considerente, să ajungă singure la o astfel de înțelegere. Pe de altă parte, trebuie admis faptul (probat de realitățile concrete) că, uneori, persoanele între care se pune problema realizării medierii pot ajunge la o înțelegere și în absența acțiunii (desigur, remunerate) a unui mediator. Atunci când asemenea ipoteze s-ar ivi pe parcursul procesului penal, ulterior citirii actului de sesizare a instanței, apare legitimă întrebarea: de ce le este blocată posibilitatea „înțelegerii” nemijlocite, specifică instituției împăcării, în fața instanței (sau a unui notar public, care să încheie în acest sens un act autentic), dar li se recunoaște posibilitatea „înțelegerii” *intermediate* de un mediator? Practic, dacă respectivele persoane cad de acord, în condițiile împăcării, dar ulterior citirii actului de sesizare a instanței, inculpatului nu i se blochează accesul către beneficiul înlăturării răspunderii penale, ci doar i se condiționează acest beneficiu de supunerea la o procedură (aceea a medierii) care presupune niște costuri. Achitând onorariul mediatorului, în asemenea ipoteze, inculpatul își cumpără, practic, beneficiul înlăturării răspunderii penale!

În termeni poate duri, dar exprimând o realitate faptică (formal ocultată, sau – cel puțin –nerostită, tocmai datorită faptului că este incomodă), însă mai mult decât prezentă în conștientul persoanelor care ajung să fie implicate în astfel de cauze și proceduri, putem afirma că, în cauzele penale în raport de care legea prevede expres posibilitatea împăcării, înlăturarea răspunderii penale a inculpatului este gratuită dacă se realizează până la citirea actului de sesizare a instanței, moment după care este supusă unui tarif (reprezentat de onorariul corespunzător serviciului de intermediere realizat de către mediator), care nu este însă perceput de către stat, nefiind

intermedierea mediatorului, de ce să nu poată atinge exact aceleași efecte juridice (și la aceleași momente procesuale, în timp) pe care le pot dobândi înțelegându-se cu sprijinul acestuia? A ajuns oare legea română, în eforturile disperate (!?) de a facilita o nișă de activitate mediatorilor, să *oblige la ajutor* în vederea înțelegerii, neacordând înțelegerii nemijlocite dintre anumite persoane aceleași efecte juridice (și pe parcursul aceleiași întinderi de timp, în cadru procesual), pe care le acordă înțelegerii lor mijlocite (realizată, desigur, contra cost!), *intermediate* de către o anumită persoană, căreia, sub acest aspect, i se recunosc competențe constatatoare mai largi decât instanței de judecată (sau notarului public, care este, totuși, în mod obligatoriu, jurist!), deși respectivul intermediar poate să nu fie nici măcar absolvent de studii juridice? Trebuie să ne mărturisim stupefiați de o asemenea politică instituționalizată, în mod vădit părtinitoare și complet nejustificată, prin implicațiile absurde pe care le presupune!

instituit (cel puțin nu în mod direct) pentru susținerea unor interese publice, ci ca privilegiu particular rezervat unei anumite categorii socio-profesionale. Nu ne putem abține a nu observa că interesele care susțin din punct de vedere politic încurajarea și proliferarea acestei (relativ) noi nișe în spectrul activităților conexe domeniului juridic, care este profesia de mediator, au atins astfel o expresie de o intensitate nemaiîntâlnită, dubioasă și nejustificată pentru organismul etatic care ar trebui să exercite mai multă imparțialitate în utilizarea pârghiilor legislative prin care poate susține / încuraja / impulsiona sau – din contra – inhiba dezvoltarea anumitor domenii socio-profesionale.

Pe de altă parte, cum mai poate fi credibilă și justificată oficial, formal, opțiunea legiuitorului penal de a limita în timp funcționarea instituției împăcării (invocând motive care țin de celeritatea procedurilor judiciare și de necesitatea de a nu supune mult timp incertitudinii anumite situații juridice²⁰), din moment ce permite, pe o altă cale, atingerea aceluiași efect (și cu aceleași implicații pentru sistem și pentru actul de justiție), cu diferența notabilă că, astfel, creează un monopol extrem de prețios asupra beneficiului înlăturării răspunderii penale, în favoarea unei anumite categorii socio-profesionale care se dorește a fi promovată și încurajată (cu precizarea că toate acestea se realizează prin limitarea drepturilor persoanelor, în speciale ale inculpatului)?

Ba chiar s-a exprimat în doctrină²¹, cu privire la problema autorității acordului de mediere de a produce efecte juridice în cursul unei proceduri

²⁰ Astfel, de pildă, în Decizia nr. 508/2014 pronunțată de Curtea Constituțională a României (publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 843 din 19.11.2014), se arată că „(...) reglementarea de către legiuitor a termenului citirii actului de sesizare a instanței, ca ultim moment în care poate interveni împăcarea, conform dispozițiilor art. 159 alin. 3 din Codul penal, este pe deplin justificată prin finalitatea urmărită, constând în limitarea în timp a stării de incertitudine în derularea raporturilor juridice și în restrângerea posibilității de exercitare abuzivă a acestui drept”. Ne întrebăm (retoric) dacă nu subzistă o identică incertitudine juridică (și – de ce nu – o identică temere de exercitare abuzivă a dreptului) cu privire la posibilitatea înlăturării răspunderii penale a unui inculpat ca efect al încheierii unui acord de mediere asupra laturii penale a unei cauze în care se admite această procedură, oricând după citirea actului de sesizare a instanței și până la pronunțarea unei hotărâri definitive. Și atunci, cum se mai poate justifica limitarea temporală operată normativ în materia împăcării?

²¹ C. Danileț, în: C. Danileț (coordonator), A. Szabo, I. Dedu, A. Răduț, *Ghid de mediere penală – conform noilor coduri*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 77-79.

judiciare, și următoarea opinie: „După încheierea acordului de mediere, indiferent că e vorba de mediere penală sau de mediere civilă în procesul penal, acesta trebuie trimis la organul judiciar (...). În cazul medierii penale nu există o procedură judiciară specifică de verificare și de luare în considerare a acordului de mediere (...). (...) *credem că este necesar ca organul judiciar să constate în mod nemijlocit acordul de voință al părților.* Deși nu există o reglementare expresă în acest sens, instanța supremă s-a pronunțat cu privire la acest aspect în cazul împăcării părților prin Decizia nr. XXVII/2006 în soluționarea unui recurs în interesul legii, care credem că se aplică în cazul de față pentru aceleași rațiuni care au stat la baza adoptării sale. Prin urmare: dacă acordul de mediere este deja autentificat de notarul public, prezența părților nu se mai impune, iar organul de urmărire penală sau instanța de judecată nu va face decât să ia act de acordul de mediere și să adopte soluția legală (...); *dacă părțile nu au apelat la procedura autentificării, acordul de mediere are valoare [sic!] unui înscris sub semnătură privată astfel că, pentru a-și produce efectul în procesul penal, el va trebui confirmat de către părți.* (...) organul judiciar are (...) mijloace procedurale de a dispune prezentarea părților [sic!] personal în fața sa (...). Credem că *nu va putea să ia act de un acord de mediere neconfirmat de părți în fața unui organ notarial sau judiciar, tocmai datorită efectelor extrem de importante ale acestui acord pentru derularea procesului penal*” [evidențierile noastre: M.D.].

Deși credem că se poate discuta cu privire la caracterul necesar, ori doar de recomandare, al procedurii astfel descrise²², apreciem că punctul de vedere exprimat este rezonabil, din perspectiva necesității asigurării tuturor garanțiilor procesuale impuse a fi observate în legătură cu o consecință precum este aceea a înlăturării răspunderii penale. Dar, într-un asemenea

²² Însuși autorul opiniei precizează împrejurarea că „nu există o reglementare expresă în acest sens”, iar incidența soluției obligatorii atinsă în materia împăcării (părților – la acel moment) prin decizia menționată a instanței supreme, pronunțată în rezolvarea unui recurs în interesul legii, nu se poate extinde, în mod obligatoriu pentru instanțe, chiar în cazuri similare, putând produce efecte numai indirect, în măsura în care autoritatea argumentelor pe care le cuprinde și similitudinea ipotezelor conving magistratul că este cazul să urmeze o soluționare asemănătoare, fără a i se impune – însă – aceasta. De altfel, aspectul este subliniat (oarecum indirect) și de emitentul punctului de vedere la care ne referim (a se vedea: *Ibidem*, p. 78, nota de subsol nr. 2).

caz, absurdul situației sporește! Așadar, este de așteptat ca organul judiciar să verifice oricum, în principiu nemijlocit, chiar și în caz de mediere privind latura penală a unor cauze, manifestarea de voință a persoanei vătămate de a se „înțelege” cu persoana acuzată de comiterea unei anumite fapte incriminate, astfel încât acesteia din urmă să i se înlăture răspunderea penală. Cu ce se deosebește acest act de procedura pe care o necesită instituția împăcării? Dacă intervine după citirea actului de sesizare a instanței, o asemenea derulare a evenimentelor nu implică exact ceea ce presupunea și procedura instituției împăcării, atât din punct de vedere al consecințelor asupra răspunderii penale a inculpatului cât și din punct de vedere al rolului instanței, al celerității procedurilor judiciare, ori a necesității ca anumite situații juridice să nu rămână mult timp incerte, sau chiar al riscului ca exercitarea anumitor drepturi să nu apară (după un anumit moment) drept abuzivă? Evidența răspunsurilor la aceste interogații credem că se susține de la sine, în absența oricărei argumentări subsecvente!

Trebuie arătat, așadar, că dacă interesele care au justificat limitarea în timp a desfășurării instituției împăcării sunt reale, atunci legiuitorul trebuie să limiteze temporal și desfășurarea, cu efecte (implicații) identice, a procedurii medierii, căci *ubi eadem ratio, ibi idem jus* (acolo unde există identitate de situație faptică, de cauză / raționament / motiv, trebuie să existe și identitate de soluție juridică). Dacă, din contra, justificările respective nu sunt pe atât de puternice, încât să existe voința legislativă de a se bloca orice cale pe care se poate produce efectul ce tinde a fi combătut doar pe una dintre respectivele căi, atunci – așa cum s-a propus și în punctul de vedere emis de specialiștii Facultății de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca (și nu numai)²³ – trebuie ridicată limitarea impusă oricărei alte căi alternative de producere a respectivului rezultat, prin revenirea la o reglementare care să permită incidența instituției împăcării în oricare moment procesual de până la soluționarea definitivă a acelor cauze penale în raport de care legea permite acțiunea acestei instituții.

²³ A se vedea și V. Pașca, *Drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 371. Autorul milita, încă din perioada ulterioară promulgării noului Cod penal, dar anterioară intrării acestuia în vigoare, pentru „revenirea la regimul consacrat al împăcării părților [sic!] și al retragerii plângerii prelabile”.

Către această din urmă soluție tinde a converge și observarea contextului juridic internațional relevant în materie, de interes pentru România. Astfel, după cum se evidențiază și în cuprinsul H.P. (pen.) nr. 9/2015²⁴, principiile generale ale medierii în cauzele penale, astfel cum au fost acestea formulate în cuprinsul Recomandării nr. R (99) 19, din 15.09.1999, privind medierea în materie penală, document adoptat de Comitetul de Miniștri al Consiliului European, presupun – printre altele – și faptul că *medierea în materie penală ar trebui să fie posibilă în toate fazele procedurii* pe care le parcurge justiția penală.²⁵ Considerăm că într-o interpretare moderată, dar rezonabilă, recomandarea în cauză ar putea fi apreciată ca satisfăcută și dacă reglementarea internă a medierii în cauzele penale ar limita (ar fi interpretată a limita), temporal, desfășurarea procedurii medierii privind latura penală a anumitor cauze, la un anumit moment de pe parcursul etapei (fazei) de judecată, precum este și momentul citirii actului de sesizare a instanței. Aceasta deoarece judecata este una dintre etapele (fazele) pe care le parcurge procesul penal, iar recomandarea nu pare a se referi expres la necesitatea accesibilității medierii în (strict) orice moment de pe parcursul desfășurării procesului penal, ci doar la importanța faptului ca medierea să nu fie *ab initio* inaccesibilă în niciuna dintre etapele (fazele) acestuia. Drept urmare, atât timp cât medierea privind latura penală, în anumite cauze, ar fi permisă până la un anumit moment al fazei judecătorești, s-ar putea considera respectată recomandarea ca aceasta să fie posibilă în toate fazele procedurii, chiar dacă nu s-ar permite desfășurarea sa în absolut orice moment al oricărei faze (etape), spre exemplu, nefiind permisă în căile de atac, precum nici pe întreaga durată a judecătorești în prima instanță.

Desigur, recomandarea poate fi interpretată și altfel. Astfel, o interpretare mai sigură dintr-o perspectivă strict conformistă ar fi aceea potrivit căreia desfășurarea procedurii de mediere privind latura penală a anumitor cauze ar trebui permisă în orice moment - *stricto sensu* - al procesului, pe întreaga sa durată, inclusiv în căile de atac. Credem că în spiritul acestui tip de interpretare a elaborat legiuitorul român materia medierii în cauzele penale.

²⁴ A se vedea punctul XI.B.1. din cuprinsul deciziei.

²⁵ Art. II pct. 4 din Anexa la Recomandarea nr. R (99) 19 a Comitetului de Miniștri al Consiliului European.

Or, experiența ne arată că, de regulă, putem conta pe reflexul de interpretare conformistă, de către legiuitorul național, a unor inițiative juridice provenite din exterior, după cum putem conta și pe tendința de tratare a acestora ca fiind imperative, deși unele (cum este și documentul mai sus-amintit) reprezintă simple recomandări. Drept urmare, apare mai puțin probabilă, în perspectiva unor potențiale modificări normative, recomandarea unei replieri a legiuitorului pe pozițiile unei reglementări care să limiteze temporal posibilitatea de desfășurare a procedurii medierii privind latura penală a unor cauze, la un moment anterior celui al rămânerii definitive a hotărârii instanței. Ca atare, în vederea corelării dispozițiilor privind împăcarea și medierea pe latură penală, este mult mai pragmatic a propune legiuitorului o reconsiderare a datei limită până la care se admite funcționarea instituției împăcării (respectiv, revenirea la reglementarea anterioară, care permitea atât retragerea plângerii prelabile, cât și împăcarea, pe întreg parcursul procesului), decât reconsiderarea momentului până la care se admite desfășurarea medierii privind latura penală a unor cauze.

Aceasta mai ales în condițiile în care dispozițiile privind retragerea plângerii prelabile au menținut prevederea ca termenul limită pentru un atare act să fie reprezentat de momentul pronunțării unei hotărâri definitive (art. 158 alin. 1 C. pen.). Or, motivele formale pentru care (se presupune că) legiuitorul a limitat în timp incidența instituției împăcării ar putea fi invocate, deopotrivă, și pentru ipoteza infracțiunilor în privința cărora se solicită formularea (și menținerea) unei plângeri prelabile, pentru tragerea la răspundere penală a vinovaților. În mod simetric, dacă s-a admis pentru acele cazuri exercitarea dreptului de a se retrage plângerea prelabilă în orice moment de pe întreaga desfășurare a procesului penal, nu înțelegem rațiunile pentru care dreptul la împăcare dintre persoana vătămată și inculpat nu s-ar putea exercita pe parcursul aceleiași durate, mai ales în condițiile în care alternativa „împăcării” / „înțelegerii” ca urmare a medierii permite exact această finalitate (posibilitatea dobândirii beneficiului înlăturării răspunderii penale pe întreaga durată a procesului penal, în cauzele pentru care legea prevede expres posibilitatea împăcării, ca efect al aplanării amiabile a conflictului, prin atingerea unei înțelegeri între persoana vătămată și inculpat), și cu atât mai mult cu cât numărul incriminărilor pentru care legea prevede posibilitatea împăcării este inferior numărului incriminărilor în

raport de care este reglementată necesitatea formulării unei plângeri prealabile.²⁶

Credem că rațiuni (implicite) similare au stat și la baza exprimării (anterior pronunțării și publicării deciziei obligatorii sus-citate a instanței supreme) de către teoreticieni contemporani, consacrați, ai științei penale românești, a opiniei (explicit sau implicit formulată) potrivit căreia încheierea acordului de mediere privind latura penală a unor cauze reprezintă doar o formă / modalitate / procedură particulară prin care se realizează, după caz, instituțiile (lipsei²⁷ /) retragerii plângerii prealabile ori împăcării²⁸ (sens în care ne-am pronunțat, la rândul nostru, la o dată anterioară²⁹).

²⁶ În același sens s-au exprimat opinii, în doctrină, chiar în perioada în care noul Cod penal se afla în perioada de *vacatio legis*; a se vedea: V. Pașca, *Drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 370-373. Printre altele, autorul arată și ridică interogații (retorice) precum: „Și în cazul împăcării (...) intervenția novatoare a legiuitorului a reușit să «tulbure apele» deși nu existau motive justificate de politică penală, nici din punctul de vedere al ocrotirii mai bune a intereselor publice și nici din cel al ocrotirii mai bune a intereselor părții [sic!] vătămate [amintim că, potrivit noii reglementări procesual penale, persoana vătămată nu se mai poate constitui ca parte în latura penală a cauzei, ci doar în aceea civilă; în latură penală, statutul său este doar acela de subiect procesual principal, potrivit dispozițiilor art. 33 C. proc. pen. – precizarea noastră: M.D.] (...) infracțiuni pentru care punerea în mișcare a acțiunii penale se face din oficiu și pentru care împăcarea părților [sic!] înlătură răspunderea penală, sunt foarte puține în noul Cod penal (...). Merita oare atâta osteneală novatoare? (...) De ce retragerea plângerii prealabile se poate face în tot cursul procesului penal, până la pronunțarea unei hotărâri definitive, iar împăcarea doar până la citirea actului de sesizare a instanței? De ce împăcarea părților [sic!] poate înlătura răspunderea penală în cazul unor infracțiuni pentru care un interes public justifică exercitarea din oficiu a acțiunii penale și nu poate înlătura răspunderea penală în cazul unor infracțiuni pentru care dreptul de a dispune de exercițiul acțiunii penale este condiționat de manifestarea de voință a persoanei vătămate? Este justificată și eficientă pentru justiția penală o instituție juridică aplicabilă doar în cazul a vreo trei infracțiuni?”.

²⁷ Legat de formularea unei plângeri prealabile, trebuie totuși evidențiată o derogare expres reglementată (prin art. 69 alin. 1 din L. nr. 192/2006) de la dreptul comun potrivit căruia funcționează instituția, fiind implicată o excepție (parțială) de la solidaritatea pasivă în cazul introducerii unei plângeri prealabile. Astfel, dispoziția legală în cauză prevede că, „În cazul în care procedura de mediere se desfășoară înaintea începerii procesului penal și aceasta se încheie prin soluționarea conflictului și încheierea unei înțelegeri, potrivit art. 56 alin. (1) lit. a), prin derogare de la dispozițiile art. 157 alin. (3) din Codul penal, fapta nu va atrage răspunderea penală pentru făptuitorul cu privire la care conflictul s-a încheiat prin mediere”. Cu alte cuvinte, dacă în termenul de introducere a plângerii prealabile se realizează înțelegerea, prin mediere, (doar) între unul dintre făptuitori (sau mai mulți, dar nu toți) și

persoana vătămată, atunci, în măsura în care aceasta va formula, ulterior (dar în termenul legal), plângere prealabilă împotriva vreunei persoane care a contribuit la comiterea respectivei fapte incriminate, împrejurarea va determina demararea procedurilor de tragere la răspundere penală a tuturor făptuitorilor (potrivit art. 157 alin. 3 C. pen., care dispune: „Fapta atrage răspunderea penală a tuturor persoanelor fizice sau juridice care au participat la săvârșirea acesteia, chiar dacă plângerea prealabilă s-a făcut numai cu privire la una dintre acestea”), cu excepția celui (celor) cu privire la care s-a realizat deja înțelegerea ca urmare a parcurgerii procedurii medierii. Apreciem, în interpretarea dispozițiilor legale citate, că și în ipoteza în care plângerea prealabilă s-ar formula, într-un asemenea context și la un asemenea moment, împotriva celui (sau împotriva unuia dintre cei) față de care s-a realizat deja înțelegerea, prin mediere, acest fapt nu va produce niciun efect împotriva unei (unor) asemenea persoane, dar va debloca dreptul la acțiune penală al statului împotriva oricărui alt făptuitor neacoperit de înțelegerea realizată prin mediere. Legat de acest aspect, care consacră efectul *in rem* al introducerii plângerii prealabile, ne simțim obligați să subliniem, la rândul nostru, încă odată [a se vedea și M. I. Michinci, M. Dunea, în: T. Toader (coordonator), M.I. Michinici, R. Răducanu, A. Crișu-Ciocîntă, S. Rădulețu, M. Dunea, *Noul Cod penal. Comentarii pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 267], noutatea adusă de reglementarea noului Cod penal în comparația dintre instituția lipsei plângerii prealabile și – respectiv – retragerea plângerii prealabile. Astfel, spre deosebire de fosta reglementare penală, noul legiuitor a înțeles (din motive asupra temeiului cărora se poate discuta critic) să rupă simetria efectelor produse de lipsa ori retragerea plângerii prealabile asupra participanților la comiterea infracțiunii și solidaritatea pasivă dintre aceștia. Drept urmare, în timp ce (lipsa ori) introducerea plângerii prealabile produce un efect *in rem*, determinând solidaritatea participanților, retragerii acesteia i s-a rezervat un efect *in personam*, care reiese cu maximă claritate din prevederile art. 158 alin. 2 C. pen. („Retragerea plângerii prealabile înlătură răspunderea penală a persoanei cu privire la care plângerea a fost retrasă”). Față de evidența acestor dispoziții legale și de semnalarea constantă a noutății normative în cauză de către doctrină juridico-penală, ne surprinde și contrariază o afirmație precum este următoarea: „(...) retragerea plângerii prealabile, reglementată de dispozițiile art. 158 din Codul penal (...) operează în rem, întrucât se referă la faptă; produce efecte față de toți suspecții/inculpații care au comis fapta, cu privire la latura penală (...). Formularea în cauză (care ar fi corectă dacă raportarea ar fi efectuată la stadiul normativ reprezentat de fosta legislație penală, aspect infirmat, însă, de referirea, în text, la art. 158 C. pen., în condițiile în care fostul C. pen. reglementa retragerea plângerii prealabile în art. 131 alin. 2) poate fi regăsită în cuprinsul H.P. (pen.) nr. 9/2015, la punctul VI al deciziei (intitulat „opinia specialiștilor” [sic!] – evidențierea ne aparține: M.D), în cuprinsul opiniei exprimate de un mediator (evident, „din cadrul Colegiului Mediatorilor”), fiind extrasă (și reprodușă) din punctul de vedere transmis (și – fără doar și poate – solicitat) în vederea documentării necesare pentru pronunțarea hotărârii respective. Vom lăsa cititorului sarcina de a trage concluziile corespunzătoare! Extrasă din același document este și afirmația: „(...) acordul de mediere este un act bilateral ce reprezintă voința și soluția părților [sic!] (...) prin care *părțile* [sic!] *înțeleg să stingă litigiul (nu să se împace...)*”. Trebuie să recunoaștem că ne ridică unele obiecții subtilitatea

logico-lingvistică a unei exprimări care reclamă scindarea dintre semnificația expresiei *înțelegere a unor persoane în vederea stingerii unui litigiu existent între ele* și sensul general exprimat de verbul *a se împăca* (așadar: dacă părțile *înțeleg să stingă litigiul dintre ele, de fapt ele nu se împacă?*). Ne exprimăm temerea asupra faptului că dorința (voința!?) de a delimita, cu tot dinadinsul, procedura medierii în privința laturii penale a unor cauze, de instituția împăcării, conduce la forțarea limitelor interpretării tehnice a textului normativ, acreditându-se artificial conotații specifice diferite unor noțiuni indicate drept sinonime în vocabularul curent, precum sunt termenii de *înțelegere* (întrebuințat în L. nr. 192/2006 ca desemnând unul dintre rezultatele posibile ale medierii – art. 56 alin. 1 lit. a) și acela de *împăcare* (folosit ca denumire a instituției reglementate, cu titlu de cauză de înlăturare a răspunderii penale, de art. 159 C. pen.). Reamintim că, potrivit Dicționarului explicativ al limbii române, ediția 2009, unul din sensurile verbului „a înțelege” este: „A ajunge la învoială, a cădea de acord, a se împăca, a conveni cu cineva”, iar sensul principal al termenului „împăcare” este: „A restabili raporturi de prietenie, de înțelegere cu cineva; a (se) reconcilia, a (se) împăciui”, „a se învoi”, „a conveni” – sursa: <https://dexonline.ro/>. Pe de altă parte, potrivit dispozițiilor art. 48 alin. 3 din Legea nr. 24/2000 (republicată), privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, „Dacă în cuprinsul unui articol se utilizează un termen sau o expresie care are în contextul actului normativ un alt înțeles decât cel obișnuit, înțelesul specific al acesteia trebuie definit (...)”; *per a contrario*, dacă nu există o definiție expresă a sensului particular în care legea utilizează un anumit termen / o anumită expresie, acesta / aceasta trebuie înțeleasă în sensul său uzual (ceea ce credem că ar fi cazul și în ipoteza aici tratată)!

²⁸ Avem în vedere punctul de vedere transmis instanței supreme, ca urmare a solicitării acesteia în vederea documentării pentru pronunțarea H.P. (pen.) nr. 9/2015, de către Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara (a se vedea punctul VI din cuprinsul deciziei în cauză), potrivit căruia: „(...) în latura penală a procesului, *medierea nu este o cauză de înlăturare a răspunderii penale sui-generis*, ci este o procedură prin care părțile înțeleg să soluționeze un conflict penal pe cale amiabilă, atunci când legea permite *retragerea plângerii prealabile sau împăcarea părților* [sic!], *singurele manifestări de voință care înlătură răspunderea penală*. (...) Dacă *procedura medierii nu se concretizează în retragerea plângerii prealabile sau împăcarea părților* [sic!], după caz, procesul penal se reia din oficiu (...). În ce privește momentul până la care poate interveni *medierea* (...) trebuie făcută distincție între infracțiunile pentru care *împăcarea înlătură răspunderea penală și cele pentru care exercitarea acțiunii penale este condiționată de plângerea prealabilă, după cum trebuie să se facă distincție dacă medierea privește latura penală a cauzei sau doar latura civilă a litigiului*. (...) o cerere de suspendare a judecării în vederea medierii, în cauzele în care punerea în mișcare a acțiunii penale s-a făcut din oficiu, dar legea permite *împăcarea părților* [sic!], după citirea actului de sesizare a instanței, trebuie respinsă ca inadmisibilă dacă privește rezolvarea acțiunii penale. Așadar, în cauzele în care punerea în mișcare a acțiunii penale s-a făcut din oficiu, *medierea poate avea ca efect împăcarea părților* [sic!] în tot cursul urmăririi penale, în cursul procedurii în camera preliminară și în cursul judecării până la citirea actului de sesizare a instanței, dar nu mai târziu de acest moment. (...) În cauzele în

IV. O problemă deschisă reflecției: interpretarea în litera legii vs. interpretarea în spiritul legii

În mai multe rânduri, pe parcursul prezentului articol, apare referirea la o problemă mai generală, am putea spune, de ordin filosofico-juridic –

care punerea în mișcare a acțiunii penale s-a făcut la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, medierea poate avea loc în tot cursul procesului penal, până la pronunțarea unei hotărâri definitive. (...) În ce privește latura civilă a procesului penal, deoarece procedura medierii se aplică în cauzele penale, atât în latura penală, cât și în latura civilă, părțile pot solicita suspendarea judecării cauzei oricând în cursul judecării, până la pronunțarea unei hotărâri definitive, inclusiv în cauzele în care punerea în mișcare a acțiunii penale s-a făcut din oficiu (...) [evidențierile noastre – M.D.]. Punctul de vedere astfel formulat este afirmat și în doctrină de către d-l. prof. univ. dr. V. Pașca, cu specificarea expresă că „Doar retragerea plângerii prealabile [desigur, domnia sa se referă - implicit - și la lipsa plângerii prealabile – precizarea noastră, M.D.] sau împăcarea părților [sic!] sunt calificate de lege ca fiind cauze de înlăturare a răspunderii penale” – a se vedea: V. Pașca, *Este medierea o cauză sui-generis de înlăturare a răspunderii penale?*, Revista Universul Juridic, nr. 3/2015, p. 3; articolul este accesibil on-line, la adresa de internet: <http://revista.universuljuridic.ro/medierea-o-cauza-sui-generis-de-inlaturare-a-raspunderii-penale/>. De asemenea, tot în doctrina elaborată anterior pronunțării și publicării în Monitorul Oficial a H.P. (pen.) nr. 9/2015, cu privire la medierea aptă a se desfășura în anumite cauze, cu privire la latura penală a conflictului, pot fi întâlnite aprecieri precum: „Deși nu reprezintă o cauză care înlătură răspunderea penală (...) o menționăm (...) ca posibilitate legală de stingere a unor conflicte de drept penal, și nu numai (...)” [evidențierile noastre – M.D.] – C-tin Mitrache, C. Mitrache: *Drept penal român. Partea generală (conform noului Cod penal)*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 415. Pentru doctrina (în materie) corespunzătoare fostelor coduri în materie penală, a se vedea și D. Atășiei, în: D. Atășiei, H. Țiț: *op. cit.*, p. 189, 191. Autorul precizează, la pagina 189: „... apreciem că încheierea unui acord de mediere nu reprezintă o nouă cauză de înlăturare a răspunderii penale, ci o modalitate particulară de împăcare a părților (fiind consecința unui acord de voință, apreciem că medierea nu poate viza instituția retragerii plângerii prealabile – un act unilateral al persoanei vătămate)”; de asemenea, reia la p. 191: „... la nivelul dreptului penal material, Codul penal (Partea generală și Partea specială) a rămas nemodificat, în privința cauzelor care înlătură răspunderea penală, astfel că medierea nu poate fi apreciată ca o cauză *sui generis* de împiedicare a tragerii la răspundere penală, ci doar ca un mijloc de concretizare a împăcării părților, cu efecte juridice în condițiile specifice acestei instituții...”.

²⁹ „Acordul de mediere consacră înțelegerea dintre făptuitor și persoana vătămată, fiind un mijloc distinct de aplanare a conflictului dintre aceștia prin raportare la instituțiile juridico-penale reprezentate de retragerea plângerii prealabile, respectiv de împăcare (potrivit art. 16 alin. 1 lit. g din noul C. proc. pen.), fără a reprezenta o nouă cauză de înlăturare a răspunderii penale” [evidențierile noastre – M.D.] – M.I. Michinici, M. Dunea, în: T. Toader (coordonator) et al., *op. cit.*, p. 267.

deși consecințele fixării unei soluții în materie ar putea fi dintre cele mai aplicate în numeroase cazuri concrete de interpretare a normelor juridice, fie acestea prezente sau viitoare – a cărei reflecție ne-a fost ocazionată (și) de rezolvarea atinsă prin decizia H.P. (pen.) nr. 9/2015 (sau – mai bine spus – de contextul legislativ care a condus la adoptarea acestei hotărâri obligatorii pentru instanțe). Astfel, pornim de la observația că există uneori opoziții între rezultatele la care conduce o interpretare a normei juridice (*lato sensu*) efectuată conform unui procedeu fidel urmării *literei legii* și rezultatele implicate de o interpretare a aceleiași norme realizată de pe pozițiile unei mai atente observări a *spiritului legii*, a spiritului reglementării.³⁰ Emanând din această constatare, se formulează interogația: care dintre cele două direcții interpretative ar trebui să prevaleze? Se poate formula o regulă general-valabilă? Iar dacă o soluție (așa cum este adeseori cazul) tinde a fi mai degrabă conjuncturală, în funcție de ce criterii ar trebui să se realizeze / pe care considerente ar trebui să se întemeieze opțiunea interpretului legii?

A admite primatul unei interpretări juridice fidele, cu predilecție, „literei legii”, este o soluție conformă cu principiul fundamental, de ordin constituțional³¹, al separației puterilor în stat, potrivit căruia (printre altele – adaptând anvergura principiului la chestiunea aici tratată), judecătorul nu este legiuitor și nu trebuie să se substituie acestuia. Simplificând, s-ar putea spune: bună sau rea, legea trebuie respectată și aplicată ca atare, existând mecanisme legale care permit inițiative de modificare a acesteia, dar nu și autoritatea puterii judecătorești de a schimba voința exprimată a legiuitorului, prin procedeu interpretării denaturate a normelor, justificat de un subiectiv și relativ (greu de cuantificat și de precizat cu exactitate) „spirit

³⁰ Considerăm că prima modalitate se întemeiază preponderent pe o sinteză între interpretarea de tip gramatical și interpretarea sistematică, iar a doua este fortificată, în principal, în interpretarea logică (rațională), completată, într-o oarecare măsură, de interpretarea teleologică (cât privește tendința de stabilire a finalității spre care tinde norma, prin prisma recurgerii la principiile generale ale dreptului și la conceptul de echitate).

³¹ Potrivit art. 1 alin. 4 din Constituția României (republicată), „Statul se organizează potrivit principiului separației și echilibrului puterilor – legislativă, executivă și judecătorească – în cadrul democrației constituționale”, iar conform art. 61 alin. 1 din aceeași lege fundamentală, „Parlamentul este organul reprezentativ suprem al poporului român și unica autoritate legiuitoare a țării”. Totodată, dispozițiile art. 124 alin. 1 din Constituție stipulează că „Justiția se înfăptuiește în numele legii”, în timp ce potrivit alin. 3 se statuează că „Judecătorii sunt independenți și se supun numai legii”.

al legii”. În plus, această orientare formalistă implică și garanții juridice superioare, deoarece interpretarea normei în „litera” sa este previzibilă, iar aplicarea corespunzătoare a dreptului devine predictibilă pentru destinatarii obișnuiți, inclusiv pentru cei (majoritatea) lipsiți de o instrucție juridică care să le permită inițierea necesară pentru a înțelege și (cu atât mai puțin) a efectua ei înșiși o interpretare „în spiritul legii”. În alți termeni, interpretarea „în litera legii” are o aptitudine mai sporită de a proteja destinatarul reglementării împotriva abuzurilor! Aceasta mai ales atunci când o asemenea interpretare vine să lărgescă (iar nu să limiteze) sfera, întinderea, efectul sau beneficiul unor drepturi, așa cum este cazul și în problema care a generat analiza de față.³²

Pe de altă parte, procedeul prezintă dezavantajul – probat pe caz concret (printre altele, și) prin chestiunea prezentată anterior – de a permite afirmarea și impunerea ca legale / obligatorii a unor soluții care sfidează logica. Aceasta deoarece mecanismele specifice statului democratic asigură arareori premisele necesare constituirii unui corp legiuitor profesionist din punct de vedere al pregătirii juridice, de specialitate. Drept urmare, „litera legii” tinde uneori să nu fie pe atât de riguroasă, coerentă cu ansamblul reglementărilor pozitive și conformă cu principiile dreptului (sistemului juridic) pe cât ar fi de dorit și de așteptat. Este, din nefericire, o realitate incontestabilă, mult prea prezentă și – adeseori – frustrantă!

În schimb, interpretarea normelor juridice de pe pozițiile observării preponderente a „spiritului legii” are aptitudinea de a înlătura (sau, cel puțin, diminua) acest dezavantaj, deoarece apanajul interpretării și aplicării reglementărilor (spre diferență de acela al elaborării) este conferit unui corp profesional (formal) specializat în domeniul juridic – magistrații. În virtutea

³² În materia determinării naturii juridice a medierii cu privire la latura penală a unor cauze, am arătat cum interpretarea „în litera legii” a condus la afirmarea caracterului de cauză *sui-generis* de înlăturare a răspunderii penale pe care o are medierea, ceea ce a implicat recunoașterea incidenței acordului de mediere pe întreaga durată a procesului penal, iar nu doar până la citirea actului de sesizare a instanței. Din contra, o interpretare „în spiritul legii” (precum o apreciem a fi pe aceea potrivit căreia medierea ar fi doar o formă de manifestare a instituției împăcării), ar fi condus la imposibilitatea înlăturării răspunderii penale, ca urmare a medierii, după citirea actului de sesizare a instanței. Evident, din perspectiva inculpatului, prima soluție este, fără discuție, mai favorabilă, maximizând posibilitatea acestuia de a obține beneficiul înlăturării răspunderii penale.

pregătirii lor, aceștia ar putea compensa neajunsurile unei formulări / redactări deficitare a legiuitorului - care ar conduce, aplicată literal, la soluții absurde - făcând apel la o interpretare compensatorie, logică, fidelă intenției rațional prezumate / deduse a reglementării, dincolo de limitările exprimării acesteia. Dacă s-ar putea identifica un mecanism care să asigure exercitarea exclusiv cu bună-credință a unei asemenea activități, ne exprimăm convingerea că numeroase probleme juridice și-ar găsi o mult mai firească și echitabilă rezolvare!

Din păcate, tocmai nesiguranța în exercițiul cu bună-credință și cu temeinică pregătire profesională a unei asemenea autorități tinde a limita avantajele pe care le prezintă această variantă de interpretare predilectă a normelor juridice. Abuzurile care ar putea fi generate prin identificarea, cu rea-voință, a unui „spirit” denaturat al legii, arbitrariul care ar putea cuprinde sistemul înfăptuirii („)justiției(“), ori nedreptățile la care ar putea conduce lipsa temeinică de pregătire a unor persoane ajunse să exercite oficiul magistraturii (situații care, fără a ne apărea prea des întâlnite, nu au totuși, din nefericire, nici un caracter pe atât de excepțional pe cât ar fi de dorit), transformă actul interpretării și aplicării legii în observarea preponderentă a „spiritului” său (noțiune principial subiectivă - așadar relativă - și discutabilă sub aspectul criteriilor pe baza cărora este dedusă), într-un instrument periculos pentru siguranța drepturilor garantate ale destinatarilor legii. În plus, îndepărtarea de la rigorile presupuse de respectarea principiului separației puterilor în stat vine să descalifice și mai mult această modalitate de interpretare a normelor juridice, în special atunci când rezultatele sale tind să intre în conflict cu acelea atinse prin procedeul interpretării fidele „literei legii” (și – cu atât mai mult – atunci când aceasta din urmă ar asigura soluția mai favorabilă unei persoane acuzate de comiterea unei infracțiuni).

Așadar, privind lucrurile *in extremis*, atunci când reglementările sunt de așa natură încât cele două direcții interpretative pre-indicate nu sunt concordante, este mai rezonabil / mai bine / mai de dorit / mai acceptabil să sacrificăm o soluție logică uneia (indiscutabil) legale (formal), sau să sacrificăm o soluție mai favorabilă uneia rațional juste (echitabile)?

Suntem conștienți că asemenea frământări se înscriu într-o mult mai amplă și deloc nouă problematică a teoriei generale a dreptului, aparținând unei nișe în care gândirea filosofică și aceea juridică tind a se întrepătrunde. Nu avem, nici pe departe, pretenția de a ne aroga meritul formulării unor

asemenea interogații, și – cu atât mai puțin – nu putem avea expectativa rezonabilă de a le oferi o soluție rapidă, în condițiile în care generații întregi de gânditori-juriști s-au confruntat, la rândul lor, cu analize similare. Putem doar spera în a contribui la menținerea (ori poate chiar readucerea) în actualitatea preocupărilor doctrinei, a unor asemenea probleme esențiale, într-un context normativ și jurisprudențial care adesea le ignoră, fiind tot mai orientat către o abordare preponderentă a aspectelor tehnico-juridice (care țin mai mult de aspectul formal al lucrurilor), în detrimentul celor filosofico-juridice (care țin mai mult de fondul, de esența domeniului dreptului).

Or, este convingerea noastră intimă că asemenea preocupări, în cercetarea juridică, nu trebuie inhibate, nici bagatelizate ca referindu-se la chestiuni depășite, a căror amintire este (doar) tolerată, din inerție și dintr-un minim reflex de legitimare a majorității instituțiilor sistemului contemporan de drept ca fiind continuatoarele (desigur, modificate, adaptate, „upgrdate”, modernizate) ale unor expresii juridice ale trecutului. Fondul unei probleme poate deveni o chestiune incidentală - prevalență având aspectele formale (tehnice, „funcționale”) - doar într-un sistem juridic pervertit până într-un punct atât de critic încât însăși funcționalitatea și viabilitatea sa ajung să fie puse sub semnul îndoielii! Menținerea vie a preocupărilor pentru acel nucleu al dreptului care este format din analiza marilor întrebări care au generat, impulsionat și modelat domeniul juridic, odată cu transformarea societății și fixarea ființei umane ca *zoon politikon*, este ceea ce jalonează și orientează dreptul, în devenirea sa macro-temporală. A ne cantona într-o strictă analiză a formelor și procedurilor, a unor „tehnisme” juridice punctuale, conjuncturale și - astfel - efemere, este o tendință (contemporană) involutivă, distructivă pentru gândirea juridică de ansamblu, care, dincolo de anumite (limitate) avantaje pragmatice concrete, riscă să conducă la pierderea unei perspective de ansamblu asupra fenomenului juridic și la atingerea unui punct critic auto-distructiv a sistemului (într-un peisajul în care supra-reglementarea și ultra-tehnicizarea reglementării sunt piese integrante deja prezente).

Credem că o asemenea abordare închisă și lipsită de perspectiva de ansamblu este și aceea care a condus la rezultatul stupefiant al situației analizate în prezentul articol, aceea în care o soluție (interpretare) corectă a legii (din perspectiva respectării „literei” acesteia), este totodată absurdă (din perspectiva „spiritului” său). Cum altfel ar putea fi descrisă situația în care

acordului direct atins între două persoane nu i se mai recunoaște (după un anumit moment procesual) puterea de a produce efecte juridice la fel de întinse pe cât se admite, în continuare, a produce același acord, dar neapărat intermediat de un terț dintr-o anumită categorie socio-profesională? Cât de firească este o reglementare (sau interpretare a acesteia, chiar fidelă redactării textelor) care conduce la admiterea unor consecințe *juridice* (!) mai puțin depline (ori chiar inexistente), în urma constatării unei anumite situații de fapt direct și nemijlocit de către instanță (așadar de către un magistrat), ori de către un notar public (ambii – neapărat – *jurisți*), dar permite producerea (obligatorie pentru instanță) a unor consecințe *juridice* (mai depline), în urma consfințirii unei anumite situații de fapt de către un mediator, persoană care nu trebuie, în mod obligatoriu, să aibă studii juridice de specialitate? Cât de greu este de acceptat un asemenea *statu-quo* mai ales că implicațiile se produc în materie penală, iar miza este cât se poate de majoră: înlăturarea răspunderii penale a infractorului?

Credem că răspunsul la fiecare dintre aceste interogații se impune cu puterea evidenței pentru orice persoană rezonabilă! Facem, drept urmare, un apel la forul legiuitor, în sensul de a pune capăt unei situații juridice absurde (și prin aceasta inacceptabile), impusă astăzi prin forța obligatorie a unei hotărâri prealabile pronunțată, în dezlegarea unor chestiuni de drept, de către instanța supremă, operând (sperăm: cu [mai mult] profesionalism) modificările normative necesare pentru revenirea la normalitate (după caz: or limitarea incidenței acordului de mediere privind latura penală a unor cauze la momentul citirii actului de sesizare a instanței - precum este situația și în cazul instituției împăcării; or, extinderea datei până la care poate opera instituția împăcării, pe întreg parcursul procesului penal, până la rămânerea definitivă a hotărârii – așadar, revenirea, sub acest aspect, la fosta reglementare).

**REGLEMENTAREA EXPRIMĂRII VOINȚEI GENERALE –
PROBLEME ȘI SOLUȚII SUB REGIMUL CONSTITUȚIEI
ROMÂNE DIN 1991***

**REGULATING THE EXPRESSION OF GENERAL WILL –
CHALLENGES AND SOLUTIONS UNDER ROMANIAN
CONSTITUTION OF 1991**

MARIUS BALAN¹

Rezumat: Reprezentarea constituie instituția cheie a democrației parlamentare și totodată punctul nevralgic al edificiului constituțional modern. Deciziile politice ale guvernărilor sunt acceptate ca emanație a voinței generale doar dacă validitatea reprezentării nu este pusă în discuție. Criza politică și constituțională română din iulie 2012 a evidențiat fragilitatea acestei construcții, mai ales atunci când miza disputelor politice de moment are prioritate față de preocuparea de a satisface exigențele statului de drept. Cauzele acestei crize și circumstanțele deznodământului ei țin în mare măsură de specificul politicii românești; totuși ea scoate în evidență un potențial pericol al oricărui sistem constituțional modern.

Cuvinte cheie: voință generală, reprezentare, referendum, criza politică română din 2012, Curtea Constituțională a României, stat de drept, drept constituțional nescris, loialitate față de Constituție

Abstract: Representation is a key institution in any parliamentary democracy and – at the same time – the vulnerable spot in modern constitutional architecture. Governmental decision-making is accepted as expressing general will only if the validity of representation is not questioned. The Romanian political and

* Acest articol constituie versiunea în limba română a comunicării noastre *Règlementer l'expression de la volonté générale – problèmes et solutions sous le régime de la Constitution Roumaine de 1991*, prezentată la Conferința internațională „Constitution, Démocratie, Élections” organizată la București de Asociația Română de Drept Constituțional, în cooperare cu Centrul de Drept Constituțional și Instituții Politice al Universității București (15-16 mai 2015), în curs de publicare în volumul manifestării.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, email: balan@uaic.ro

constitutional crisis of July 2012 stressed the fragility of such an edifice, especially in cases when the stake of current political quarrels takes priority over the supposedly steady endeavour in fulfilling the requirements of the Rechtsstaat. The causes of the crisis and the circumstances of its outcome pertain for the most part to Romanian politics; anyhow the crisis highlighted a potential danger in any modern constitutional system.

Keywords: *volonté générale*, representation, referendum, Romanian Constitutional Court, Romanian 2012 political crisis, rule of law, unwritten constitutional law, constitutional loyalty

I. Premisele teoretice ale problemei

Democrația constituțională se bazează pe reprezentare. Voința poporului este exprimată prin voința reprezentanților săi aleși, prin voința corporilor legiuitoare. Conformitatea acestora din urmă cu realitatea fluctuantă a celei dintâi este asigurată prin alegeri libere, corecte și repetate periodic și prin mecanismele de retroacțiune democratică, a căror activitate depinde de funcționarea mecanismelor statului de drept. Măsura în care alegătorii se identifică cu deciziile aleșilor este dată nu atât de aprobarea conținutului fiecărei decizii în parte, cât mai ales de perceperea ansamblului decidenților ca reprezentanți legitimi acționând în numele lor și în baza unui mandat politic general. Asumarea de către cetățeni – titulari nominali ai puterii – a deciziilor adoptate de către reprezentanții lor este mereu condiționată și însoțită de rezerve tacite. Pe termen mediu și lung, bilanțul general al deciziilor agreeate și al celor neagreeate trebuie să fie pozitiv.

Viabilitatea democrației parlamentare depinde în mare măsură de echilibrul între încrederea cetățenilor în legitimitatea sistemului constituțional și a autorităților stabilite de acesta, pe de o parte, și neîncrederea continuă și legitimă în privința manierei în care reprezentanții își îndeplinesc mandatul, pe de altă parte. Acest echilibru se configurează în funcție de arhitectura constituțională a statului, de modul concret în care sunt realizate separația și echilibrul puterilor sunt garantate drepturile și libertățile fundamentale. Decizia politică a majorității este adoptată în formele și cu procedurile prescrise de legea fundamentală. Imposibilitatea de a da curs uneori voinței majorității – atunci când punerea ei în practică este târăgănată sau chiar împiedicată de formele și procedurile menționate – este prețul plătit de orice stat de drept. Statul de drept – într-o formulare devenită clasică din secolul XIX – „nu înseamnă țelul și conținutul statului,

ci doar modul și forma în care acestea sunt realizate.”² Clasei politice în ansamblu îi revine așadar o obligație generală, imanentă principiului statului de drept: asumarea deciziilor impopulare. Conflictele și disputele politice trebuie soluționate în cadrul sistemului constituțional existent, întrucât păstrarea prestigiului acestuia are o importanță incomparabil mai mare decât miza efectivă a unei confruntări concrete la un anumit moment dat. Aceste exigențe sunt considerate de la sine înțelese și necontestate în democrațiile europene consolidate. Evenimente destul de recente au arătat că în România este posibilă punerea lor în discuție.

II. Suspendarea Președintelui Bănescu și schimbarea regulilor jocului politic

Criza politică și constituțională românească din iulie 2012³ izbucnește la puțin timp după o schimbare de guvern: în urma moțiunii de cenzură din 27 aprilie 2012, care a dus la răsturnarea Guvernului Ungureanu⁴ este constituit un noi guvern condus de Victor Viorel Ponta (7 mai). Noul guvern era susținut de Uniunea Social Liberală (USL), formată în 2010 prin asocierea Partidului Social-Democrat cu Partidul Național Liberal⁵ și cu Partidul Conservator.⁶ În perspectiva viitoarelor alegeri parlamentare programate în decembrie 2012, lucrurile arătau foarte bine pentru noii guvernanți; ei urmau să profite atât de avantajele logistice ale organizării alegerilor (deloc neglijabile în sistemul electoral românesc), cât

² F.J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, ed. a 3-a, Bd. 2, Heidelberg, Mohr, 1856, § 36.

³ În prezentarea acestei crize și a deciziilor relevante ale Curții Constituționale am preluat pasaje din studiul meu *Legitimization by Political Obedience or by Discourse? – Some Brief Considerations on the Jurisprudence of the Constitutional Court of Romania*, în M. Guțan și B. Selejan-Guțan, *Europeanization and Judicial Culture in Contemporary Democracies*, Hamangiu, București, 2014, pp. 81-104.

⁴ Guvern susținut de către Partidul Democrat Liberal, afiliat Partidului Popular European (și care anterior aparținuse grupului socialiștilor europeni).

⁵ Aparținând familiei politice ALDE. Anterior PNL fusese aliat cu PDL, iar în trecut coalizase cu alte partide democratice contra PSD. Alianța din 2010 cu PSD înlătura un tabu de două decenii în partidele democratice din România privind apropierea față de succesorii partidului comunist. Ea era expresia ostilității contra „regimului Bănescu” căruia i se reproșa că a forțat voința Parlamentului impunând în 2009 o guvernare minoritară a PDL, devenită majoritară prin încurajarea migrației politice, racolând parlamentari ai adversarilor (soluție larg practică și înainte de 2009).

⁶ Partid de mici dimensiuni, dar dispunând de forță mediatică prin trustul deținut de familia fondatorului său, a intrat regulat în Parlament, în coaliție cu PSD.

și de uzura adversarilor politici, forțați să adopte în 2010 măsuri drastice de austeritate, incluzând reducerea cu 25% a salariilor din domeniul bugetar și subminați de scandalurile de corupție inerente guvernării. Totuși o serie de gafe și evenimente neplăcute știrbesc imaginea noului guvern. Încă de la început, noul prim ministru este forțat să facă trei nominalizări succesive pentru funcția de ministru al educației, primii doi nominalizați fiind confrunțați cu acuzații de plagiat. Fostul președinte PSD și premier social-democrat este condamnat definitiv într-un dosar de corupție, fiind apoi arestat; cu PSD la guvernare, această situație nu mai poate fi contracarată prin obișnuitele acuzații de control politic asupra justiției, proferate de conducătorii acestui partid când se aflau în opoziție. În plus, evenimentul știrbește din imaginea de atotputernicie și impunitate a conducătorilor politici, care a însoțit frecvent partidele românești aflate mult timp la guvernare. Reputația guvernului se prăbușește din nou după ce primul ministru participă – contrar deciziei CCR – la Consiliul European din iunie 2012 în locul președintelui Traian Băsescu, iar la întoarcerea în țară se vede confruntat el însuși cu grave acuzații de plagiat privind teza sa de doctorat din 2003. În aceste condiții credibilitatea guvernului și a alianței USL era serios periclitată. Faptul era grav, întrucât calendarul electoral prevedea alegeri parlamentare în decembrie 2012 și alegeri prezidențiale la finele lui 2014. Conform acordului încheiat între aliați, PSD trebuia să obțină postul de prim ministru (obiectiv deja realizat), iar PNL pe cel de președinte, peste 2 ani. Această lungă perioadă de așteptare putea slăbi alianța, în condițiile în care un membru avea deja acces la resorturile puterii, iar celălalt trebuia să mai aștepte doi ani pentru a ajunge într-o poziție comparabilă. Ca urmare, îndepărtarea din funcție a Președintelui Băsescu prezenta un dublu avantaj: însemna preluarea inițiativei politice de către USL și oprea lungul șir de lovituri de imagine încasate de guvernanți, iar pe de altă parte consolida înțelegerea între PSD și PNL și micșora posibilitatea unui divorț între aceste două partide.

Realizarea acestui obiectiv presupunea mai mulți pași. În primul rând trebuia facilitată demiterea președintelui prin modificarea legii referendumului. Apoi trebuia înlăturat președintele Senatului⁷ și înlocuit cu

⁷ Conform art. 98, alin. (1) din Constituție, în caz de suspendare a Președintelui, interimatul funcției se asigură în ordine de președintele Senatului și de președintele Camerei Deputaților.

șeful PNL, senatorul Crin Antonescu. Aceste măsuri trebuiau protejate prin eliminarea căilor constituționale de a le bloca. În primul rând trebuia revocat Avocatul Poporului, singurul care putea ataca în mod direct la Curtea Constituțională ordonanțele de urgență⁸ prin care guvernarea urmăreau să modifice în favoarea lor regulile jocului. Revocarea președinților Camerelor, numirea noilor președinți și revocarea Avocatului Poporului urmau a fi făcute prin hotărâri ale Parlamentului. Se impunea așadar eliminarea atribuției Curții Constituționale de control asupra hotărârilor Parlamentului, instituită printr-o lege din 2010.⁹

În principiu, fiecare din aceste acte (revocarea președinților Camerelor, a Avocatului Poporului, suspendarea Președintelui, modificarea legii referendumului și a atribuțiilor conferite Curții Constituționale prin lege organică), luate separat, ar putea fi privit drept constituțional, cel puțin din anumite puncte de vedere. Adoptarea lor împreună, într-o succesiune foarte rapidă, denotă însă intenția fermă de a-l înlătura din funcție pe Președintele României în disprețul normelor și principiilor Constituției. Era vorba neîndoielnic de o exhibare ostentativă a atotputerniciei unei coaliții politice care încă se baza pe o largă susținere populară¹⁰ și era ferm decisă

⁸ Conform art. 115, alin. (4) din Constituție, în situații excepționale Guvernul poate emite ordonanțe de urgență, cu putere de lege. Deși această posibilitate este prevăzută ca o excepție de la regula abilitării de către Parlament a Guvernului de a emite ordonanțe (simple) cu putere de lege (art. 115, alin. (1)), în practică, emiterea ordonanțelor de urgență a ajuns o rutină. Anual sunt emise între 100 și 150 de ordonanțe de urgență, uzurpând rolul Parlamentului de unică autoritate legiuitoare (art. 60, alin. (1) din Constituție).

⁹ Conform art. 146, lit. L) din Constituție, prin lege organică se pot stabili noi atribuții ale Curții Constituționale. Parlamentul a făcut o singură dată uz de această posibilitate, prin Legea nr. 177/2010 (Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 672 din 4 octombrie 2010). Ironia sorții face ca legea să fi fost adoptată la inițiativa PSD.

¹⁰ Reamintesc că opinia publică era încă ostilă Președintelui din cauza măsurilor de austeritate din 2010, care au accentuat în plus și percepția negativă asupra stilului nu tocmai manierat în care-și trata adversarii sau preopinenții, precum și asupra cazurilor de corupție pe care guvernele anterioare, sprijinite de el, nu au putut sau nu au vrut să le elimine. Paradoxal este că amplificarea percepției asupra corupției era determinată în mare măsură de rezultatele palpabile ale campaniei agresive a Departamentului Național Anticorupție, încurajată și susținută de Președinte și vehement contestată de USL. Condamnarea unor politicieni de rang înalt, de regulă din USL și considerați până atunci intangibili, a contribuit semnificativ la percepția pozitivă pe plan extern a Președintelui; totuși opinia publică internă atribuia Președintelui responsabilitatea politică a acestei stări de lucruri, el fiind privit ca personificare a unui stat perceput ca profund corupt.

să ignore orice piedici procedurale, legale sau chiar constituționale în realizarea neîntârziată a obiectivelor sale. Aceste măsuri activează într-o formă acută antinomia imanentă oricărei democrații moderne: cea între voința majorității parlamentare susținute de opinia publică și exigențele constituționalismului care conferă minorității politice sau unui președinte devenit impopular anumite garanții contra deciziilor intempestive ale majorității. Apare și o tensiune între voința momentană a majorității și voința generală formalizată în textul legii constituționale, impunând instituții stabile și proceduri clare și coerente.

Toate măsurile menționate vor fi puse în aplicare expeditiv, în câteva zile (2-6 iulie), în cursul unei sesiuni extraordinare, care avea o ordine de zi fără legătură cu o eventuală suspendare a Președintelui României.¹¹ Primul pas l-a reprezentat revocarea Avocatului Poporului¹² (act fără precedent în istoria instituției), singurul care putea ridica direct excepția de neconstituționalitate în cazul ordonanțelor de urgență pe care urma să le adopte Guvernul. Urmează revocarea președinților celor două camere (înlocuiți cu d-nii Crin Antonescu la Senat și Vasile Zgonea la Camera Deputaților).¹³ Propunerea de suspendare este citită pe 5 iulie și votată – fără a mai constitui o comisie de anchetă¹⁴ – a doua zi, după ce Curtea Constituțională fusese „somată” (tot pe 5 iulie) să prezinte avizul, prevăzut de art. 146, lit. h) din Constituție, în termen de 24 de ore. Avizul Curții,¹⁵ deși exprimă rezerve față de modul în care Președintele și-a

¹¹ Vezi Decizia nr. 2 privind convocarea Camerei Deputaților și a Senatului în sesiune extraordinară, în M. Of. nr. 440 din 3 iulie 2012. Ce-i drept, urmează o nouă decizie (nr. 3, publicată în M. Of. nr. 441 din 3 iulie), prin care se convoacă o nouă sesiune extraordinară, a doua zi, pentru suspendarea Președintelui. Cele două decizii au fost însoțite fiecare de câte două decizii, privind convocarea fiecărei camere în parte.

¹² Prin Hotărârea Parlamentului nr. 32 din 3 iulie (M. Of. nr. 445 din 4 iulie 2012).

¹³ Prin Hotărârea Senatului nr. 24 și Hotărârea Camerei Deputaților nr. 25, ambele din 3 iulie, publicate în M. Of. nr. 446 din aceeași zi.

¹⁴ În baza art. 67, alin. 2 din Regulamentul ședințelor comune ale Senatului și Camerei Deputaților, în cazul în se care apreciază că sunt date suficiente (și nu s-a hotărât constituirea unei comisii de anchetă, prevăzută de alineatul 1 al aceluiași articol) președintele de ședință trimite propunerea de suspendare, însoțită de informațiile necesare, Curții Constituționale în vederea avizării, precizând și termenul până la care aceasta trebuie să se pronunțe. Trebuie să observăm că regulamentul constituie un act intern al Parlamentului și nu poate crea drepturi sau stabili obligații față de terți; ca atare nu obligă cu nimic Curtea Constituțională.

¹⁵ Avizul consultativ nr. 1 din 6 iulie 2012 (M. Of. I, nr. 456 din 6 iulie 2012).

îndeplinit rolul stabilit prin Constituție, nu constată existența unor „fapte grave de încălcare a Constituției”. Guvernul a emis între timp două ordonanțe de urgență¹⁶ prin care a redus atribuțiile Curții Constituționale (eliminând posibilitatea controlului asupra hotărârilor camerelor Parlamentului, instituită prin Legea 177/2010) și a modificat legea referendumului. Actele Guvernului și ale majorității parlamentare au declanșat reacția foarte promptă a reprezentanțelor diplomatice ale SUA și ale principalelor state membre ale UE, ale unor lideri politici occidentali și nu în ultimul rând, ale Președintelui Comisiei Europene, José Manuel Durão Barroso. Premierul Victor Ponta face o vizită la Bruxelles în 12 iulie pentru a-și explica poziția, dar acceptă o listă de 11 măsuri menite să restabilească supremația legii. Aceste măsuri, incluse în Mecanismul de Cooperare și Verificare în Justiție,¹⁷ au fost îndeplinite doar parțial.¹⁸

Totuși ele au făcut posibilă răsturnarea deciziei majorității parlamentare și au dus în cele din urmă – după cum vom vedea mai jos – la invalidarea referendumului pentru demiterea Președintelui României.

III. Deciziile Curții Constituționale a României privind măsurile Guvernului și modificările legislative incidente suspendării și referendumului

Președintele României și minoritatea parlamentară fac uz de prerogativele lor prevăzute în Legea fundamentală, sesizând Curtea Constituțională în privința neconstituționalității actelor Guvernului și ale majorității parlamentare. Curtea Constituțională pronunță în acest sens o serie de decizii relevante în cauză:

¹⁶ Ordonanța de Urgență a Guvernului = nr. 38/4 iulie 2012 (M. Of. nr. 445/4 iulie 2012) privind modificarea legii Curții Constituționale și OUG nr. 41/ 5 iulie 2012 (M. Of. I, nr. 452/5 iulie 2012) prin care se modifică legea referendumului, înlăturând modificările introduse prin OUG nr. 103/30 septembrie 2009 (M. Of. I, nr. 656/2 octombrie 2009) și prin Legea nr. 76/24 mai 2012 (M. Of. I, nr. 365/30 mai 2012). Aceste ultime două acte normative înlăturaseră, la rândul lor, modificările aduse legii referendumului în 2007, restabilind situația creată prin Legea nr. 3/2000 în forma ei originală.

¹⁷ Mecanismul de Cooperare și Verificare (MCV) reprezintă un proces de verificare regulată a progreselor pe care România și Bulgaria le-au efectuat în domeniul justiției și al combaterii corupției, de la momentul aderării lor la UE.

¹⁸ Vezi << http://adevarul.ro/news/eveniment/ce-facut-ponta-lista-barroso-1_510812294b62ed5875b57c3b/index.html >>.

- Decizia nr. 727 din 9 iulie 2012¹⁹ stabilește „soluția legislativă care exclude de la controlul de constituționalitate hotărârile Parlamentului care afectează valori și principii constituționale este neconstituțională.” Ordonanța din 38 din 4 iulie, după cum a constatat Curtea avea același conținut normativ. Drept urmare, decizia de constatare a neconstituționalității legii privea în aceeași măsură și textul ordonanței. Formula „soluția legislativă” a fost aleasă anume pentru a desemna orice text cu același conținut, inclusiv ordonanța de urgență în privința căreia Curtea nu fusese sesizată.²⁰ Legea examinată de Curte (și declarată neconstituțională) nu făcea decât să retragă Curții o competență ce-i fusese conferită de o lege anterioară (Legea nr. 177/2010). Instanța constituțională nu neagă de principiu dreptul legiuitorului de a retrage Curții o competență pe care tot el i-a acordat-o. Ea doar declară neconstituțională soluția prin care retragerea acestei competențe duce la excluderea de la controlul de constituționalitate a hotărârilor Parlamentului „care afectează valori și principii constituționale”.
- În baza atribuției sale restabilite, de a controla constituționalitatea hotărârilor Parlamentului, Curtea Constituțională a examinat sesizările privind revocarea Avocatului Poporului și ale președinților Camerelor. Ea a respins ca inadmisibile toate sesizările, prin deciziile nr. 728 și 729 (ambele din 9 iulie 2012, privind pe Vasile Blaga și respectiv pe Roberta Alma Anastase),²¹ precum și prin decizia

¹⁹ M. Of. I, nr. 477 din 12 iulie 2012. Sesizarea de neconstituționalitate privind legea fusese trimisă la Curte încă din 27 iunie, înainte de izbucnirea crizei. Intenția legiuitorului de a retrage Curții Constituționale o competență ce-i fusese conferită tot de el în 2010 era anterioară lunii iulie 2012, materializându-se prin proiectul de lege examinat de Curte cu această ocazie, la sesizarea unui grup de deputați din opoziție.

²⁰ Reamintesc că singurul care putea sesiza direct Curtea Constituțională în privința unei ordonanțe de urgență era Avocatul Poporului, care tocmai a fost revocat din funcție. Prin urmare, Curtea pronunța o soluție mai generală, raportându-se și la o ordonanță (cu același conținut cu al legii asupra căreia era sesizată în cauză) asupra căreia mai mult ca probabil nu avea să mai fie sesizată. Curții îi era bineînțeles repugnantă ideea reiterării unei reglementări dintr-o lege a cărei constituționalitate tocmai o examina într-o ordonanță de urgență.

²¹ Ambele în M. Of. I, nr. 473 din 11 iulie 2012. De remarcat că aici Curtea este inconsecventă cu jurisprudența sa anterioară. Prin deciziile 601 și 602 din 14 noiembrie 2005

- nr. 732, privindu-l pe Avocatul Poporului, Gheorghe Iancu. În opinia Curții, revocarea acestuia „nu vizează, prin natura juridică a hotărârii criticate, valori și principii constituționale, în sensul reținut de instanța de contencios constituțional prin Decizia nr.727 din 9 iulie 2012²² și, ca atare, această hotărâre nu poate fi supusă controlului de constituționalitate.”²³
- Decizia nr. 730 din 9 iulie 2012,²⁴ soluționează cererea Președintelui cu privire la un conflict juridic de natură constituțională între acesta și Parlament, ca urmare a acțiunii Parlamentului de a dispune suspendarea sa, cu încălcarea prevederilor art.95 alin.(1) din Constituție. Dat fiind faptul că suspendarea Președintelui ignora avizul consultativ al Curții din 6 iulie, cererea Președintelui de soluționare a unui conflict juridic de natură constituțională, în baza art. 146, lit. e) din Constituție constituia singura cale de a sancționa un eventual abuz al Parlamentului în cazul unei suspendări arbitrare. Curtea a considerat cererea inadmisibilă, motivând solomonic că „[c]hiar dacă s-ar considera că numai Curtea Constituțională, în virtutea rolului său de garant al supremației Constituției, prevăzut de normele constituționale ale art.142 alin.(1), poate califica faptele imputate Președintelui României ca fiind sau nu fapte grave de încălcare a Constituției, Parlamentul nu poate fi împiedicat în exercitarea dreptului de a-l suspenda sau nu din funcție pe Președintele României, indiferent de avizul, pozitiv sau negativ, al Curții Constituționale, aviz care are un caracter strict consultativ, așa cum stabilește art.146 lit. h) din

(ambele în M. Of. I, nr. 1012 din 17 noiembrie 2005), Curtea (dominată de judecători numiți de PSD) considerase neconstituționale chiar și dispozițiile din Regulamentele Camerelor care făceau posibilă revocarea președinților (într-un context în care se încerca revocarea unor președinți de Camere aparținând PSD). Considerentele Curții din 2005 includeau precepte de înțelepciune politică privind stabilitatea activității parlamentare și contraveneau textului Constituției (art. 64, alin. ultim) care admitea expres posibilitatea revocării.

²² M. Of. I, nr. 480 din 12 iulie 2012.

²³ Din moment ce revocarea Avocatului Poporului înlătura singura persoană ce putea ataca direct ordonanțele de urgență ale Guvernului – care aveau un rol cheie în desfășurarea ulterioară a evenimentelor – este greu de înțeles de ce, pentru Curte, nu se aducea atingere valorilor și principiilor constituționale.

²⁴ M. Of. I, nr. 473 din 11 iulie 2012.

Constituție.// În cadrul procedurii de suspendare a Președintelui României, reglementată de art.95 din Constituție, rolul Curții Constituționale încetează odată cu emiterea avizului consultativ.” Această decizie dă practic mână liberă Parlamentului să-l suspende oricând pe Președinte, pe orice motiv real sau inventat, indiferent de poziția Curții Constituționale și oricât de expeditivă ar fi procedura de suspendare. Curtea a pierdut aici o nouă ocazie de a înăbuși în fașă criza politică.²⁵

- Decizia nr. 731 din 10 iulie 2012,²⁶ privind Legea de modificare a Legii referendumului. Și în acest caz, Guvernul a preluat conținutul legii într-o ordonanță de urgență.²⁷ Curtea constată că legea respectivă „este constituțională, în măsura în care asigură participarea la referendum a cel puțin jumătate plus unul din numărul persoanelor înscrise în listele electorale permanente.” Această decizie este de importanță decisivă în privința desfășurării ulterioare și a rezultatului final al crizei. Din moment ce pe fondul impopularității evidente a Președintelui Traian Băsescu, rezultatul referendumului era ușor de prevăzut, validarea sa va depinde de întrunirea cvorumului stabilit prin lege (majoritatea alegătorilor înscrși în listele electorale permanente).²⁸ Și aici Curtea este inconsecventă față de soluțiile

²⁵ Ocazia era însă mai degrabă teoretică. Guvernanții se mobilizaseră masiv iar opinia publică – ostilă Președintelui, chiar dacă din alte motive decât cele ale inițiatorilor suspendării – ar fi privit cu maximă ostilitate și chiar cu o explozie de mânie o decizie contrară. Chiar Președintele, când a anunțat acest demers (de a sesiza Curtea), a precizat că nu-și face iluzii în privința rezultatului, dar că trebuie să epuizeze toate căile judiciare care-i stau la îndemână. Pe de altă parte vezi opinia separată a judecătorului Iulia Antoanella Motoc.

²⁶ M. Of. I, nr. 478 din 12 iulie 2012. Și în acest caz, sesizarea de neconstituționalitate privind legea fusese trimisă la Curte încă din 27 iunie, înainte de izbucnirea crizei

²⁷ OUG nr. 41 din 4 iulie 2012, menționată mai sus. Ordonanța cuprinde însă și alte modificări decât cele din lege.

²⁸ Reamintesc că legea referendumului prevedea în versiunea inițială, din 2000 această condiție, în articolul 10. În 2007, după prima suspendarea a lui Traian Băsescu, legea a fost modificată prin Legea nr. 129 din 5 mai 2007 (M. Of. I, nr. 300 din aceeași zi), iar condiția cvorumului eliminată, însă oarecum perfid, doar pentru ipoteza că majoritatea votează pentru demiterea Președintelui. În mod deliberat se lăsa indecisă varianta în care cvorumul nu era atins, dar majoritatea vota contra demiterii (ceea ce s-a și întâmplat). Cvorumul este restabilit

anterioare. Ea constatase prin decizia nr. 420 din 3 mai 2007²⁹ că o modificare identică era constituțională. În decizia de acum sunt invocate cerințele Ghidului de bune practici în materie de referendum, adoptat în 2007 de Comisia pentru democrație prin drept (Comisia Veneția)³⁰ privind stabilitatea legislației în această materie. Este de presupus că schimbarea componenței Curții a avut un rol. În 2007, 6 din 9 judecători ai Curții erau numiți de Camerele Parlamentului dominate de PSD (în 2001 și 2004) sau de Președintele Ion Iliescu (PSD), iar un al șaptelea fusese numit tot de Ion Iliescu în 2001, în urma demisiei unui judecător numit de Emil Constantinescu în 1998. În 2010, pentru prima oară, Curtea nu mai era dominată de o majoritate de judecători agreeți de PSD. Doar trei dintre aceștia (Ion Predescu, Aspazia Cojocaru și Axinte Gașpar, numiți în 2004) erau subsumabili categoriei judecătorilor favorabili PSD. Un alt judecător, numit în 2006 (profesorul Tudorel Toader) fusese propus de PNL, unul de UDMR (senatorul Valentin Zoltán Puskás), alți doi de Președintele Traian Băsescu (Augustin Zegrean, președintele Curții, și Petre Lăzăroi, în 2007 și respectiv 2010) iar ultimii doi de Camerele dominate de PDL (profesorii Iulia Motoc și Mihai Ștefan Minea, ambii în 2010). Componența Curții va fi foarte importantă în decizia cheie, privind validarea referendumului.

IV. Referendumul asupra demiterii Președintelui și invalidarea acestuia

în timpul guvernării Emil Boc, prin OUG nr. 103 din 30 septembrie 2009 (M. Of. I, nr. 656 din 2 octombrie 2009), aprobată ulterior prin Legea nr. 62 din 10 aprilie 2012 (M. Of. I, nr. 247 din 12 aprilie 2012). În fine, proiectul de lege examinat de CCR și Ordonanța de urgență nr. 41/2012 înlătură din nou cvorumul.

²⁹ M. Of. I, nr. 295 din 4 mai 2007. Circumstanțele sunt identice și prin aceea că, și în 2007, modificarea cvorumului a avut loc în intervalul de timp dintre suspendarea Președintelui și referendumul organizat pentru demiterea sa.

³⁰ Vezi , CDL-AD(2007)008rev-e, document adoptat de Comisie la 16-17 martie 2007, accesibil la <<[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2007\)008rev.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2007)008rev.aspx)>>.

La referendumul stabilit pentru ziua de 29 iulie 2012 s-au prezentat la vot, conform datelor oficiale, 8.459.053 de persoane, dintre care 7.403.836 (97,52%) au votat în favoarea demiterii, 943.375 (11,15%) contra demiterii, iar 111.842 de voturi (1,32%) au fost anulate. Raportat la numărul total al persoanelor înscrise în lista pentru referendum (18.292.464), Curtea a constatat³¹ – după aprinse dezbateri, printr-o decizie intens mediatizată și vehement criticată de perdanți – nu s-a întrunit numărul necesar de voturi necesar, conform art. 10 din legea referendumului, pentru demiterea Președintelui. Punctul nevralgic al deciziei îl constituie împrejurarea dacă listele electorale permanente fuseseră corect întocmite și actualizate, cu alte cuvinte dacă cifra de 18,29 milioane nu ar trebui redusă semnificativ (cel puțin până la nivelul îndeplinirii cvorumului). „Listele electorale permanente” sunt definite în art. 2, alin. (1), lit. c) al Legii nr. 370/2004 referitoare la alegerea Președintelui României³² ca fiind „listele cu cetățenii români cu drept de vot care au împlinit vârsta de 18 ani până în ziua alegerilor inclusiv”, iar în Legea nr. 35/2008 referitoare la alegerea Camerei Deputaților și a Senatului,³³ se stabilește că listele electorale sunt permanente și suplimentare (art. 25), că listele electorale permanente se întocmesc pe localități și cuprind pe toți cetățenii cu drept de vot domiciliați în localitatea pentru care au fost întocmite (art. 26, alin. (2)), iar listele electorale suplimentare cuprind mai multe categorii de persoane (cei omiși din listele permanente care fac dovada domiciliului în raza secției de votare, membrii comisiei de votare), printre care și cetățenii domiciliați în străinătate (art. 27, alin. (2), fraza 1). Luând în considerare „listele electorale permanente” în accepțiunea Legii nr. 35/2008 (fără cetățenii români

³¹ Hotărârea nr. 6 /21 august 2012 (M. Of. I nr. 616/27 august 2012: de remarcat tergiversarea publicării), după ce printr-o altă hotărâre (nr. 3 din 2 august 2012, M. Of. I, nr. 546 din 3 august 2012) a respins contestațiile referitoare la respectarea procedurii pentru organizarea și desfășurarea referendumului și a solicitat Guvernului să prezinte listele electorale actualizate. În Hotărârea nr. 3 din 2 august a fost inserată a doua zi o erată, prin care se completa textul acesteia cu precizarea că listele electorale permanente care urmau a fi actualizate erau cele prevăzute de Legea 370/2004. Această precizare, care mărea șansele invalidării referendumului, a fost criticată de autorii opiniei separate la Hotărârea nr. 6 din 21 august.

³² Republicată în M. Of. I, nr. 650/12 septembrie 2011.

³³ În versiunea modificată prin OUG nr. 97 /27 august 2008 (M. Of. I, nr. 630/29 august 2008).

domiciliați în străinătate), cvorumul apare diferit decât pe baza aceluiași „liste electorale permanente” așa cum sunt definite de Legea nr. 370/2004, modificată. Pentru prima variantă pledează caracterul de lege electorală generală a acestei reglementări (Legea nr. 35/2008); dispozițiile ei privesc mai multe categorii de alegeri. Se poate replica însă că tocmai alegerile prezidențiale au fost omise din această titulatură; legiuitorul nu a voit să reglementeze acest domeniu și nu a modificat nimic din Legea nr. 370/2004. Mai mult, dispozițiile acestei legi referitoare la listele permanente cuprind referiri cu privire la colegiile uninominale ceea ce ar fi de natură să susțină teza conform căreia legiuitorul a avut în vedere doar situația alegerilor parlamentare și cel mult, în plus, cea a alegerilor locale. Pe de altă parte, nici raportarea la Legea nr. 370/2004 privitoare la alegerea Președintelui României nu este mai presus de orice obiecție: referendumul are ca obiect confirmarea sau infirmarea de către popor a opiniei Parlamentului, conform căreia Președintele României ar fi comis fapte grave de încălcare a Constituției. Nu este vorba de o alegere sau realegere a Președintelui.

Oricum, chiar acceptând soluția stabilirii listelor electorale permanente în accepțiunea Legii nr. 35/2008, cu alte cuvinte chiar luând în considerare faptul că numărul celor cu drept de vot, domiciliați în țară și îndreptățiți a fi înregistrați pe listele electorale permanente era nu de 18,29 milioane ci mai mic cu 1-1,5 milioane, tot nu s-ar fi justificat o soluție diferită. Cvorumul trebuia apreciat pe baza listelor electorale permanente existente la data susținerii referendumului. A ști că numărul celor în drept să fie înregistrați în aceste liste este mai mic cu – să zicem – 1,5 milioane, și a prezenta liste în care să figureze doar aceștia (eliminându-i pe cei domiciliați în străinătate) sunt două lucruri total diferite. Chiar dacă am ști numărul exact al celor ce trebuiau înscriși în liste suplimentare (ca domiciliați în străinătate) nu știm exact care sunt aceștia și care anume alegători trebuie radiați de pe listele electorale permanente. Chiar și în condițiile unei eficiențe și transparențe administrative mult mai mari decât la noi, o asemenea operațiune (corectarea listelor permanente) trebuia făcută cu luni de zile înainte, și ar fi avut oricum rezultate sub așteptări (mulți din cei domiciliați în străinătate ar fi fost reticenți în a-și declara noul domiciliu). Aici expeditivitatea (atât de eficientă în programarea pașilor

suspendării Președintelui României) a jucat o festă inițiatorilor suspendării.³⁴

În orice caz, Curtea Constituțională a decis în sensul invalidării referendumului și, într-un stat de drept, soluția acestei curți reprezintă punctul final al disputei. Poziția politică a Președintelui României a fost sensibil afectată de confruntarea cu votul a 7,4 milioane de votanți ostili, însă exigențele statului de drept impuneau ca majoritatea să decidă doar cu formele și prin procedurile stabilite prin Constituție, în limitele legii și în conformitate cu reguli clare, care nu trebuie și nu pot fi modificate în timpul jocului.³⁵

V. Reacția clasei politice și poziția Curții Constituționale

Decizia Curții a fost primită cu o explozie de indignare de majoritatea clasei politice, de posturile de televiziune controlate politic și de cea mai mare parte a opiniei publice. Împotriva judecătorului „vinovat” de votul decisiv³⁶ s-a declanșat o adevărată campanie de „character assassination”. Discuția s-a axat în special asupra numărului real de locuitori ai României, în condițiile în care rezultatele oficiale ale recensământului din decembrie 2012 (sabotat de USL, pe atunci în opoziție)³⁷ nu erau încă publicate dar se știa că populația totală era în scădere și că un număr mare

³⁴ Este cât se poate de bizar, dacă nu de-a dreptul comic ca Guvernul să-și invoce propria culpă, afirmând că referendumul pe care l-a organizat a fost organizat prost, pe baza unor liste neactualizate, ca și cum altcuiva, opoziției sau Președintelui i-ar reveni sarcina întocmirii unor liste electorale actualizate și complete. Nimic nu împiedica Guvernul și majoritatea parlamentară să se asigure mai întâi de actualitatea listelor și să declanșeze suspendarea abia după aceea. Faptul de a aștepta rezultatul votului și a cere după aceea modificarea listelor electorale pentru a asigura încadrarea rezultatului obținut în cvorumul impus de este cât se poate de ilustrativ asupra viziunii Guvernului Ponta asupra statului de drept.

³⁵ În această grilă trebuie citite – cred – intervențiile prompte, tăioase, repetate și fără precedent ale unor înalți demnitari sau ale unor diplomați europeni și americani.

³⁶ Este vorba de judecătorul Aspazia Cojocaru, numit în 2004, la propunerea PSD. Este remarcabil că fidelitatea unui judecător constituțional față de interesele partidului care l-a numit este considerată de la sine înțeleasă [granted] de clasa politică română, scandaloasă fiind mai degrabă independența manifestată printr-un vot neagreat de partid. Anterior, același judecător a fost supus unor presiuni mergând până la amenințarea cu moartea.

³⁷ Politicienii USL au speculat teama unor cetățeni de a-și dezvălui recenzorilor codul numeric personal. Discuția s-a axat pe inexistența unei obligații juridice de a divulga recenzorilor anumite date solicitate, drept care un număr destul de mare de persoane a refuzat să completeze declarațiile de recensământ.

de cetățeni români sunt domiciliați în străinătate. Aspectele strict juridice – cum ar fi existența unui cvorum, imposibilitatea schimbării regulilor în timpul jocului, existența unor liste electorale, fie și eronate, procedura actualizării lor etc. – au fost mai puțin luate în considerare. Interesant este că critica mediatică a vizat punctual soluția Curții, eventual persoana unora dintre judecători, dar nu s-a extins și asupra legitimității justiției constituționale.³⁸

Deși atitudinea judecătorilor CCR poate fi caracterizată întrucâtva partizană politic – în sensul unei anumite loialități față de partidul la propunerea căruia au fost numiți – nu predilecțiile politice constituie factorul decisiv în adoptarea deciziilor. Dacă ar fi fost doar de loialități politic, iar judecătorii ar fi fost dispuși să voteze automat în funcție de înclinațiile lor politice, CCR ar fi putut înăbuși în fașă criza sau cel puțin influența considerabil cursul acesteia prin soluții contrare celor din deciziile nr. 728/2012, nr. 730/2012 sau nr. 732/2012.³⁹ De fapt Curtea a fost animată mai degrabă de precauție politică și de spirit de conservare (mergând poate chiar până la ignorarea predilecțiilor politice ale majorității judecătorilor), în sensul că a achiesat la deciziile politice ale Parlamentului aproape în toate cazurile,⁴⁰ mai puțin însă în cele decisive.⁴¹ În mod cert Curtea s-a ferit să provoace sau să contrarieze majoritatea parlamentară și opinia publică favorabilă acesteia, iar acolo unde totuși a făcut-o, a acționat constrânsă de exigențele clare ale textului de lege.

³⁸ Excepție fac declarațiile virulente ale unor ONG-uri apropiate PSD (cum ar fi un sindicat al militarilor în rezervă), care solicitau chiar desființarea Curții Constituționale. Fără a se disocia de aceste organizații, Guvernul a negat totuși că ar lua în serios asemenea propuneri.

³⁹ Reamintesc că este vorba, în ordine, de deciziile care privesc revocarea Președintelui Senatului, conflictul juridic de natură constituțională dintre Președinte și Parlament și, în fine, de revocarea Avocatului Poporului.

⁴⁰ Este vorba de deciziile nr. 728/2012, nr. 729/2012, nr. 730/2012 și nr. 732/2012 și chiar, într-o anumită măsură, de Hotărârea nr. 3/2012, adoptată la scurt timp după referendum, prin care în loc să se pronunțe imediat asupra validității referendumului pe baza listelor electorale existente la data desfășurării acestuia, Curtea a acordat un termen suplimentar Guvernului să prezinte noi liste actualizate, oferindu-i șansa de a obține în cele din urmă validarea.

⁴¹ Este vorba de decizia nr. 731/2012 (privind condiționarea validității referendumului de îndeplinirea cvorumului) și de decizia finală, adoptată prin Hotărârea nr. 6/2012 (privind invalidarea referendumului).

Acest fapt se datorează și conjuncturii speciale din 2012, când componența Curții era echilibrată, fără o majoritate clară de partea vreunui partid. Cele două treimi necesare⁴² pentru adoptarea hotărârii decisive au fost obținute prin voturile celor patru judecători numiți cu sprijin PDL (Minea, Motoc, Zegrean și Predoiu), al judecătorului propus de UDMR (Puskás), la care s-a adăugat și votul judecătorului Aspazia Cojocar, propus de PSD.

V. Concluzii

Nocivitatea pentru România a crizei politice și constituționale nu rezidă în primul rând în impactul extern nefavorabil, agravat de declanșarea unor polemici și conflicte inutile cu personalități politice majore din Uniunea Europeană și din principalele state membre ale Uniunii. Prejudiciul principal s-a produs pe plan intern, prin acutizarea conflictului latent între Constituție și mecanismele, instituțiile și procedurile – nicidecum infailibile – ale statului de drept, pe de o parte, și voința momentană a majorității electoratului și a reprezentanților acestuia, pe de altă parte. Loialitatea față de Constituție obligă autoritățile, inclusiv legiuitorul, să accepte rezultate concrete nefavorabile majorității, atunci când căile procedurale de blocare a acestora sunt exercitate conform legii fundamentale. La prima vedere Guvernul și majoritatea parlamentară au pus în discuție doar deciziile punctuale ale Curții Constituționale, dar realitate au creat un precedent periculos în materie de contestare a unor decizii neagreate politic și impopulare ale instanței de contencios constituțional. În cele din urmă efectul acestei respingeri se răsfrânge și asupra ordinii constituționale și a statului de drept.

Aceasta nu înseamnă că arhitectura constituțională a statului român ar fi perfectă sau că instituțiile și procedurile constituționale nu ar putea fi modificate, ținând eventual cont de deficiențele evidențiate de criza din 2012 și nici că legea fundamentală trebuie să fie complet refractară față de exigențele schimbătoare ale majorităților viitoare. Deficiențele trebuie remediate însă în cadrul instituțional existent, „în lăuntru” Constituției.

⁴² În baza art. 47, alin. (1) din Legea organică a Curții Constituționale (Legea nr. 47/1992, modificată).

Aceasta din urmă trebuie înțeleasă ca o „Constituție vie”⁴³, în care normele cu valoare constituțională se concretizează, capătă contur și se dezvoltă în acord cu evoluția realităților politice și sociale. Revizuirea textului constituțional ar urma să fie doar rezultatul vizibil și formalizat al unui amplu proces implicând interacțiunea dintre dreptul constituțional scris și cel nescris.

Domeniul dreptului constituțional nescris⁴⁴ include dar nu este epuizat de cel al cutumei constituționale.⁴⁵ Problema dreptului constituțional nescris a fost conștientizată de aproape un secol.⁴⁶ Din perspectivă pozitivistă, dreptul nescris reprezintă o cale de acces spre validitate statală a concepțiilor de drept natural, revitalizate periodic, mai ales în epocile de după prăbușirea unui sistem totalitar, care antrenează și decredibilizarea ordinii juridice pozitive instituite sau menținute de acesta. În formularea unui adept al dreptului natural, „constituția vizibilă și pozitivă, aproape că înnoată într-o mare a invizibilului și nescrisului, căreia, tocmai în calitatea sa de constituție juridică, îi aparține.”⁴⁷ Deși abordarea din perspectivă

⁴³ Este de precizat că nu am în vedere ideea relativizării progresive a relevanței și normativității textului legii fundamentale, ci doar perceperea dinamicii evoluției căilor și metodelor de interpretare a textului constituțional.

⁴⁴ Vezi H.A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Mohr/Siebeck, Tübingen, 2000. Preocuparea este vizibilă și în doctrina franceză: vezi lucrarea clasică a lui René Capitant, *Le droit constitutionnel non écrit*, în *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1934, Tome III: *Les sources des diverses branches de droit*, pp. 1-8 (Réimpression par Librairie E. Duchemin, 1977).

⁴⁵ În privința cutumei ca izvor de drept, vezi N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, ediția a 3-a, C.H. Beck, București, 2008, pp. 150-154; D.C. Dănișor, I. Dogaru, G. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, C.H. Beck, București, 2006, pp. 111-115; S. Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Lumina Lex, București, 2000, p. 135 („în obiceiuri se află germenele organizării juridice a societății”) precum și pp. 149 și urm. A se mai vedea, sub aspectul raportului dintre constituția scrisă și cutuma constituțională, T. Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice*, ediția a 3-a, Lumina Lex, București, vol. I, pp. 71-74, precum și C. Ionescu, *Tratat de drept constituțional contemporan*, ediția a 2-a, C.H. Beck, București, 2008, pp. 184-187.

⁴⁶ Vezi în acest sens, studiul lui R. Smend, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* (1916), reprodus în volumul reunind lucrările de drept constituțional ale acestuia: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, zweite erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, la pp. 39-59. Autorul decelează principiul „loialității federale” (Bundestreue), ca normă de drept constituțional nescris.

⁴⁷ E.von Hippel, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht*, în „Veröffentlichungen des Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, 10. Band (1952), pp. 1-32, la p. 12. A se

iusnaturalistă a dreptului constituțional nescris este de domeniul trecutului, problema ca atare subzistă. Multe constituții nu cuprind în textul lor prevederi exprese referitoare la norme sau principii a căror importanță fundamentală în arhitectura politică și juridică a statului este incontestabilă. Astfel, în Legea Fundamentală din 1949 a Republicii Federale Germania, lipsesc orice dispoziții exprese referitoare la suveranitate. O serie de alte reguli importante au fost elaborate de doctrina și practica judiciară. Acestea, fără a fi consacrate constituțional, sunt tratate ca și cum ar fi fixate în textul legii fundamentale. Este vorba de cerința caracterului precis și determinat al ingerințelor în sfera de protecție a drepturilor fundamentale (Bestimmtheitsgebot), de principiul proporționalității, de interdicția retroactivității, de prezumția de nevinovăție, de cerința loialității față de federație, de stabilirea limbii germane ca limbă de stat etc.⁴⁸ Similar, în Constituția noastră din 1991, lipsește orice referire la caracterul secular al statului. Trăsătura secularității, imanentă oricărei formațiuni statale moderne, poate fi privită ca decurgând din dreptul constituțional nescris.⁴⁹

Evoluția durabilă și armonioasă a „Constituției vii” presupune în primul rând formarea treptată a unor uzanțe politice și parlamentare, prin care să se fixeze un sistem cât mai extins de tipare comportamentale prin care să fie predeterminată sau influențată conduita viitoare a actorilor politici, pe cât posibil chiar și în situații fără precedent sau neprevăzute. Aceste uzanțe pot la rândul lor să evolueze în convenții constituționale față de care subiecții de drept să se simtă legați în ciuda inexistenței unei consacrarți formale în dreptul pozitiv. Treptat, uzanțele sau convențiile se pot

vedea și co-referatul lui A. Voigt (*ibidem*, pp. 33-45), precum și discuțiile, în parte critice, care au urmat (*ibidem*, pp. 46-73).

⁴⁸ H.A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Mohr/Siebeck, Tübingen, 2000, p. 3.

⁴⁹ De aici și dificultatea de a încadra expunerea principiului secularismului în comentariile textului constituțional. La Dan Claudiu Dănișor, *Constituția României comentată – Principii generale*, Universul Juridic, București, 2009, acest principiu este tratat în contextul articolului 6 („Dreptul la identitate”, pp. 215-251, la pp. 236-237). Față de importanța acestui principiu, fundamental într-un stat modern, frapează expedierea sa în una din secțiunile unui subpunct (identitatea religioasă) al unui text consacrat dreptului la identitate al minorităților naționale. Secularismul nu privește nicidecum doar minoritățile. Tratarea sa în contextul normei constituționale referitoare la minorități este însă singura cale prin care acestui principiu i se poate face loc într-un comentariu al textului constituțional românesc.

cristaliza în cutume constituționale, receptate și confirmate de practica instanțelor de contencios constituțional. Doar pe această cale se poate asigura efectivitatea normativității Constituției și poziția centrală a acesteia în ordinea politică a statului, în maniera „mântuirii prin Constituție”⁵⁰ preconizate de Jack Balkin: convingerea cvasi-religioasă că toate problemele politice, sociale, economice, culturale sau de altă natură ale unei țări își pot găsi în cele din urmă o rezolvare corectă și practicabilă în cadrul instituțiilor și mecanismelor democratice stabilite de constituant în legea fundamentală.

Legea constituțională, adoptată în urma procesului de revizuire a legii fundamentale, urmează așadar doar să precizeze conturul ori eventual să rectifice regulile cutumiare cristalizate în urma unui îndelungat proces de elaborare a dreptului nescris. Efectivitatea Constituției depinde de un anumit grad de „sacralizare” a acesteia, ceea ce implică subordonarea mizelor politice de moment imperativului major al consolidării continue și treptate a prestigiului ordinii constituționale.

Rezolvarea pe termen scurt – acceptabilă sau nu pentru unii – a crizei politice românești din iulie 2012 poate fi atribuită deciziilor Curții Constituționale și presiunilor politice externe, inclusiv de la nivelul Uniunii Europene. Cauzele acestei crize și circumstanțele deznodământului ei țin în mare măsură de specificul politicii românești; totuși ea scoate în evidență un potențial pericol al oricărui sistem constituțional modern. Acest pericol vizează fragilitatea acceptanței din partea societății a unor decizii impopulare, acceptanță pe care se bazează democrația reprezentativă. Remediul pe termen mediu și lung constă în favorizarea procesului de consolidare lentă și continuă a „sacralității” constituției, dincolo de mizele efemere ale confruntărilor politice concrete. Ea reprezintă cheia de boltă a unei culturi a respectării regulilor și a domniei legii.

⁵⁰ J. M. Balkin, *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2011.

**CONEXITATEA DINTRE PRINCIPIUL SUBSIDIARITĂȚII ȘI
RESTRICȚIILE APLICATE LIBERTĂȚII DE EXPRIMARE**

**THE CONNECTION BETWEEN THE PRINCIPLE OF
SUBSIDIARITY AND THE RESTRICTIONS APPLIED TO
FREEDOM OF EXPRESSION**

CARMEN MOLDOVAN¹

Rezumat: Protejarea drepturilor fundamentale (inclusiv a libertății de exprimare) constituie o preocupare manifestată de către state atât la nivel internațional – concretizată prin adoptarea de instrumente juridice care stabilesc liniile directoare cu privire la conținutul acestora, domeniul de aplicare și limitările ce pot fi aduse - cât și la nivel național - concretizată îndeosebi prin receptarea principiilor și standardelor internaționale. O caracteristică specială a actelor normative internaționale în acest domeniu este recunoașterea unui spațiu de manevră pentru statele membre în procesul de stabilire a restricțiilor care pot fi aplicate la nivel intern, în temeiul principiului subsidiarității. Prezenta lucrare are ca scop analiza principalelor trăsături ale acestui principiu apărut în dreptul internațional clasic și a corelației cu domeniul drepturilor fundamentale, în mod particular cu garantarea libertății de exprimare în sistemul Convenției europene a drepturilor omului.

Cuvinte-cheie: marjă națională de apreciere, proporționalitate, ingerință națională

Abstract: The protection of fundamental rights (including freedom of expression) is a concern expressed by States both at the international level – materialized in legal instruments establishing general guidelines on their content, scope and possible restrictions – and at the national level – materialized notably by the reception of principles and international standards. A special feature of the international regulations in this matter is the recognition of liberty for Member States in determining the limitations to be applied by domestic provisions under the principle of subsidiarity. This papers aims at analyzing the main features of the principle of subsidiarity originated in classic international law and the interrelationship with

¹ Asistent univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, email: cmoldovan@hotmail.com

fundamental rights, particularly freedom of expression protected by the European Convention on Human Rights system.

Keywords: national margin of appreciation, proportionality, national interference

1. Introducere

Principiul subsidiarității reprezintă o regulă generală de drept internațional ce domină dreptul internațional și european al drepturilor omului și constituie practic fundamentul mecanismului european de protecție a drepturilor fundamentale. Subsidiaritatea ar putea fi analizată ca un principiu structural al dreptului internațional al drepturilor omului², cu toate că afirmarea acestuia s-a produs îndeosebi în cadrul sistemului juridic al Uniunii Europene ca un principiu constituțional central.³ Sursele și premisele afirmării principiului subsidiarității sunt localizate în normele generale ale dreptului internațional public, în particular în viziunea cu privire la respectarea demnității umane și a libertății, dreptul de asociere și obligația corelativă a autorităților statului.⁴ În anul 2000, o dată cu adoptarea Cartei drepturilor fundamentale⁵, aplicarea acestuia a fost în mod formal extinsă și în materia drepturilor fundamentale. Spre deosebire de viziunea dezvoltată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în cadrul structurii constituționale a ordinii juridice a Uniunii Europene, subsidiaritatea constituie un principiu general, iar nu o regulă de natură tehnică și funcționează ca un mijloc de realizare a medierii între unitatea și armonizarea supranațională - din cadrul comunitar - și recunoașterea valorii principiului pluralismului și a diversității naționale.⁶

² P.C. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, în *The American Journal of International Law*, Vol. 97: 38, 2003, p. 38.

³ P. Craig, *The Treaty of Lisbon: Process, Architecture and Substance*, în *European Law Review*, Vol. 33, 2008, p. 164.

⁴ P.C. Carozza, *op.cit.*, p. 39.

⁵ Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene a fost proclamată la 7 decembrie 2000. Prevederile sale au fost preluate și înlocuite începând cu 1 decembrie 2009, la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, de Carta proclamată de către Parlamentul European, Consiliu și Comisie la 12 decembrie 2007, publicată în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* C 303, 14.12.2007, p. 1.

⁶ S. Shelton, *The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe*, în *Duke Journal of International and Comparative Law*, 13: 1995, p. 136.

2. Caracteristicile principiului subsidiarității

În dreptul internațional general, similar cu viziunea dezvoltată în cadrul Uniunii Europene, subsidiaritatea poate fi înțeleasă ca o alternativă la principiul suveranității statului. Utilitatea acestui principiu este dată de aptitudinea sa de a furniza o modalitate analitică și descriptivă prin care are sens o varietate de trăsături distincte ale structurii existente din dreptul internațional al drepturilor omului, de la atributele discreționare de interpretare ale statului, la relația dintre sistemele regionale și universale, iar în același timp, justifică necesitatea cooperării internaționale, a asistenței și intervenției.

În concret, subsidiaritatea se încadrează foarte bine în dreptul internațional al drepturilor omului, în așa măsură încât valorile de bază ale principiului pot fi privite în mod rezonabil ca fiind deja prezente în mod implicit în structura acestuia. Din această perspectivă, nu poate fi considerată surprinzătoare dezvoltarea altor doctrine și idei ce funcționează cel puțin parțial ca analoge subsidiarității în abordarea dialecticii omniprezente între normele universale ale drepturilor omului și dezideratele legitime pentru pluralism⁷.

O astfel de doctrină este ce a „marjei naționale de apreciere”, dezvoltată mai întâi de Curtea Europeană a Drepturilor Omului și constituie cel mai bun exemplu de reprezentare a acestui conflict. Pe de altă parte, o comparație directă a subsidiarității cu tehnicile existente de implementare, prevedere și garantare a diversității este o ilustrare a contextului jurisprudențial și de înțelegere a subsidiarității și fac din aceasta un concept puternic pentru înțelegerea și dezvoltarea normelor internaționale de drepturile omului. S-a afirmat că în cadrul sistemului de protecție a drepturilor fundamentale din cadrul Consiliului Europei, principiul subsidiarității este utilizat ca sinonim al doctrinei marjei naționale de apreciere creată în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.⁸

Principalul avantaj al principiului subsidiarității ca element structural al dreptului internațional al drepturilor omului constă în faptul că acesta integrează în același timp, nivelul internațional, intern și subnațional al ordinii juridice, pe baza unei viziuni substanțiale asupra demnității umane

⁷ P. C. Carozza, *op.cit.*, p. 39.

⁸ M.R. Hutchinson, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, în *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, July 1999, p. 643.

și libertății persoanei, în timp ce încurajează și protejează principiul pluralismului. Din perspectiva atașamentului față de valoarea uniformității și universalității drepturilor omului, dimensiunea pluralismului prevăzută de subsidiaritate poate genera unele pericole. Din punct de vedere filosofic, s-ar putea repune în discuție, sensurile și condițiile în care drepturile omului pot fi considerate ca având caracter fundamental sau universal. Din punct de vedere politic, poate fi formulată întrebarea dacă subsidiaritatea poate produce un efect atenuator asupra efectivității practice a regulilor de drept internațional al drepturilor omului.⁹

A fost afirmată ideea unei „subsidiarități pozitive”, în virtutea căreia este justificat dreptul inerent de intervenție al statului în realizarea binelui comun, iar corelativ dreptului, există și obligația de a exercita acest drept. Principiul subsidiarității, în conținutul său, apare ca un principiu paradoxal. Pe de o parte, realizează o limitare a atributelor statului, iar pe de altă parte, justifică și fundamentează intervenția autorităților statului.¹⁰

2.1. Legătura dintre principiul subsidiarității și principiul proporționalității

În strânsă legătură de conexitate cu subsidiaritatea se află principiul proporționalității, situat în centrul controlului marjei naționale de apreciere, întrucât reprezintă cerința unui echilibru între un obiectiv legitim și mijloacele utilizate pentru atingerea acestuia.¹¹

Aplicând aceste principii, Curtea Europeană realizează o modulare a intensității controlului său, ceea ce determină o variație a marjei naționale de discreție într-un raport invers proporțional: unei libertăți de apreciere restrânse a autorităților interne îi corespunde un control european extins.¹² Ca regulă generală, controlul de proporționalitate presupune trei elemente cumulative pe care le combină Curtea: natura dreptului în cauză, scopul

⁹ P. C. Carozza, *op.cit.*, p. 40.

¹⁰ *Idem*, p. 44.

¹¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme, 8e édition revue et augmentée*, Presses Universitaires de France, Paris, 2006, p. 220.

¹² Curtea Europeană a Drepturilor Omului (în continuare CEDO), *Sunday Times c. Regatul Unit al Marii Britanii*, § 59. Toate hotărârile și deciziile Curții sunt disponibile la adresa: <http://hudoc.echr.coe.int>.

ingerinței și prezența sau absența unui standard comun în cadrul sistemului juridic al statelor.¹³

Primul element, natura dreptului în cauză sau al activităților în cauză influențează întinderea marjei de apreciere astfel: controlul exercitat de Curte va fi cu atât mai strict cu cât marja națională de apreciere este mai redusă dacă acțiunile statului aduc atingere unui drept aparținând sferei intime a individului (dreptul de a avea relații homosexuale – *Dudgeon*, dreptul parental de vizită - *B c. Royaume- Uni*, confidențialitatea datelor personale cu privire la starea de sănătate – *Z c. Finlanda*).¹⁴ În ceea ce privește scopul ingerinței, dacă acesta corespunde unei noțiuni obiective (cum este spre exemplu, noțiunea de protecție a autorității judiciare), în materie de protecție a libertății presei, marja de apreciere a statului va fi mai redusă dacă scopul legitim este o noțiune subiectivă, ca cea de morală.

Din studiul jurisprudenței Curții cu privire la principiul proporționalității nu reiese un tipar clar, coerent, marja națională și proporționalitatea fiind două aspecte ce variază, motiv pentru care cele două principii și dezvoltarea lor jurisprudențială au fost criticate. De asemenea, s-a subliniat faptul că proporționalitatea nu oferă garanția unui remediu absolut contra ingerințelor arbitrare.¹⁵

Un alt element decisiv în stabilirea marjei naționale de discreție, este reprezentat de prezența sau absența unei viziuni comune la nivelul statelor părți la Convenție¹⁶, Curtea făcând în unele cazuri o interpretare numită „consensuală”.¹⁷ Identificarea unui numitor comun are drept consecință reducerea marjei naționale de apreciere a statului (cum este cazul protecției surselor jurnalistice)¹⁸. Situația inversă, a neidentificării unui numitor comun în sistemele juridice ale statelor părți, are drept efect o marjă de apreciere

¹³ F. Sudre, *op.cit.*, p. 221.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ P. de Fontbressin, *La liberté d'expression et ses limites*, în *Les parties liberticides de la Convention européenne des droits de l'homme*, (dir.) P. Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 21.

¹⁶ Convenția privind respectarea drepturilor și libertăților fundamentale a fost adoptată în cadrul Consiliului Europei, la Roma, la 4 noiembrie 1950 și a intrat în vigoare la 3 septembrie 1953. România a ratificat Convenția la 20 iunie 1994 prin Legea nr. 30/1994, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 135 din 31 mai 1994.

¹⁷ F. Sudre, *op.cit.*, p. 221.

¹⁸ CEDO, *Goodwin c. Regatul Unit al Marii Britanii*.

mai extinsă pentru state în ceea ce privește caracterul necesar al măsurii naționale ce restricționează dreptul protejat.

Interpretarea „consensuală” realizată de Curtea Europeană constituie un element foarte important al variației limitelor puterii discreționare recunoscute statelor în aplicarea restricțiilor în exercitarea drepturilor protejate.¹⁹ O limită a acestui tip de interpretare este dată de neidentificarea unui standard european cu privire la care este incert dacă ar trebui văzut în sens calitativ sau cantitativ, ce derivă din diversitatea națională. Curtea recunoaște pentru ea însăși competența de a identifica numitorul comun prin prisma condițiilor actuale de la momentul soluționării cauzei și să îl adapteze pe acesta din urmă la evoluția soluțiilor juridice naționale, rezervându-și posibilitatea adaptării acestei interpretări în cazul unei perioade de tranziție.²⁰

Într-o opinie, această recunoaștere a propriei competențe de a schimba cadrul de interpretare nu reprezintă decât o modalitate de a masca puterea discreționară a judecătorului european.²¹

3. Rolul subsidiarității în protejarea drepturilor omului

Consacrarea expresă a principiului subsidiarității și corelația cu dreptul internațional al drepturilor omului s-a produs începând cu primele instrumente internaționale ce garantează drepturile omului: Declarația universală a drepturilor omului²² și Pactul internațional privind drepturile civile și politice²³. O trăsătură comună a instrumentelor menționate, cunoscute și sub denumirea de *Bill of Rights*, este dată de prezența în cadrul dispozițiilor ce reglementează unele drepturi fundamentale, a interdicției adresate autorităților statelor părți de a interveni în mod arbitrar în

¹⁹ F. Sudre, *op.cit.*, p. 222.

²⁰ CEDO, *Rees c. Regatul Unit al Marii Britanii*, § 47.

²¹ F. Sudre, *op.cit.*, p. 223.

²² Declarația universală a drepturilor omului a fost adoptată de Adunarea Generală a ONU la 10 decembrie 1948 prin Rezoluția nr. 217 A (III), U.N. Doc. A/810. România a semnat Declarația la 14 decembrie 1955, când, prin Rezoluția nr. 955 (X) a Adunării Generale a ONU a fost admisă ca stat membru.

²³ Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice a fost adoptat și deschis spre semnare de Adunarea Generală a ONU la 16 decembrie 1966. A intrat în vigoare la 23 martie 1976. România a ratificat Pactul la 31 octombrie 1974 prin Decretul nr. 212, publicat în Buletinul Oficial nr. 146 din 20 noiembrie 1974.

exercitarea de către titulari a drepturilor garantate prin instrumentele menționate.

O caracteristică deosebit de importantă a subsidiarității este dată de lipsa unui conținut rigid sau precis, ci este expresia unor profunde tensiuni interne și paradoxuri îndeosebi prin raportare la acțiunea principiului contrar al neingerinței în exercitarea drepturilor fundamentale.²⁴

În general, semnificația principiului subsidiarității în contextul protejării drepturilor fundamentale este parțial diferită față de înțelesul avut de acesta în dreptul internațional clasic, fiind tratată pentru a da expresie relației existente între diferite reglementări convenționale în materia drepturilor fundamentale și reglementările interne, reprezentate prin clauze comune tratatelor internaționale în materie, conform cărora dispozițiile convenționale nu pot limita sau restricționa drepturile și libertățile statelor părți. Se consideră că inserarea unor astfel de clauze determină caracterul „subsidiar” al reglementării Convenției față de dispozițiile de drept intern adoptate în statele contractante.²⁵

3. Restricțiile ce pot fi aplicate libertății de exprimare ca manifestare a subsidiarității

La nivelul sistemului european creat de Convenția europeană a drepturilor omului, libertatea de exprimare²⁶ este limitată în primul rând de două dispoziții speciale ale Convenției: articolele 17 și 16 din Convenție. Articolul 17 se referă la discursurile ce propagă, incită sau justifică ura bazată pe intoleranță²⁷. Astfel, un discurs ce justifică politica nazistă nu poate beneficia de protecția oferită de dispozițiile articolului 10 din Convenție, iar negaționismul și revizionismul nu pot fi analizate prin raportare la garanțiile articolului 10 din Convenție, întrucât articolul 17 nu

²⁴ M.R. Hutchinson, *op.cit.*, p. 643.

²⁵ P. Mahoney, *Universality Versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgments* în *European Human Rights Law Review*, 1997, p. 36.

²⁶ Libertatea de exprimare este garantată de art. 10 par. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului astfel: „Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare. Acest drept cuprinde libertatea de opinie și libertatea de a primi sau de a comunica informații ori idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere. Prezentul articol nu împiedică statele să supună societățile de radiodifuziune, de cinematografie sau de televiziune unui regim de autorizare”.

²⁷ Comisia Europeană a Drepturilor Omului, *Glimmerveen și alții c. Olanda*.

permite exercitarea libertăților protejate de Convenție în scopuri contrare acesteia.

Curtea a decis că prin articolul 10 din Convenție nu este protejat mesajul „*Jos Islamul! Să protejăm poporul britanic!*” afișat la o fereastră alături de o fotografie a turnurilor gemene din New York în flăcări, pe motiv că un astfel de mesaj constituie un atac la adresa unui întreg grup religios, tip de mesaj exclus de la protecție în temeiul articolului 17.²⁸

Dispozițiile articolului 16, ce se aplică și în cazul dreptului de întrunire și asociere, autorizează statul parte să impună restricții activității politice a străinilor.²⁹ În această materie, există riscul ca marja de apreciere națională să fie prea extinsă, motiv ce a determinat critici și formularea ideii că nici în această privință marja de discreție nu este nelimitată, impunându-se necesitatea unei interpretări restrictive a noțiunii. Datorită posibilității exercitării de abuzuri din partea autorităților statului, o astfel de clauză nu a fost inclusă în cuprinsul Declarației universale a drepturilor omului și nici în Pactul internațional privind drepturile civile și politice³⁰, ce au constituit surse de inspirație pentru redactorii Convenției.

La aceste restricții speciale se adaugă rezerva generală de ordine publică prevăzută de articolul 10 par. 2 din Convenție³¹.

Libertatea de exprimare poate intra în conflict cu alte drepturi fundamentale, cum sunt prezumția de nevinovăție (articolul 6 par. 2) sau, în cazuri mult mai numeroase, dreptul la viață privată și componentele sale (art. 8 din Convenție). O analiză a topografiei dispozițiilor Convenției, ar putea formula ideea că acesta din urmă – dreptul la respectarea vieții private - este superior libertății de exprimare, concluzie care este în consonanță cu

²⁸ CEDO, decizia de inadmisibilitate în cauza *Norwood c. Regatul Unit al Marii Britanii*.

²⁹ F. Sudre, *op.cit.*, p. 498.

³⁰ G. Cohen-Jonathan, *Article 10*, în *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2e édition, (dir.) L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, Edition Economica, Paris, 1999, p. 386.

³¹ Par. 2 al articolului 10 constituie clauza de limitare a exercițiului libertății de exprimare și prevede: „Exercitarea acestor libertăți ce comportă îndatoriri și responsabilități, poate fi supusă unor formalități, condiții, restrângeri sau sancțiuni prevăzute de lege, care constituie măsuri necesare, într-o societate democratică, pentru securitatea națională, integritatea teritorială sau siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor, protecția sănătății sau a moralei, protecția reputației sau a drepturilor altora, pentru a împiedica divulgarea de informații confidențiale sau pentru a garanta autoritatea și imparțialitatea puterii judecătorești”.

dispozițiile articolului 10 par. 2, sub aspectul obiectivului legitim al protejării drepturilor altor persoane.³²

În exercitarea controlului compatibilității măsurilor naționale cu garanțiile Convenției, Curtea este în mod deosebit exigentă în ceea ce privește examinarea condițiilor pe care trebuie să le îndeplinească aceste restricții pentru a fi compatibile cu cadrul de protecție. Așa cum a fost subliniat în mod constant în jurisprudența Curții, începând cu hotărârea pronunțată în cauza *Handyside*, libertatea de exprimare constituie un principiu fundamental într-o societate democratică, iar restricțiile autorizate sunt excepții ce implică o interpretare restrictivă.³³

Hotărârea pronunțată în această cauză constituie prima încercare a Curții Europene de a enunța principii clare în ceea ce privește garantarea libertății de exprimare, iar contribuția acesteia este notabilă pe mai multe planuri: a fost extins domeniul de protecție de la ideile și informațiile inofensive și la cele ofensatoare sau șocante ce trebuie tolerate într-o societate democratică.³⁴ Asocierea în mod necesar a libertății de exprimare cu progresul societății democratice contemporane apare ca un postulat.³⁵

Spre deosebire de celelalte drepturi relative, în cazul libertății de exprimare, restricțiile care pot fi aplicate la nivel național sunt reglementate de o manieră mai extinsă³⁶, datorită atașamentului statelor vestice pentru libertatea de exprimare. În practică, acest aspect are un impact destul de redus.³⁷

Impunerea de condiții sau formalități constituie în mod concret o restricție, iar nerespectarea unei restricții prevăzute de lege va fi, în cele mai multe cazuri, obiectul unei sancțiuni. Din acest motiv nu prezintă relevanță dacă plângerea se îndreaptă împotriva aplicării normei legale ce restrânge

³² G. Cohen-Jonathan, *op.cit.*, p. 466.

³³ CEDO, *Sunday Times c. Regatul Unit al Marii Britanii*, 26 aprilie 1979.

³⁴ L. Wildhaber, *The European Court of Human Rights - 1998-2006. History, Achievements, Reform*, N. P. Engel Publisher, 2006, pp. 212-213.

³⁵ P. de Fontbressin, *op.cit.*, p. 15.

³⁶ C. Moldovan, *Libertatea de exprimare. Principii. Restricții, Jurisprudență*, Editura CH Beck, București, 2012, p. 113.

³⁷ (eds.) P. van Dijk, F van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, p. 793.

exercițiul libertății de exprimare sau împotriva pedepsei aplicate pentru încălcarea acelei reguli.³⁸

6. Concluzii

În temeiul aplicării principiului subsidiarității în materia drepturilor fundamentale, judecătorului național îi revine în primul rând atribuția de a statua cu privire la încălcarea unui anumit drept fundamental încălcat, acesta fiind în mod concret judecătorul de drept comun al dispozițiilor din instrumentele internaționale care stabilesc doar un standard minim de protecție. Aplicarea acestui principiu și nesubstituirea instanțelor internaționale în competențele instanțelor naționale a constituit premisa dezvoltării doctrinei marjei naționale de apreciere și a interpretării evolutive și autonome a drepturilor garantate de Convenția europeană. Aspectele relevate de analiza conținutului acestui principiu și a corelației sale cu protejarea libertății de exprimare prezintă interes din perspectivă teoretică și practică, în demersul de a contribui la interpretarea raportului dintre dreptul intern și cel internațional.

³⁸ Idem, p. 793.

Comentariu de practică judiciară: Logodnă. Restituirea darurilor în cazul ruperii logodnei. Acțiune în despăgubiri.

LUCIA IRINESCU¹

Prin Decizia nr. 3084 din 11 noiembrie 2014, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că restituirea darurilor făcute de logodnici unul celuilalt în vederea încheierii se căsătoriei se impune în temeiul art. 268 alin. (1) NCC, dacă logodna a fost ruptă de către unul dintre logodnici. Totodată, Înalta Curte a stabilit că logodna constituie o relație cu caracter social, moral și cultural cu posibile consecințe juridice în plan patrimonial în cazul ruperii unilaterale.

ÎCCJ, Secția I civilă, decizia nr. 3084 din 11 noiembrie 2014

Prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului București, reclamantul R.G. a solicitat în contradictoriu cu pârâtele I.A. și I.S. să se dispună obligarea acestora la plata sumei de 350.000 USD reprezentând contravaloarea daunelor cauzate în urma ruperii abuzive a logodnei de pârâta I.A.

În motivarea cererii, reclamantul a menționat că a cunoscut-o pe pârâta A.I. în luna octombrie 2010 la Londra și că în urma comunicărilor cu aceasta, după 01.01.2011 s-a deplasat în România. Cu această ocazie a cunoscut familia pârâtei A.I., fiind prezentat ca prieten și iubit al acesteia. Reclamantul a mai precizat că a dat curs solicitării pârâtei A.I. referitoare la suma de 7000 lire sterline pentru chiria apartamentului din Londra sumă din care a fost restituită numai suma de 2500 lire în mai 2011. De asemenea, cu ocazia vizitei la Londra în martie 2011, a efectuat anumite cheltuieli cu ambele pârâte având în vedere relațiile apropiate cu pârâta A.I. și că în perioada iunie - iulie a aceluiași an a vizitat pentru a doua oară România. În această perioadă a investit, la cererea A.I., sume considerabile de bani pentru construcția unei case care urma să fie reședința conjugală din România.

¹ Lector dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, email: lirinescu@yahoo.com

În septembrie 2011 pârâta A.I. a fost cerută în căsătorie, cerere ce a fost acceptată după câteva zile, fapt ce a condus la oferirea în continuare de cadouri. De asemenea, cu această ocazie i-a făcut pârâtei A.I. un cadou de nuntă un autoturism, scop în care a fost virată în contul pârâtei suma de 60.000 USD. Reclamantul a precizat că, în perioada Crăciunului 2011 la a treia vizită în România, s-a logodit cu pârâta A.I., în prezența familiei acesteia, fiind oferit un inel de logodnă și că data nunții a fost stabilită pentru 18.08.2012. Cu această ocazie au fost virate anumite sume de bani, ce au fost folosite de pârâta A.I. în scopul de a cumpăra în coproprietate cu sora sa S.I., un apartament în Londra, în valoare de 157.000 lire sterline.

Reclamantul a mai arătat că în vara anului 2012 pârâta A.I. a rupt abuziv logodna fără a justifica această notificare.

În drept au fost invocate dispozițiile art. 266 - 270, 1349, 1381-1395, 1635 - 1649 NCC.

Reclamantul și-a precizat cererea cu privire la scopul și destinația fiecărei sume de bani transferate în contul pârâtelor și și-a completat temeiul de drept al cererii inițial formulate, indicând în acest sens și dispozițiile art. 1576 - 1586 C.civ. din 1864 și art. 2158 - 2166 NCC, cu privire la împrumutul de consumație.

Prin sentința civilă nr. 2220 din 19.12.2013, Tribunalul București, Secția a III-a civilă a respins acțiunea, ca neîntemeiată. Instanța de fond a reținut că pretențiile reclamantului au fost solicitate în principiu, ca urmarea ruperii abuzive a logodnei cu pârâta A.I. Sub acest aspect, din răspunsurile date la interogatoriu și din precizările invocate de părți s-a reținut că între reclamant și pârâta A.I. s-a conturat o relație de prietenie. Potrivit dispozițiilor art.266 alin. (1) NCC, logodna este promisiunea reciprocă de a încheia căsătoria ca fiind supusă aceluiași reguli de fond pentru încheierea căsătoriei cu excepția avizului medical și a autorizării instanței de tutelă. Din analiza acestor prevederi legale rezultă că logodna apare ca fiind un simplu fapt juridic care să poată să producă cel mult efecte extrinseci căsătoriei, în cazul ruperii unilaterale și abuzive. Totodată, pentru a se putea reține logodna, legiuitorul a prevăzut ca o condiție esențială existența unei promisiuni reciproce de a încheia căsătoria, aspect ce nu a fost dovedit în cauză. Din răspunsurile date la interogatoriu nu se poate reține că a existat o promisiune reciprocă atât din partea reclamantului și din partea pârâtei A.I. în vederea unei eventuale căsătorii. În altă ordine de idei, în situația înlăturării acestui aspect, pentru a se putea angaja răspunderea civilă

delictuală în sensul art. 1381 și urm. NCC, este necesar a se face dovada caracterului abuziv al ruperii logodnei. Or, acest caracter nu se poate reține în cauză din probele administrate, iar pe de altă parte, constatând că darurile oferite în cadrul unei asemenea relații sunt subordonate căsătoriei, fiind astfel afectate de o condiție rezolutorie implicită, sunt aplicabile dispozițiile art. 1030 NCC, potrivit cărora „donațiile făcute viitorilor soți sau unuia dintre ei, sub condiția încheierii căsătoriei, nu produc efecte în cazul în care căsătoria nu se încheie”.

În consecință, tribunalul a apreciat, că în *speță nu se poate reține existența unei logodne între reclamant și pârâta A.I.*

Prin decizia civilă nr.272/A din 18.06.2014 a Curții de Apel București, Secția a IV-a civilă s-a admis apelul formulat de reclamant, a fost schimbată în parte sentința apelată, în sensul că s-a admis în parte acțiunea; a fost obligată pârâta I.A. să restituie reclamantului suma de 189.995 USD; a fost respinsă în rest acțiunea formulată împotriva pârâtei I.A.; a fost păstrată soluția de respingere a cererii formulată împotriva pârâtei I.S. și a fost obligată pârâta I.A. să plătească reclamantului suma de 15.752 lei cheltuieli de judecată în fond și apel.

Logodna este o instituție de drept civil cuprinsă și tratată în noua configurare juridică a reglementărilor privind „viața familială” și constă într-un legământ solemn a două persoane de sex diferit de a se căsători. În *speță*, apelantul reclamant a făcut dovada că între el și intimata pârâtă I.A. au existat promisiuni reciproce de a încheia căsătoria, în acest sens fiind mesajele trimise reciproc prin poșta electronică, în care ambele părți se adresau cu apelativul de „viitor soț”. De asemenea, din conținutul mesajelor electronice trimise reciproc de cei doi, rezultă că aceștia planificaseră să se căsătorească și să aibă o viață împreună, apelantul reclamant aducându-i la cunoștință pârâtei I.A., la data de 28 octombrie 2011, că pe data de 22 decembrie, când urma să se întâlnească cu aceasta, îi va pune pe deget inelul delogodnă cumpărat. Față de acestea, Curtea a apreciat că în cauză s-a făcut dovada promisiunii reciproce a reclamantului și a pârâtei I.A. de a se căsători.

Sub acest aspect, Curtea a reținut că în cazul ruperii logodnei pot deveni incidente dispozițiile art. 268 NCC, ori dispozițiile art.269 NCC.Curtea a apreciat că sumele primite de intimata-pârâtă I.A. nu pot constitui obiect al restituirii către apelantul reclamant, decât în temeiul art. 268 NCC. Având în vedere că în baza acestor dispoziții se restituie exclusiv

darurile primite în timpul logodnei și în considerarea acestei uniuni, Curtea a apreciat că intimata pârâtă I.A. nu poate fi obligată, decât la restituirea sumelor primite din partea apelantului reclamant după data la care a intervenit logodna, care în raport de probele administrate în cauză, s-a realizat la data de 26.10.2011, când apelantul reclamant a cumpărat inelul de logodnă în valoare de 8.282 USD. Nu vor fi supuse restituirii sumele virate anterior datei când a intervenit logodna și nici valoarea autoturismului care a fost cumpărat anterior încheierii logodnei, acesta reprezentând un dar manual, care nu este supus restituirii în baza dispozițiilor art. 268 NCC. În ceea ce privește imobilul din Londra, Curtea a constatat, din extrasul de carte funciară depus la dosar, că în registrul de sarcini este menționată în calitate de proprietar Bank S. În raport de aceste mențiuni, Curtea a reținut că apelantul reclamant nu face dovada că suma de bani plătită de intimata pârâtă I.A. ca preț pentru acest imobil a fost trimisă de el, din extrasul de carte funciară putându-se desprinde ideea că imobilul a fost achiziționat prin credit bancar contractat de intimată cu banca menționată în registrul de sarcini. În aceste condiții, Curtea a apreciat că nu poate fi supusă restituirii, în condițiile art. 268 NCC suma plătită de intimata I.A. pentru achiziționarea acestui imobil. Curtea a apreciat că, în cauză, apelantul-reclamant nu a făcut dovada faptei ilicite săvârșite de către intimata-pârâtă, iar în lipsa unei fapte ilicite, cele patru condiții pentru antrenarea răspunderii civile delictuale nu pot fi întrunite cumulativ.

Împotriva acestei decizii au declarat recurs pârâtele, criticând soluția pentru nelegalitate și invocând în drept dispozițiile art. 304 pct. 7, 8 și 9 C.pr.civ. Înalta Curte a reținut că este neîntemeiată critica pârâtelor privind neaplicarea în cauză a dispozițiilor art. 266 și urm. NCC (Legea nr. 287/2009 privind Codul civil), în raport de temeiul acțiunii introductive, dispoziții ce reglementează instituția juridică a logodnei, pe de o parte pentru că nu sunt îndeplinite condițiile legii, iar pe de altă parte pentru că ar fi aplicabilă legea britanică. În speță este evident că sunt aplicabile dispozițiile alin. 2 lit. c) din articolul menționat și în mod corect a statuat Curtea de apel incidența legii române aplicabile litigiului dedus judecății. Deși au fost invocate în drept dispozițiile art. 304 pct. 7-9 C.pr.civ., cea mai mare parte a motivelor din cererea de recurs privesc temeinicia hotărârii pronunțate de instanța de apel și nu pot face obiectul analizei în calea extraordinară de atac a recursului civil. Față de aceste considerente, Înalta Curte, în baza dispozițiilor art. 312 alin. (1) C.pr.civ. a respins recursul, ca nefondat.

Comentarii:

Din punct de vedere patrimonial, ruperea logodnei conduce la *restituirea darurilor primite de logodnici, la acoperirea prejudiciului cauzat prin ruperea abuzivă a logodnei și caducitatea donațiilor făcute de un terț viitorilor soți sau unuia dintre ei, sub condiția încheierii căsătoriei*. În cazul prevăzut de art. 268 NCC, logodna încetează prin voința ambilor sau doar a unuia dintre logodnici, situație în care darurile primite de aceștia fie cu ocazia celebrării logodnei, fie în timpul logodnei, în considerarea acestei uniuni și în vederea căsătoriei sunt supuse restituirii logodnicului care le-a oferit. Prin noțiunea de „daruri” trebuie să înțelegem numai darurile manuale, cu excepția celor obișnuite. Darurile sunt calificate ca fiind „obișnuite” în funcție de valoarea bunului, de nivelul de trai al persoanei care le-a făcut. Valoarea economică sau/și afectivă a unui bun oferit ca dar de logodnă este orientativă și trebuie întregită cu elemente de fapt. Darul manual, ca varietate a contractului de donație, este reglementat în prezent de dispozițiile art. 1011 NCC, iar potrivit alin. (4) al acestui text "Bunurile mobile corporale cu o valoare de până la 25.000 lei pot face obiectul unui dar manual, cu excepția cazurilor prevăzute de lege. Darul manual se încheie valabil prin acordul de voințe al părților, însoțit de tradițiunea bunului". Din interpretarea acestor dispoziții rezultă că în categoria darurilor manuale, intră numai bunurile corporale sau sumele de bani ce nu depășesc suma de 25.000 lei, iar în cazul în care aceste bunuri sau sume de bani depășesc suma menționată expres de legiuitor nu ne mai aflăm în situația unor daruri manuale ci a unei donații pure, care trebuie să îndeplinească și condiția solemnității, forma autentică fiind cerută *ad validitatem*. În cauză, însă apelantul reclamant nu a prezentat un astfel de contract pentru a fi incidente dispozițiile legale arătate, Darurile se restituie *în natură*, iar dacă nu mai este cu putință, în măsura îmbogățirii. Trebuie să subliniem faptul că se impune restituirea *valorii reale a bunului*, deoarece, în cazul imposibilității de restituire în natură a bunului, se nasc soluții inechitabile pentru logodnici. Restituirea darurilor în natură sau prin echivalent se face de bunăvoie sau prin acțiune în justiție. *Dreptul la acțiune se prescrie în termen de un an* și începe să curgă de la data ruperii logodnei. Calitate procesuală activă poate avea orice persoană care justifică un interes, respectiv cel care a făcut darul, succesorii în drepturi ai acestuia sau creditorii lui. Calitate procesuală pasivă

au logodnicii sau logodnicul donatari ori moștenitorii acestora, în situația în care ruperea logodnei a avut loc înainte de decesul logodnicului donatar împotriva căruia fusese promovată o acțiune în restituirea darurilor.

Dispozițiile art.269 NCC nu devin incidente atunci când ruperea logodnei intervine prin voința ambilor logodnici sau doar a unuia dintre ei, ci atunci când logodna este ruptă în mod abuziv. În ceea ce privește caracterul abuziv, acesta trebuie să fie o înfrângere totală a bunei-credințe. Având în vedere că buna-credință se prezumă, titularul acțiunii în despăgubiri solicitate în temeiul art. 269 NCC, trebuie să probeze caracterul abuziv al ruperii logodnei. Cu privire la determinarea caracterului abuziv, considerăm lacunară reglementarea legală și apreciem că rămâne în sarcina instanțelor judecătorești să aprecieze, de la caz la caz, asupra temeiniciei motivelor invocate. Caracterul abuziv intervine atunci când unul dintre logodnici rupe logodna în pofida dorinței celuilalt de a o menține sau când este forțat de comportamentul culpabil al logodnicului său. Cu titlu exemplificativ, putem considera comportament abuziv: încălcarea obligației de fidelitate, ruperea logodnei cu puțin timp înainte de data stabilită pentru încheierea căsătoriei, după conviețuirea logodnicilor și finalizarea tuturor pregătirilor pentru nuntă, ascunderea unor împrejurări care constituie impedimente la căsătorie, dispariția în ziua stabilită pentru încheierea căsătoriei. Instanțele judecătorești trebuie să analizeze și motivele care l-au determinat pe unul dintre logodnici să rupă logodna, putând reține o culpă comună (de exemplu, logodnicii nu se înțeleg cu privire la regimul matrimonial pe care urmează să îl aleagă).

În speță, nu se regăsește niciuna dintre aceste situații, motiv pentru care în mod corect a reținut instanța de fond că reclamantul nu a dovedit caracterul abuziv al ruperii logodnei de către pârâta I.A. Faptul că aceasta s-a distanțat de reclamant, nu poate constitui o atitudine abuzivă, care să antreneze obligația acesteia de plată de despăgubiri pentru ruperea logodnei. Or, răcirea relației în acest context nu poate fi considerată abuzivă.

Răspunderea pentru daune morale nu operează decât dacă se face dovada celor patru condiții pentru antrenarea răspunderii civile delictuale.